

Université Panthéon-Assas
Universidad Externado de Colombia
école doctorale de droit public

Thèse de doctorat en droit. Cotutelle.
soutenue le lundi 25 juin 2012

**L'activité contentieuse de
l'administration en droit français et
colombien**



Université Panthéon-Assas



Universidad
Externado
de Colombia

Andrés Fernando OSPINA GARZON

Sous la direction de Monsieur Le Professeur **Olivier GOHIN**
Professeur agrégé de droit Public. Université de Paris II
Directeur de l'I.P.A.G. de Paris.

Sous la codirection de Monsieur Le Professeur **Alberto MONTAÑA PLATA**
Professeur de droit administratif. Université Externado de Colombie
Directeur du Département de droit administratif de l'Université Externado.

Rapporteur : Monsieur Le Professeur **Michel DEGOFFE**.
Professeur agrégé de droit public. Université de Paris V.
Monsieur Le Professeur **William ZAMBRANO CETINA**
Vice-président du Conseil d'État de la Colombie
Professeur de droit administratif. Université du Rosario

Membres du jury : Monsieur Le Professeur **Jacques MOREAU**
Professeur émérite. Université de Paris II
Monsieur Le Professeur **Juan Carlos HENAO PEREZ**
Recteur de l'Université Externado de Colombie
Professeur de droit administratif. Université Externado

Avertissement

Les Facultés n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier, tout d'abord, l'Université Externado de Colombie, grâce à qui mes études en France ont pu être possibles, ainsi que l'Université de Paris II, Panthéon-Assas, pour l'allocation de recherche en vue de la préparation de cette thèse. Je tiens, également, à remercier mon directeur de thèse, le professeur Olivier GOHIN pour l'enseignement transmis au cours du déroulement de cette recherche, pour les nombreuses réunions au sujet de cette thèse, et pour tout le temps accordé à lire et à discuter ce document. Je remercie, aussi, mon co-directeur de thèse, le professeur Alberto MONTAÑA PLATA qui, en 2001, m'a initié au droit administratif et m'a proposé de devenir assistant des professeurs au Département de droit administratif de l'Université Externado de Colombie. Je le remercie pour les discussions que nous avons eues autour du sujet et pour m'avoir soutenu et encouragé lors de l'élaboration de la thèse. Ma reconnaissance s'adresse, aussi, aux professeurs du Département de droit administratif de l'Université Externado, notamment Jaime SANTOFIMIO, Juan EXPOSITO, Augusto HERNANDEZ, José BENAVIDES, Jorge RINCON, Jorge SANTOS et Alberto MONTAÑA, pour le partage d'idées et pour m'avoir généreusement ouvert leurs riches bibliothèques personnelles. Je remercie ma famille pour leur soutien sans faille, malgré la distance. Je remercie, enfin, mes amis qui, juristes et autres, ont eu à parler de « *l'activité contentieuse de l'administration* ».

Résumé:

La résolution des litiges est couramment considérée comme une fonction exclusivement juridictionnelle. Les recours portés devant les juridictions sont appelés recours contentieux et la procédure juridictionnelle serait la procédure contentieuse. Devant l'administration, la procédure serait non contentieuse et les recours seraient des pétitions gracieuses. Or, tant l'administration française que l'administration colombienne tranchent quotidiennement des litiges dans l'exercice d'une fonction contentieuse qui n'est pas nouvelle. Dès lors, l'exclusivité juridictionnelle du contentieux n'est qu'une vision déformée de l'organisation du pouvoir. La résolution administrative des litiges est l'une des prérogatives de puissance publique dont dispose l'administration. Elle se caractérise par son caractère accessoire de la mission administrative principale; il s'agit d'un instrument de la réalisation des finalités de l'action administrative. L'administration tranche les litiges dans l'exercice de sa fonction administrative : les décisions administratives contentieuses n'ont pas force de chose jugée, pouvant être l'objet du contrôle juridictionnel qui décidera définitivement le litige. Cette fonction administrative est conforme à la théorie de la séparation des pouvoirs dont l'interprétation séparatiste ne se réalise ni en France ni en Colombie. Cependant, l'administration n'exerce pas sa fonction contentieuse à chaque fois qu'un recours administratif est exercé, qu'une procédure de sanction administrative est entamée ou qu'un litige opposant deux particuliers est porté à la décision de l'administration. L'activité contentieuse de l'administration exige qu'un véritable contentieux soit présenté à l'administration, que ce contentieux se matérialise devant l'administration et qu'elle tranche unilatéralement le fond du litige. Dans cas, l'administration n'exerce une fonction ni matériellement juridictionnelle ni quasi contentieuse, mais une véritable fonction contentieuse.

Descripteurs : Litige - contentieux administratif non juridictionnel - fonction administrative, fonction juridictionnelle - décision administrative contentieuse - acte administratif - acte juridictionnel - procédure administrative contentieuse, non juridictionnelle - recours administratifs contentieux - sanctions administratives - litiges entre sujets de la régulation - droit français - droit colombien.

Title and Abstract : The administrative function of dispute resolution into French and Colombian law

Dispute resolution activity is commonly considered as a wholly judicial function. Judicial actions against the administration and the procedure followed by Courts would be referred as "contentious", while actions and procedures before administrative bodies would be described as "non-contentious". Still, both Colombian and French administrations may resolve disputes on a daily basis as a result of longstanding "contentious" missions. Therefore, a vision that reduces this "contentious" to the solely judicial activity distorts this reality in power organization theory. The administrative resolution of disputes is an incidental prerogative of the public administration. It is characterized by its attachment to the main administrative mission, it is an instrument for the purposes of administrative action. The administration resolves disputes as part of its administrative function: administrative "contentious" decisions have not the force of a final judgment, and could be subject to judicial review. Administrative "contentious" missions seem to conform to a non-rigid vision of the separation of powers shared by Colombian and French systems. However, the administration does not performs a "contentious" activity every time an administrative action or an administrative sanction procedure is undertaken, or when it has to decide a controversy opposing two individuals. Administrative "contentious" activity demands a real "contentious" to be materialized before the administration, which also decides the bottom of the dispute. In that case, the administration does not perform a judicial or quasi-judicial mission, but just a real "contentious" mission.

Keywords : dispute - non jurisdictional administrative litigation - administrative fonction - judiciaire fonction - contentious administrative order - judiciaire order - contentious procedures administrative - administrative action - administrative sanction - controversy between persons to the regulation fonction - French law - colombien law.

Principaux sigles et abréviations

A.A.I	Autorité administrative indépendante
A.J.D.A./A.J.	Actualité juridique du droit administratif
A.J.P.I.	Actualité juridique de la propriété immobilière
A.R.C.E.P.	Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes
Art	Article
Ass	Arrêt d'assemblée
c/	Contre
C.A.A.	Cour administrative d'appel
Conv.A.D.H	Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme
C.A.P	Cour d'appel de Paris
C.C.A	Code contentieux administratif colombien
C.c.c.	Cour constitutionnelle colombienne
C.c.f.	Conseil constitutionnel français
C.cas	Cour de cassation française
C.D.U.	Code disciplinaire unique colombien
C.E.c	Conseil d'État colombien
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.E.f	Conseil d'État français
C.F.P.A.	Les cahiers de la fonction publique et de l'administration,
C.I.D.H	Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme
C.J.C.E	Cour de justice des communautés européennes
C.O.B.	Commission des opérations de bourse
Const. c.	Constitution Politique de la Colombie de 1991
Const. f.	Constitution française de 1958
Cons. S.J.	Conseil Supérieur de la Judicature de Colombie, Chambre
Ch. Jur. Disc.	juridictionnelle disciplinaire
C.P.A.C.A	Code de la procédure administrative et du Contentieux administratif
C.P.C.c.	Code colombien de la procédure civile
C.P.C.f.	Code français de la procédure civile

C.P.P.f.	Code français de la procédure pénale
C.R.	Conseiller du Conseil d'État colombien rapporteur de l'affaire
C.R.E.G.	Commission de régulation de l'énergie et du gaz (Colombie)
C.R.E.	Commission de régulation de l'énergie (France)
C.S.J.	Cour Suprême de Justice colombienne
Cf.	Se rapporter à
Ch.	Chambre
Civ.	Civil
Com. E.D.H.	Commission européenne des droits de l'homme
Conv. E.D.H.	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
D	Recueil Dalloz
D.F.	Revue de droit fiscal
Doc. fr.	La documentation française
éd.	édition
G.A.C.A.	Grands arrêts du contentieux administratif
G.A.C.E.D.H.	Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme
G.A.J.A.	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
G.D.J.D.A.	Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit administratif.
Gaz. Pal	Gazette du Palais
Ibidem	Même document; mais, page différente
Idem	Au même endroit
J.C.P.	Juris classeur périodique / La semaine juridique
J.O.	Journal officiel de la République française
L.G.D.J	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.S.A.J.	Loi statutaire de l'administration de la justice - Colombie
Loc. cit.	Article cité
L.P.F.	Livre des procédures fiscales
L.S.A.J.	Loi statutaire de l'administration de la justice (Colombie)
M.R.	Magistrat rapporteur (Colombie)
op. cit.	Ouvrage cité
p.	Page
P.A.	Les petites affiches
P.G.D.	Principe général du droit

R.A.P.	Revista de administración pública (Espagne)
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.D.S.S.	Revue de droit sanitaire et social
R.E.D.A.	Revista española de derecho administrativo
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C.	Revue française de droit constitutionnel
R.F.F.P.	Revue française de finances publiques
R.J. com.	Revue de jurisprudence commerciale (ancien « journal des agréés »)
R.J.E.P. /C.J.E.G.	Revue juridique de l'entreprise publique / Cahiers juridiques de l'énergie et du gaz
R.J.F.	Revue de jurisprudence fiscale
R.P.D.A.	Revue pratique de droit administratif
R.P.D.F.	Revue pratique de droit français
Sentence C.	Sentence de contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle colombienne
Sentence S.U.	Sentence d'unification de jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne
Sentence T.	Sentence de révision des sentences de tutela de la Cour constitutionnelle colombienne
S.C.U.E.	Supreme Court of the United States
Sect.	Arrêt de section
T.c.f.	Tribunal français des conflits
T.G.I.	Tribunal de grande instance
V.	Voir

Sommaire

<i>Introduction générale</i>	26
Section I. L'absence de définition de l'activité contentieuse de l'administration	28
Sous-section 1. L'absence de définition selon les fonctions administratives	29
§1. Le service public	31
§2. La police administrative	33
§3. La régulation administrative	33
Sous-section 2. La définition étroite du contentieux	35
§1. L'exclusion tacite de l'activité contentieuse de l'administration	35
§2. L'exclusion expresse de l'activité contentieuse de l'administration	38
§3. L'omission volontaire d'étudier l'activité contentieuse de l'administration	40
Section II. La résolution administrative des litiges est considérée comme une anomalie	41
Sous-section 1. Les différentes façons d'aborder une bizarrerie	42
§1. Comme une réminiscence	42
§2. Comme un facteur de mutation	45
§3. Comme un hybride	47
Sous-section 2. Les causes des postures doctrinales	49
§1. L'attachement à l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs	49
§2. La prétention de modernité	50
§3. La méconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration	53
Section III. La définition de la résolution des litiges comme une fonction administrative	53
Sous-section 1. La délimitation dans la fonction administrative	54
§1. L'exclusion du contentieux juridictionnel	54
§2. La définition unitaire de l'activité contentieuse de l'administration	56
§3. L'inclusion dans la théorie générale du pouvoir et de la fonction administrative	58
Sous-section 2. La méthode de l'étude	60
§1. La définition par la comparaison	60
§2. Les termes employés dans l'étude	62
§3. Problématique et annonce du plan	69

PREMIÈRE PARTIE. LA DÉLIMITATION DE L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE DE L'ADMINISTRATION..... **72**

TITRE I. Activité contentieuse et juridiction	74
Chapitre 1. Le contentieux, un objet apparemment exclusif des juridictions	75
Section I. La vision juridictionnelle du contentieux en France	75
Sous-section 1. Le fondement théorique de la vision juridictionnelle du contentieux	76
§1. La conception exclusiviste de la séparation des pouvoirs.....	76
A. Les origines de la théorie.....	76

B. L'interprétation classique	78
§2. La matérialité des fonctions, à la base de la séparation des pouvoirs	82
A. Les essais d'Artur, de Duguit et de Jèze	82
B. La thèse de Bonnard	85
Sous-section 2. Les raisons de la vision juridictionnelle du contentieux	87
§1. La justification de la juridiction administrative	88
A. Les origines de la juridiction administrative	89
B. La rationalisation du système	92
§2. La consolidation de la juridiction administrative	95
A. L'assimilation du contentieux à la juridiction	95
1. Les origines de l'assimilation	95
2. Laferrière : à contre-courant, mais isolé	96
B. L'occultation de l'activité contentieuse de l'administration dite « active »	99
1. Les instruments de l'occultation	99
2. L'occultation réussie	101
Section II. La vision juridictionnelle du contentieux en Colombie	103
Sous-section 1. Une vision classique dépourvue de fondement	104
§1. La difficile définition de la juridiction	104
A. La polysémie du terme juridiction	104
B. L'absence de définition normative de la juridiction	106
§2. La définition contentieuse de la juridiction	109
A. Une définition doctrinale	109
B. Une définition répandue	111
Sous-section 2. Une vision différente constitutionnellement fondée	113
§1. Des pouvoirs séparés à l'unité du pouvoir	113
A. L'instauration d'un système de séparation des pouvoirs	113
B. L'instauration d'un système de collaboration entre les branches du pouvoir	116
§2. Le contentieux et la collaboration des branches du pouvoir	118
A. Les fonctions juridictionnelles de l'administration	119
B. La maîtrise juridictionnelle du contentieux	120
Conclusion du Chapitre	122
Chapitre 2. Le contentieux, un objet non exclusivement juridictionnel	124
Section I. La remise en cause de la vision juridictionnelle du contentieux	125
Sous-section 1. La crise de la vision exclusivement juridictionnelle	125
§1. La difficile juridictionnalisation du contentieux	125
A. L'encombrement des juridictions	126
B. Les réformes dans le système juridictionnel	128
1. L'optimisation de la capacité des juridictions	128
a. La réorganisation du travail	128
b. L'engagement de nouveaux agents	130

c. La rationalisation de l'accès au juge	130
2. Le déploiement de l'appareil juridictionnel	131
a. La multiplication des juridictions de droit commun	131
b. L'instauration de juges à finalité précise	133
§2. La mise en cause du modèle juridictionnel exclusif de résolution des litiges	135
A. Un modèle critiqué	135
1. Le manque de performance des juridictions	135
2. Des réformes restées insuffisantes face à l'encombrement	137
B. Le regard tourné vers l'administration	139
1. L'administration, un instrument contre l'encombrement des juridictions	140
2. L'évolution du rôle accordé à l'administration face au contentieux	143
Sous-section 2. L'exercice multi-organique des fonctions	147
§1. Le constat de l'exercice multi-organique des fonctions du pouvoir public	147
A. Les autorités cumulant des fonctions	148
1. Les autorités de la régulation	148
a. Les deux vagues de création des autorités de régulation	148
b. Une catégorie hétérogène, caractérisée par le cumul de fonctions	150
2. Le cumul n'est pas une nouveauté	153
a. Le cumul est classique	153
b. La nouveauté c'est l'indépendance	154
B. L'application matérielle des garanties contentieuses	158
1. Les jurisprudences constitutionnelles	158
a. Le Conseil constitutionnel français conditionne la validité des pouvoirs de sanction	159
b. La Cour constitutionnelle colombienne précise la portée du droit à la procédure régulière du droit	160
2. La jurisprudence relative au droit au procès équitable	162
a. L'élargissement de l'application du droit au procès équitable	163
b. Le respect du droit au procès équitable par des autorités administratives	165
§2. Les limitations à l'exercice multi-organique	169
A. La séparation des pouvoirs comme non-cumul	170
1. Le non-cumul de tous les pouvoirs	171
a. Un principe exclusivement négatif	171
b. L'exclusion des pouvoirs incontrôlés	174
2. L'exercice non cumulatif de certaines fonctions	175
a. La séparation des différentes étapes de la procédure de sanction	175
b. La non-identité de l'autorité qui sanctionne et la victime des faits	178
c. La séparation entre les fonctions administratives et juridictionnelles de l'administration colombienne	179
B. La compétence juridictionnelle	180

1. La compétence juridictionnelle est de principe	180
a. Constat, intuition ou principe	181
b. Le fondement juridique du principe	182
2. Le noyau dur de la compétence juridictionnelle	185
a. La privation de liberté	185
b. D'autres matières sensibles	189
Section II. La définition de la juridiction	191
Sous-section 1. L'impossible définition matérielle de la juridiction	192
§1. Les matières juridictionnelles	192
A. Le contentieux et la matière gracieuse	192
1. L'exclusion de la matière gracieuse de la matière juridictionnelle	193
a. Le non-contentieux n'est pas juridictionnel	194
b. La juridiction gracieuse de la juridiction administrative	196
2. La reconnaissance de la nature juridictionnelle de la matière gracieuse	199
a. L'unité substantielle des matières attribuées au juge	199
b. La question de l'attribution des effets de chose jugée aux décisions prises en matière gracieuse	201
B. La juridictionnalisation et la déjuridictionnalisation	203
1. L'inexistence d'un contentieux juridictionnel par nature	203
a. Le contentieux précède la juridiction	203
b. Le caractère évolutif des matières juridictionnelles	205
2. Les mouvements de la politique contentieuse	207
a. La distribution politique des matières	207
b. Les raisons de la politique législative ou jurisprudentielle	209
§ 2. La fonction juridictionnelle	211
A. Une fonction d'exécutive	211
1. Une définition à l'appui de la juridiction administrative	212
2. Une définition acceptée par des théoriciens du droit	212
B. Une définition insuffisante	214
1. L'insuffisance de la dichotomie : création et exécution	214
a. Le juge n'est pas toujours un exécuteur de la loi	214
b. Le juge pratique l'exercice multi-organique des fonctions	216
2. La fonction exécutive n'est pas la fonction matériellement juridictionnelle	218
a. La fonction matériellement juridictionnelle serait la fonction contentieuse	218
b. La fonction matériellement juridictionnelle n'existe pas	219
Sous-section 2. Les définitions formelles de la juridiction	220
§1. Les définitions liées à la procédure juridictionnelle	221
A. Les garanties processuelles, des attributs prétendument exclusifs	221
1. Les garanties de l'instance	221

a. La procédure, instrument de différenciation	222
b. Les règles et les principes de la procédure juridictionnelle	223
2. Les garanties de la juridiction.....	224
a. La juridiction est indépendante, impartiale, collégiale et spécialisée.....	224
b. Des éléments présents chez certaines autorités administratives	227
B. Des indices de la volonté de l’auteur de la norme.....	228
1. La volonté d’attribuer le caractère juridictionnel	228
a. La volonté de créer une juridiction française	230
b. La volonté d’attribuer des fonctions juridictionnelles à l’administration colombienne.....	234
2. La volonté de garantir les droits des citoyens	237
a. Les systèmes de protection procédurale des citoyens	237
b. La légitimation des organes par la protection procédurale.....	240
§2. La définition liée à l’organe juridictionnel.....	242
A. La chose jugée et les décisions juridictionnelles	243
1. Un attribut exclusivement juridictionnel	243
a. Le critère de différence entre la juridiction et l’administration.....	243
b. La chose jugée administrative	245
c. La définition de la chose jugée	247
2. Un critère insuffisant	251
a. La chose jugée ne définit pas ce qui est le juridictionnel.....	251
b. La chose jugée serait la conséquence d’autres éléments.....	253
c. La chose jugée ne suffit pas à identifier le juridictionnel	255
B. L’identification formelle du juridictionnel.....	256
1. La qualification formelle de l’organe juridictionnel.....	257
2. La qualification organique de la fonction juridictionnelle	260
Conclusion du Chapitre.....	262
Conclusion du Titre	264
TITRE II. Activité contentieuse et administration.....	265
Chapitre 1. L’évolution de l’activité contentieuse de l’administration	266
Section I. Le contentieux et l’organisation du pouvoir	266
Sous-section 1. Les administrations monarchiques.....	266
§1. L’Ancien Régime français	267
A. La séparation des autorités administratives et judiciaires.....	268
1. Le roi est source de toute justice.....	268
a. Les justices privées	268
b. Les justices royales.....	269
2. Une séparation constamment rappelée.....	270
a. Une séparation fondée sur des matières réservées.....	270
b. Une séparation rappelée	271

B. Le contentieux, couramment attribué aux autorités administratives	273
1. Les fonctions contentieuses de l'administration monarchique	273
a. La fonction contentieuse dérive de l'action administrative	273
b. Les fonctions contentieuses des intendants	274
2. La Révolution confirme les fonctions contentieuses de l'administration	276
a. Les autorités administratives sont chargées transitoirement du contentieux administratif	276
b. Les attributions contentieuses de l'administration sont confirmées	277
§2. La période coloniale de la Nouvelle-Grenade	279
A. La séparation entre la voie gouvernementale et la voie judiciaire en Espagne	280
1. Une séparation des procédures	280
a. Deux voies parallèles	281
b. La séparation de procédures dans la Real Audiencia	282
2. Une séparation des organes	283
a. Les justices privatives du roi	283
b. La spécialisation des organes	284
B. Le cumul des fonctions en Nouvelle-Grenade	285
1. Des autorités gouvernementales exercent des fonctions contentieuses	286
a. Les fonctions judiciaires du gouvernement	286
b. Le contentieux de l'action gouvernementale	288
2. Des autorités judiciaires exercent des fonctions gouvernementales	289
a. Le cumul au profit des juges	289
b. Le gouvernement des juges	292
Sous-section 2. Les administrations juridictionnelles	294
§ 1. L'administrateur-juge au XIXe siècle	294
A. Aux origines de la théorie	294
1. Les conditions favorables	295
a. L'inexistence d'un pouvoir juridictionnel unifié	295
b. La conception contentieuse de la juridiction	296
c. La théorie de la double instance juridictionnelle	297
2. La formulation de la théorie	298
a. L'affirmation jurisprudentielle	298
b. L'élaboration doctrinale	299
c. La validation jurisprudentielle	300
B. L'abandon de la théorie	301
1. Le déclin doctrinal de la théorie	301
a. La délimitation de la théorie	302
b. La négation de la théorie	304
2. L'abandon progressif de la théorie par la jurisprudence	306
a. Le démantèlement du régime juridique	306

b. L'arrêt Cadot.....	309
§ 2. L'administrateur devient juge au XXe siècle.....	311
A. France : les juridictions administratives spécialisées.....	311
1. L'évolution d'une catégorie.....	312
a. La multiplication des juridictions administratives spécialisées	312
b. Le ralentissement de la tendance	315
2. Une catégorie objet de critiques.....	318
a. Des raisons de création d'une juridiction spécialisée	318
b. La protection des justiciables et des administrés	321
B. Colombie : les fonctions juridictionnelles de l'administration.....	324
1. Un mécanisme considéré comme une exception à la séparation des pouvoirs	325
a. La mise en place de la collaboration dans la fonction juridictionnelle.....	325
b. L'attribution précise et exceptionnelle	328
2. Un instrument au service de l'occultation de l'activité contentieuse de	
l'administration	331
a. De véritables juridictions spécialisées.....	331
b. L'atteinte à la théorie de l'activité contentieuse de l'administration	335
Section II. La dissimulation de l'activité contentieuse de l'administration	337
Sous-section 1. La prétendue nature non contentieuse de l'administration.....	338
§ 1. Les prérogatives de puissance publique	338
A. Les prérogatives et la remise du contentieux.....	338
1. L'autosuffisance des pouvoirs administratifs.....	339
a. La seule volonté de l'administratif suffit.....	339
b. La décision unilatérale et l'exécution d'office.....	341
2. Le contentieux n'est pas interdit, mais remis.....	343
a. Le privilège de la décision préalable	343
b. La protection des administrés serait confiée aux juges.....	345
B. Les prérogatives de puissance publique englobent la résolution des litiges.....	346
1. La protection des administrés est confiée à l'administration.....	346
2. La fonction contentieuse est l'une des prérogatives	349
a. Les prérogatives de puissance publique ne sont pas réservées à	
l'administration	349
b. La résolution des litiges est l'une des prérogatives dont dispose	
l'administration	350
§ 2. Le contrôle administratif.....	351
A. Des instruments qui seraient non contentieux	351
1. Le contrôle sur les actes et sur les personnes	351
2. L'intérêt primordial de l'administration	354
B. Les éléments contentieux du contrôle administratif.....	356
1. Le contrôle est compatible avec la fonction contentieuse	356

2. Le contrôle n'est pas toujours contentieux	358
Sous-section II. Des fonctions non administratives	359
§ 1. Les fonctions matériellement juridictionnelles	359
A. La fonction contentieuse serait juridictionnelle.....	360
1. Le retour à la définition contentieuse de la fonction juridictionnelle.....	360
2. Les autorités de régulation renouvellent la discussion.....	363
B. Des dérogations de la séparation des pouvoirs	366
1. La séparation des pouvoirs ne serait pas absolue	366
2. Le contentieux ne serait pas une fonction administrative	368
§ 2. Les fonctions quasi-juridictionnelles	370
A. L'élaboration de la théorie.....	370
1. La formulation dans des systèmes de la Common law.....	370
2. L'adaptation par la doctrine française et colombienne	372
a. Le quasi-juridictionnel et le quasi-contentieux en France.....	372
b. La fonction d'adjudication en Colombie	375
B. Une théorie insatisfaisante	376
1. Le contentieux serait un élément juridictionnel	376
2. Une théorie critiquable.....	378
Conclusion du Chapitre.....	380
Chapitre 2. La reconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration	382
Section I. Vers une théorie de l'activité contentieuse de l'administration	382
Sous-section 1. La procédure contentieuse ou la fonction contentieuse	382
§ 1. Une approche processuelle.....	382
A. La position spéciale qu'adopte l'administration.....	383
1. Les procédures administratives triangulaires	383
2. La procédure de la fonction arbitrale de l'administration	385
B. L'activité administrative processuelle	388
1. Le procès administratif non juridictionnel.....	389
2. Un instrument de protection des droits subjectifs.....	391
§ 2. Une approche matérielle	392
A. L'activité administrative décisive	392
1. La formulation de la théorie	393
2. Une théorie abandonnée	394
B. L'activité contentieuse de l'administration	395
1. Une approche sociologique	396
2. Les bases pour construire la théorie de la résolution administrative des litiges	398
Sous-section 2. L'activité contentieuse de l'administration dans la théorie de l'État.....	399
§ 1. La pluralité fonctionnelle du pouvoir	400
A. L'une des formes de l'exercice multi-organique des fonctions.....	400

1. Un seul pouvoir et plusieurs fonctions	400
2. L'exercice multi-organique de la fonction contentieuse	403
B. Le pouvoir et la recherche de la paix et la justice sociales	405
1. La fonction contentieuse, la justice et la paix sociale.....	405
2. Des fonctions transversales du pouvoir	407
§ 2. L'activité contentieuse et l'État de droit	408
A. Un mécanisme de sanction du droit	409
1. La sanction étatique comme condition de juridicité	409
2. La sanction étatique non juridictionnelle.....	412
B. Un instrument du désencombrement des juridictions.....	414
1. Le bon fonctionnement de l'État de droit	414
2. La contribution de l'activité contentieuse de l'administration	416
Section II. Les caractéristiques de l'activité contentieuse de l'administration.....	418
Sous-section 1. Une fonction ordinaire.....	418
§ 1. Une fonction courante	418
A. L'autorité administrative dispose des qualités pour être une autorité contentieuse	419
1. Les caractéristiques de l'autorité administrative	419
a. Le pouvoir de décision exécutoire	419
b. La décision impartiale.....	420
2. Des raisons du recours à l'activité contentieuse de l'administration	423
a. La simplicité et la rapidité de la décision	424
b. La performance de l'autorité administrative	426
B. La gestion administrative implique la fonction contentieuse	429
1. Le contentieux est un élément normal de l'activité administrative.....	430
2. La fonction contentieuse de l'administration n'est pas transitoire.....	433
a. L'activité contentieuse de l'administration après le désencombrement des juridictions.....	434
b. La processualisation préparerait la juridictionnalisation des organes	434
§2. Une fonction accessoire.....	438
A. La raison d'être de l'activité contentieuse de l'administration	439
1. La résolution des litiges est un instrument de l'action administrative	439
2. L'activité contentieuse de l'administration ne consiste pas à juger l'administration	441
B. La constitutionnalité de l'activité contentieuse de l'administration	443
1. La justification des prérogatives de l'administration.....	443
2. La nécessité des sanctions	445
Sous-section 2. Une fonction administrative.....	447
§ 1. Une fonction compatible avec le droit administratif.....	448
A. La séparation entre la juridiction et l'administration	448

1. Des compétences différentes	448
2. L'indépendance réciproque	450
B. Le langage du droit administratif.....	453
1. Contentieux et juridictionnel	454
2. Contentieux et non contentieux.....	457
§ 2. La redéfinition de la fonction administrative.....	458
A. L'insuffisance des classifications	458
1. Le service public et la police administrative.....	459
2. Les autres missions de l'administration.....	461
B. L'inclusion de la fonction contentieuse	463
1. Les critères organique et résiduel des fonctions administratives	463
2. La fonction contentieuse et la satisfaction des finalités de l'État	465
Conclusion du Chapitre.....	467
Conclusion du Titre	468
Conclusion de la Première partie	469

***SECONDE PARTIE. L'IDENTIFICATION DE L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE
DE L'ADMINISTRATION..... 470***

TITRE I. L'activité contentieuse pré-juridictionnelle..... 472

Chapitre 1. Les bases pour l'identification de l'activité contentieuse de l'administration : autour de la décision préalable..... 473

Section I. Les fondements de la règle de la décision préalable

Sous-section 1. Des raisons historiques

§ 1. Une règle liée à la théorie du ministre-juge..... 474

A. La construction de la règle..... 474

1. Des décisions préalables considérées comme juridictionnelles

2. L'exclusion de certaines décisions de la théorie de l'administrateur-juge

B. Le dévoilement de la règle

1. L'inertie jurisprudentielle..... 479

2. La confirmation normative

§ 2. La séparation entre l'administration non juridictionnelle et la juridiction administrative..... 482

A. La compétence administrative..... 482

1. Le domaine des actes administratifs..... 483

2. Une limitation du pouvoir du juge en faveur de l'administration

B. Un privilège ou une prérogative de l'administration..... 487

1. Un privilège de l'administration

2. Une prérogative de l'administration ?

Sous-section 2. Des raisons techniques..... 492

§ 1. La formation du contentieux

A. La liaison du contentieux.....	492
1. La compétence de la juridiction, le litige entre deux parties	492
2. La liaison juridictionnelle du contentieux	494
B. La fixation du litige.....	496
1. L'identité d'objet.....	496
2. L'identité de cause.....	499
a. Le concept de cause de la demande.....	499
b. La rigueur excessive de l'identité de cause dans la pleine juridiction	500
§ 2. Un contentieux de la légalité des décisions	502
A. Un effort théorique.....	502
1. Le procès fait à l'acte et le procès par l'acte.....	502
2. La spécificité du contentieux administratif.....	504
B. Une théorie critiquable	505
1. Une théorie construite à partir de la généralisation	505
2. L'importance réduite de la décision administrative dans le contentieux subjectif	507
Section II. Le contentieux sans acte administratif	509
Sous-section 1. Le contentieux juridictionnel sans décision préalable	510
§ 1. La décision préalable : une règle qui n'est pas absolue.....	510
A. Des assouplissements	510
1. L'administration accepte l'instance	510
2. Le requérant redresse son recours.....	514
B. Des exceptions	516
1. Dans le droit français	516
a. Le contentieux judiciaire de l'administration.....	517
b. Dans le contentieux administratif juridictionnel	519
2. Le droit colombien.....	522
a. La réparation d'un préjudice provoqué par un acte administratif illégal	524
b. La réparation d'un préjudice provoqué par un fait administratif.....	527
§ 2. L'office du juge	530
A. Le juge français	531
1. Les moyens d'ordre public	532
2. La contradiction des nouveaux éléments	533
B. Le juge colombien.....	535
1. C'est le juge qui connaît le droit.....	535
2. Une notion différenciée de la cause de l'action.....	537
Sous-section 2. Le contentieux non juridictionnel sans décision administrative.....	540
§ 1. La liaison du contentieux non juridictionnel	541
A. Le contentieux devant l'administration.....	541
1. Des contentieux où l'administration n'est pas partie.....	541

2. La liaison du contentieux opère devant un tiers	542
B. Le contentieux avec l'administration	543
1. La décision administrative sur le fond.....	544
2. L'acte administratif préparatoire.....	545
a. Une prise de position préalable.....	545
b. Le contentieux non juridictionnel dans l'élaboration de la décision.....	547
§ 2. La prévention du contentieux.....	549
A. La prévention par la décision préalable en droit français	549
1. La décision administrative concertée	549
2. L'examen sérieux de la demande	551
B. La prévention par la conciliation préalable en droit colombien	552
1. La conciliation dans des matières où l'administration ne s'est pas prononcée.....	552
2. L'homologation juridictionnelle de la conciliation	555
Conclusion du Chapitre.....	556
Chapitre 2. Les recours administratifs	558
Section I. Les fonctions non contentieuses des recours administratifs	560
Sous-section 1. Des moyens d'expression de l'administré	561
§ 1. Une pétition adressée à l'administration	561
A. Un appel à l'indulgence administrative.....	562
1. La possibilité de faire valoir des moyens non juridiques	563
2. L'absence d'obligation de donner suite au recours.....	564
B. L'absence de procédure dans les recours facultatifs	567
1. L'absence de délai	568
a. La règle de l'interruption du délai du recours juridictionnel.....	568
b. Les conditions de l'interruption du délai du recours juridictionnel	571
2. L'absence de forme.....	574
a. Le recours	574
b. L'instruction	575
c. La décision.....	576
§ 2. Une demande de mettre en œuvre des pouvoirs dont l'administration dispose indépendamment du recours	578
A. La demande d'exercer le contrôle hiérarchique	579
1. Un contrôle visant à rétablir la légalité administrative	580
2. Un contrôle d'opportunité possible grâce au recours hiérarchique	581
B. La demande d'accomplir l'obligation de disparition des actes irréguliers	583
1. L'obligation de retirer ou d'abroger en droit français	584
2. L'obligation de révoquer en droit colombien.....	586
Sous-section 2. L'élaboration de l'acte administratif faisant grief.....	591
§ 1. La partie finale de la procédure administrative.....	591
A. Le droit français : l'adoption de la position définitive de l'administration.....	591

1. La question de la généralisation des recours préalables obligatoires	592
2. L'identification des recours administratifs préalables obligatoires.....	593
3. L'élaboration complexe de la décision de l'administration.....	597
B. Le droit colombien : l'inclusion du contrôle administratif dans la procédure administrative.....	600
1. Les origines de la voie gouvernementale.....	600
2. Les deux phases de la procédure administrative.....	603
§ 2. La condition d'accès à la juridiction.....	607
A. Le dies a quo du délai des recours juridictionnels	607
1. Le droit français	607
2. Le droit colombien.....	609
B. L'identité du recours administratif et de la requête juridictionnelle.....	611
1. France : l'identité des conclusions du recours administratif et juridictionnel.	611
2. Colombie : l'identité des faits du recours et de la demande	613
C. Des limitations constitutionnelles du droit d'accès à la juridiction	615
1. Le droit français : la possibilité d'exercer un recours juridictionnel ultérieur	615
2. Le droit colombien : la justification suffisante du conditionnement de l'accès au juge.....	616
Section II. La fonction contentieuse des recours administratifs.....	619
Sous-section 1. La matérialisation de la contestation	621
§ 1. La formalisation des recours	621
A. La contestation d'un acte administratif.....	622
1. La contestation de la régularité de l'acte administratif.....	622
2. L'utilisation d'un instrument de la défense de l'administré	624
B. Une contestation pouvant être continuée devant le juge.....	626
1. La légitimation	626
2. Le délai.....	627
3. Le sursis à exécution.....	630
§ 2. L'examen effectif des recours	632
A. Des instruments voués à l'examen du recours	633
1. Des éléments organiques.....	633
a. L'instruction par organisme consultatif.....	633
b. La décision sur le recours par une autorité spéciale	635
2. Des éléments procéduraux de l'instruction	637
a. La participation du requérant dans l'instruction du recours	638
b. L'opportunité de la processualisation des recours administratif.....	640
B. La portée juridique de l'examen effectif des recours	642
1. Un principe non expressément consacré en droit français.....	643
a. Un principe ayant des fondements flous	643
b. Un principe sanctionné indirectement	645

2. Un principe inexistant en droit colombien	647
Sous-section 2. La réponse à la contestation	648
§ 1. La décision des recours	649
A. L'obligation de décider	649
1. Le devoir de prendre des décisions expresses en droit français	650
2. Le devoir de prendre des décisions expresses en droit colombien	652
a. Une obligation générale et sanctionnée	652
b. Le droit constitutionnel d'obtenir une décision expresse	654
B. La renonciation à l'exercice de la fonction contentieuse	657
1. Le silence en matière des recours administratifs	657
a. Les effets juridiques du silence administratif	658
b. Les fonctions de la décision implicite et de la décision fictive	661
2. Un phénomène contestable	663
a. Le déni d'administration	664
b. Des alternatives à la décision implicite et à la décision fictive	666
§ 2. L'état d'esprit contentieux	669
A. La prise de conscience de l'exercice de la fonction contentieuse	670
1. Une question d'esprit	670
2. Des problèmes échappant aux normes juridiques	672
B. Les instruments de la politique contentieuse	674
1. Des instructions et des circulaires en droit français	675
2. La politique contentieuse des autorités administratives colombiennes	676
Conclusion du Chapitre	678
Conclusion du Titre	680
TITRE II. L'activité contentieuse para-juridictionnelle	681
Chapitre 1. La sanction administrative	683
Section I. La définition de la sanction administrative	684
Sous-section 1. La délimitation de la sanction administrative	685
§ 1. L'identification des sanctions administratives	686
A. La gravité de la mesure	687
1. La sanction est définie par ses effets négatifs	687
a. Effets négatifs issus de la volonté de l'administration	687
b. La gravité des effets	688
2. Sanction, mesures graves et prises en considération de la personne	690
B. La finalité punitive	693
1. Le maintien de l'ordre et la finalité punitive	693
a. Les mesures de police et les sanctions en droit français	694
b. La police n'est pas opposée à la sanction en droit colombien	697
c. Les mesures prises dans l'intérêt du service et la sanction disciplinaire	699
2. La finalité punitive et la finalité réparatrice	703

§ 2. L'objet des sanctions administratives	706
A. Les mesures exclues	706
1. La portée du domaine réservé au juge judiciaire français	707
2. La réserve de l'autorité judiciaire compétente en droit colombien	709
B. Les sanctions acceptées	711
1. Sanctions non pécuniaires	711
2. Sanctions pécuniaires.....	713
Sous-section 2. Le destinataire de la sanction administrative.....	715
§ 1. Les sanctions à destinataire spécifique	715
A. Les sanctions disciplinaires	716
1. La différenciation de la sanction disciplinaire	717
a. Sanction administrative et sanction disciplinaire	717
b. Les particularités de la sanction disciplinaire	719
2. Hiérarchie et pouvoir disciplinaire.....	722
a. Le pouvoir disciplinaire hiérarchique.....	722
b. Pouvoir disciplinaire non hiérarchique.....	723
B. Les sanctions aux titulaires de droits conférés par l'administration	727
1. Retrait de l'acte conférant de droits	727
a. Le principe de liberté et l'autorisation administrative	728
b. Le retrait ordinaire et le retrait punitif	729
2. La résiliation unilatérale du contrat	731
a. La résiliation pour un motif d'intérêt général	731
b. La résiliation pour faute du co-contractant	732
§ 2. Les sanctions à l'égard des citoyens	734
A. Les citoyens, leur degré de liberté et les sanctions	735
1. Activité sous un régime d'autorisation administrative.....	735
a. Les citoyens exerçant une activité qui demanderait une autorisation.....	736
b. Les citoyens au service des bénéficiaires d'une autorisation administrative	737
2. Activité sous un régime de prohibitions	738
a. Les citoyens exerçant une activité libre.....	739
b. Les citoyens exerçant une activité interdite.....	740
B. Le fondement du pouvoir de sanction administrative à l'égard des citoyens	741
1. La sanction administrative de citoyens ne contrarie pas la séparation des	741
pouvoirs.....	741
2. La sanction comme instrument efficace	743
a. Un instrument de l'action administrative.....	743
b. Un instrument non arbitraire	746
Section II. Un mécanisme contentieux.....	748
Sous-section 1. Les éléments du contentieux	749

§ 1. L'énoncé préalable des griefs retenus.....	750
A. Les griefs dans les procédures de sanction.....	750
1. La décision d'arrêter des griefs.....	751
a. L'arrêt des griefs dans une procédure idéale.....	751
b. L'engagement des poursuites disciplinaires en droit français.....	753
2. La délimitation du pouvoir de sanction.....	755
B. Le contenu des griefs.....	757
1. La précision des inculpations.....	757
a. La portée de la légalité des infractions en droit français.....	758
b. La légalité des infractions en droit colombien.....	761
2. Le respect de la présomption d'innocence.....	764
a. Une garantie réservée aux sanctions-punitions en droit français.....	765
b. Une garantie générale, mais modulable, en droit colombien.....	767
§ 2. La défense efficace de la personne mise en cause.....	769
A. L'information de l'existence et le contenu de la poursuite.....	771
1. Le droit d'être informé de l'existence d'une procédure à son encontre.....	772
2. L'accès au dossier.....	774
B. La discussion des griefs.....	776
1. Les moyens de la défense.....	776
a. La défense orale et la défense écrite.....	777
b. La participation à l'instruction.....	779
2. L'assistance à la personne mise en cause.....	782
Sous-section 2. Les garanties du contentieux.....	784
§ 1. L'application des garanties des droits répressifs.....	785
A. L'application partielle en droit français.....	786
1. La condition de la constitutionnalité d'une partie des sanctions administratives.....	786
a. Les garanties exigées pour l'imposition des sanctions-punitions.....	787
b. La question de la portée réelle de la catégorie des sanctions-punitions.....	789
2. Le caractère équitable de la procédure.....	790
a. L'application des garanties du procès équitable aux sanctions administratives.....	791
b. Le noyau dur du procès équitable.....	794
B. L'application uniforme en droit colombien.....	795
1. Le bloc de constitutionnalité en matière punitive.....	796
2. La procédure régulière du droit pour l'imposition de sanctions administratives.....	799
§ 2. Les garanties offertes par l'organe sanctionnateur.....	802
A. L'indépendance ne caractérise pas la sanction administrative.....	802
1. Les garanties de l'administration indépendante.....	803

a. L'indépendance de l'organe	804
b. L'indépendance des membres de l'autorité.....	807
2. Les garanties de l'administration classique	808
B. L'impartialité est une garantie générale de l'action administrative.....	811
1. Les garanties de l'impartialité fonctionnelle.....	811
a. Le préjugé pouvant naître de la saisine	812
b. Le préjugé pouvant naître de l'élaboration du rapport.....	814
2. Les garanties de l'impartialité personnelle	817
a. L'existence d'un régime d'incompatibilités.....	818
b. Le devoir de se déporter et le droit de récuser	820
Conclusion du Chapitre.....	821
Chapitre 2. La résolution des litiges entre administrés.....	823
Section I. Une nouvelle activité contentieuse de l'administration	823
Sous-section 1. Le contexte de la naissance de la nouvelle activité contentieuse de l'administration.....	823
§ 1. Fonctions traditionnellement considérées comme juridictionnelles	824
A. Le contentieux civil et le contentieux administratif.....	824
B. Les fonctions juridictionnelles de l'administration colombienne	826
§ 2. Des fonctions administratives existantes en droit comparé	828
A. Un phénomène répandu	828
B. La fonction administrative arbitrale.....	831
Sous-section 2. La naissance de la fonction de résolution des litiges entre administrés en France et en Colombie.....	832
§ 1. L'attribution de compétence à des autorités administratives françaises et colombiennes.....	833
A. Des autorités indépendantes.....	834
1. Autorités administratives dans le domaine économique	834
a. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.....	834
b. La Commission de régulation de l'énergie	836
2. Autorités administratives dans le domaine des libertés	838
a. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel	838
b. La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet	840
B. Des commissions de régulation des services publics domiciliaires	842
1. Les fonctions contentieuses générales des commissions de régulation des services publics	842
2. La fonction contentieuse spécifique de la Commission de régulation des communications	844
§ 2. Une fonction liée à la mission de régulation	846
A. Des litiges entre des personnes objet de la régulation.....	846

B. Une mission d'arbitrage technique comme un instrument de la régulation.....	848
1. Une fonction limitée aux aspects intéressant la régulation.....	848
2. Une fonction commandée par les finalités de la régulation.....	851
Section II. Les défis de l'activité contentieuse de l'administration.....	853
Sous-section 1. L'adaptation processuelle et organique de l'administration.....	853
§ 1. La mise en place d'un débat contradictoire adapté	854
A. La solution française : l'adaptation individuelle de la procédure.....	854
B. La solution colombienne : la suspension des délais pendant l'instruction	856
§ 2. La prévision de garanties d'objectivité	859
A. La prévision d'un régime d'inéligibilités et d'incompatibilités	859
B. Le droit de récuser les membres de l'autorité contentieuse	862
Sous-section 2. Le renouveau de l'activité contentieuse de l'administration.....	863
§ 1. Les effets de la résolution administrative de litiges entre administrés dans la théorie générale.....	863
A. La confirmation des caractères de l'activité contentieuse de l'administration ...	864
B. La question d'un contentieux administratif où l'administration n'est pas partie	866
§ 2. Les risques théoriques de la fonction de résolution des litiges entre administrés.	868
A. La tentation de la juridictionnalisation	869
B. La dérive vers la médiation ou l'arbitrage.....	870
Conclusion du Chapitre.....	872
Conclusion du Titre	874
Conclusion de la Seconde partie.....	875
Conclusion générale	877
 <i>Bibliographie</i>.....	880
 <i>Index</i>.....	911

Introduction générale

« Un pas de plus dans la voie du progrès consisterait, suivant nous, à faire complètement disparaître les attributions contentieuses des administrateurs (...) »¹. Ce vœu exprimé par un professeur français réputé de la seconde moitié du XIXe siècle témoigne d'une évolution cherchant à consolider la juridiction administrative comme la seule administration contentieuse de France. Or, cette pensée s'est avérée comme un projet ambitieux, mais, voué à l'échec et ne s'est pas réalisée. Face à la multiplication et la diversification des fonctions contentieuses de l'administration, deux possibilités s'offrent aujourd'hui aux juristes : la possibilité de dénoncer une certaine anomalie de l'État de droit et de plaider, par conséquent, pour l'épuration de l'action administrative ou, en revanche, la possibilité de saisir le phénomène de l'administration contentieuse comme un objet d'étude à part entière, visant à comprendre sa raison d'être et à en préciser ses contours. Cette deuxième voie est celle empruntée par cette thèse.

L'expression « *administration contentieuse* » renvoie, d'une part, à l'exercice de la fonction de résolution des litiges par l'administration, c'est-à-dire à l'exercice de l'activité contentieuse de l'administration et, d'autre part, à la pratique de la fonction administrative par la résolution des litiges. Pour définir ces termes, il est nécessaire de différencier la fonction contentieuse, consistant en la résolution des litiges, de la fonction juridictionnelle², consistant, elle, en la résolution définitive des litiges³. L'administration exerce la fonction contentieuse par voie de décisions administratives qui, par conséquent,

¹ Théophile DUCROQC, *Cours de Droit administratif*, t. I, 5^e éd., Ernest Thorin, Paris, 1877, p. 373.

² Pour considérer que la juridiction n'est qu'une des formes possibles d'exercer la fonction de résolution des litiges, il est nécessaire d'abandonner l'idée mythique de l'existence de juridictions à époque de l'homme des cavernes, comme a été affirmé par l'un des rares théoriciens colombiens de la juridiction, d'après qui : « *Certainement, la juridiction a existé depuis les époques les plus primitives de l'humanité; mais, non le procès (...)* », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción : estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 84. « *Il est certain que l'homme primitif, celui qui montrent les livres d'histoire, couvert avec la peau des animaux, a connu intuitivement la notion de juridiction. (...) Il n'est pas douteux qu'à ces époques révolues il y existait de la juridiction, même si l'État n'existait pas de la façon comme nous le connaissons aujourd'hui* », *ibidem*, p. 110.

³ La matière réservée aux juridictions consiste en la décision ayant des effets de chose jugée. Le principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la compétence de la juridiction administrative française ne concerne que la décision définitive ou 'en dernier ressort' : « (...) à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle », C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.* p. 7, §15. Pour la Cour constitutionnelle colombienne : « (...) l'acte administratif ne dispose pas de force de chose jugée tandis que le juridictionnel est définitif (...) L'acte juridictionnel, après la résolution des recours ordinaires et extraordinaires est irrévocable », C.c.c. Sentence C-189-98, 6 mai 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ. « Cette compétence (...) est d'une nature éminemment juridictionnelle et, par conséquent, les décisions sont des véritables sentences ayant des effets de chose jugée (...) », C.c.c. Sentence T-494-99, 9 juillet 1999, M.R. Vladimiro NARANJO.

ne disposent pas des effets de chose jugée et peuvent ainsi être l'objet du contrôle juridictionnel⁴, par les juges ordinaires du contentieux administratif⁵. La résolution administrative des litiges n'est pas une fonction exceptionnelle qui mettrait en place une forme de collaboration avec les juridictions⁶. Certes, l'activité contentieuse de l'administration peut contribuer efficacement à la diminution du nombre des litiges portés devant le juge ; mais, cet effet de prévention de l'encombrement juridictionnel ne caractérise pas la finalité première de l'administration contentieuse. Il s'agit d'une façon différente d'exercer la fonction contentieuse qui n'est ni exclusive aux juridictions ni exclusivement étatique⁷. La résolution administrative des litiges ne saurait être considérée comme un mode alternatif de résolution des litiges. D'une part, certains litiges doivent nécessairement être portés préalablement devant l'administration, notamment dans le cas des recours administratifs préalables obligatoires⁸. D'autre part, l'administration peut être portée à trancher un litige entre deux administrés, sans avoir besoin d'un accord préalable entre eux⁹. Ces deux éléments font obstacle à la qualification en tant que mécanisme alternatif de résolution des litiges, défini par le caractère facultatif, mais nécessaire de l'accord des parties concernées.

L'administration contentieuse est une forme d'administrer, d'exercer la fonction

⁴ Le recours pour excès de pouvoir « est ouvert même sans texte contre tout acte administratif », C.E.f. 17 fév 1950, *Dame Lamotte, Rec.*, p. 110 ; *R.D.P.* 1951, p. 478, conclusions DELVOLLE et note WALINE. La Constitution colombienne dispose que tous les citoyens ont droit d'« (...) 6. Exercer d'actions publiques pour la défense de la Constitution et de la loi », art. 40 de la Const.c. Dans ce contexte constitutionnel, le Code du contentieux administratif dispose que : « Toutes les personnes pourront demander directement ou par un représentant, l'annulation des actes administratifs », art. 84, al. 1^{er} du C.C.A. Arts. 137 et 164, n° 1, § a du C.P.A.C.A.

⁵ Affirmer que la juridiction administrative française et la juridiction colombienne du contentieux administratif sont les juges ordinaires du contentieux administratif (art. L. 211-1 du C.J.A., sur la compétence de droit commun des tribunaux administratifs français et art. 82 du C.C.A. sur l'objet de la juridiction colombienne du contentieux administratif pour « (...) juger les controverses et les litiges nés autour de l'activité des personnes publiques (...) ») signifie, notamment, que c'est devant ces juridictions qui sont contrôlées les décisions contentieuses et non contentieuses de l'administration. Les autorités administratives ne sont pas des juges, alors même qu'elles tranchent des litiges. Dès lors, les autorités administratives ne sauraient prétendre à être considérées comme les 'juges ordinaires du contentieux administratif'. Elles ne sauraient être, même, des juges d'exception.

⁶ L'art. 116 de la Const.c. autorise au législateur à attribuer exceptionnellement de précises fonctions juridictionnelles aux autorités administratives : « (...) comme conséquence du postulat de la collaboration harmonieuse entre les branches du pouvoir public (art. 113 de la Const.c.) », C.c.c. Sentence C-1143-00, 30 août 2000, M.R. Carlos GAVIRIA.

⁷ « Le phénomène contentieux est fondamentalement un fait d'ordre psycho-social. C'est un différend d'opinion qui est relatif à une conduite, à une activité humaine déterminée apparaissant à autrui comme susceptible de lui faire grief et où est mise en question la régularité de cette activité ou des effets de celle-ci, en vue du redressement du grief causé ou allégué », Léon MOUREAU, « Notion et spécificité du contentieux administratif », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 187.

⁸ En France, l'institution des recours administratifs préalables obligatoires constitue une exception au caractère facultatif des recours administratifs (C.E.f. 24 juin 1881 *Bougard*, concl. GOMEL, S. 1882, p. 2). En Colombie, les recours administratifs suivent la règle inverse : le recours en appel, est en principe, préalable obligatoire de l'accès au juge : art. 51, al. 5 du C.C.A. et art. 76, al. 4 du C.P.A.C.A.

⁹ Par exemple, en droit français, « En cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties », art. 36-8, al. 1^{er} du Code des postes et des communications électroniques. En droit colombien, la Commission de régulation des communications est compétente pour « 9. Résoudre les litiges existant entre les fournisseurs des réseaux et des services des télécommunications », art. 22, n° 9 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009. Elle peut être saisie par l'une des parties du litige et l'art. 22, n° 9 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009 dispose qu'« aucun accord entre les fournisseurs ne saurait diminuer, limiter ou exclure les pouvoirs de régulation de la Commission, de même que ses fonction de résolution de litiges ou limiter la libre concurrence ».

administrative et, par conséquent, d'atteindre les finalités confiées à l'administration¹⁰. L'administration contentieuse consiste en l'exercice de l'activité contentieuse de l'administration. Pour éclaircir ce en quoi consiste la résolution administrative des litiges et l'identifier comme objet d'étude, deux constats seront présentés au cours de cette introduction générale afin de préciser l'objectif de la thèse, et la manière dont il sera atteint. Tout d'abord, le premier constat concerne l'absence de définition de l'activité contentieuse de l'administration (**Section I**). Ensuite, le deuxième constat montre que la résolution administrative des litiges est considérée comme une anomalie (**Section II**). Enfin, l'objet de cette étude consiste en la définition de la résolution des litiges comme une fonction administrative (**Section III**).

Section I. L'absence de définition de l'activité contentieuse de l'administration

La définition de l'activité contentieuse de l'administration doit répondre à deux exigences : elle doit être déterminée¹¹ et ses limites établies¹². Une première approche à la définition de l'activité contentieuse de l'administration conduit à la formulation de deux postulats. D'une part, la résolution des litiges par la décision des autorités administratives n'est pas une fonction juridictionnelle et, au contraire, c'est une fonction de l'administration. D'autre part, ce règlement non juridictionnel des litiges s'inscrit dans le contentieux de l'administration et, en principe, dans le contentieux administratif¹³. Or, ces deux postulats ne sont pas clairement acceptés en droit français et en droit colombien. Un état des lieux de la doctrine met en évidence, au contraire, d'une part, l'absence de définition de l'activité contentieuse de l'administration selon les fonctions administratives (**Sous-section 1**) et, d'autre part, une définition étroite du contentieux (**Sous-section 2**), excluant par là, la résolution administrative des litiges.

¹⁰ Il suffit de prendre comme exemple, les fonctions contentieuses de résolution des litiges entre administrés qui sont confiées à des autorités chargées de la fonction de régulation, notamment, en France, à la Commission de régulation de l'énergie (fonctions exercées par son Comité de règlement des différends et de sanctions : art. L. 134-19 du Code de l'énergie) ou en Colombie, aux Commissions de régulation des services publics domiciliaires (art.73, n° 8-9 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994) dont sa fonction contentieuse doit viser à établir et à conserver des conditions adéquates d'une libre et saine concurrence dans le secteur objet de sa régulation.

¹¹ « (...) comme toute autre notion juridique, n'échappe pas à cette nécessité d'être à la fois déterminée (...) et délimitée(...) », Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Bibliothèque de droit public, t. 151, L.G.D.J. Paris, 1988, p. 16.

¹² « (...) définie c'est-à-dire au sens étymologique du terme, bornée, délimitée », Jean-Claude VENEZIA, « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J. Paris, 1974, p. 148.

¹³ Il sera question de déterminer l'appartenance au contentieux administratif, des litiges opposant deux administrés, autour d'une situation objet de régulation administrative et qui sont tranchés par l'administration.

Sous-section 1. L'absence de définition selon les fonctions administratives

Dans l'hypothèse où l'activité contentieuse de l'administration fait partie de l'une des fonctions administratives classées par la doctrine, elle serait définie comme une fonction administrative. L'administration exerce des fonctions de service public, de police ou de régulation et, elle est considérée comme active. L'administration tranche des litiges et elle est contentieuse. Néanmoins, l'administration active et l'administration contentieuse ne sont pas deux administrations différentes ; la réalisation des missions de service public, de police ou de régulation implique l'exercice de la fonction contentieuse. L'administration n'est, dès lors, ni exclusivement active ni exclusivement contentieuse.

Le professeur René CHAPUS, comme l'ensemble de la doctrine française, ne définit pas expressément la fonction contentieuse comme l'une des fonctions de l'administration dite « *active* ». En suivant Charles EISENMANN¹⁴, il réduit ses fonctions à deux : la fonction normative et la fonction de prestation¹⁵. La résolution des litiges représente une prestation matérielle entrant dans la définition d'EISENMANN¹⁶ et, de cette manière, l'activité contentieuse de l'administration peut, en principe, être définie comme une activité administrative de prestation. En revanche, l'activité contentieuse de l'administration ne constitue pas une fonction normative *stricto sensu*. Certes, la partie finale de l'activité contentieuse est normalement marquée par le prononcé d'une décision administrative qui tranche le litige ; mais, l'activité contentieuse est un phénomène complexe qui demande une étude d'ensemble, non limité à l'acte décisoire. En d'autres termes, réduire l'activité contentieuse à l'acte final (fonction normative) délaisse l'étude du déroulement du contentieux, devant l'administration, comme une fonction administrative. Ainsi, « (...) *définir la fonction par l'acte c'est oublier que la fonction a d'abord un objet. Accomplir une fonction, c'est faire quelque chose et c'est ce quelque chose qu'il faut préciser avant de considérer les moyens employés* »¹⁷.

Cependant, l'approche donnée par EISENMANN n'est pas juridique, c'est-à-dire qu'elle ne se fonde pas sur les actes. EISENMANN prétend établir les « *fonctions sociales de l'administration* »¹⁸. Dans ce contexte, la fonction normative s'étend, non seulement à l'édition de la norme, mais, aussi à son exécution.¹⁹ Cela conduit EISENMANN à affirmer que la justice ne relève pas de la fonction de prestation ; mais, de la fonction de « *législation* »

¹⁴ Charles EISENMANN, *Cours de Droit administratif*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 18 et suiv.

¹⁵ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, 15^e éd. Montchrestien, Paris, 2001, p. 469.

¹⁶ « (...) *L'État apparaît donc comme « fournisseur » ou « prestataire » de services ou de biens (...)* », Charles EISENMANN, *Cours de Droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 19. « (...) *L'État crée donc des services pour assurer la justice et l'exécution des décisions de justice, comme il crée des services de distribution d'eau, d'électricité ou de gaz* », *cit.*, p. 21.

¹⁷ Georges BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *R.D.P.* 1945, p. 209. Et il ajoute : « *Il ne viendrait à personne l'idée de définir la fonction du menuisier en disant qu'elle consiste à utiliser le rabot, la scie ou le ciseau à froid* », *idem*.

¹⁸ Charles EISENMANN, *Cours de Droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹ *Ibidem*, p. 27.

car, pour lui, « *Justice, exécution forcée, ce sont bien des services publics; mais, ces services n'en sont pas moins créés en vue de concourir à l'établissement d'un certain état de droit dans la société (...)* »²⁰. Ainsi, l'activité contentieuse de l'administration ne pourrait être définie

- ni comme une activité de prestation car elle assure l'exécution de la normativité et elle finit par une décision à portée normative,

- ni comme une fonction normative car son champ d'action est beaucoup plus important.

Le professeur Didier TRUCHET adopte cette « *summa divisio* »²¹, tout en juridicisant l'approche. Il précise que les « *prestations normatives* », ainsi que les « *prestations matérielles* », ne sont pas, en réalité, des missions administratives, mais, un moyen de les exercer²². Cette précision laisse penser que l'activité contentieuse de l'administration est une fonction utilisant tant des moyens matériels que des moyens normatifs. Or, la question de savoir si l'activité contentieuse de l'administration était définie par la doctrine comme l'une des fonctions administratives, reste entière et sans réponse.

Tout d'abord, un constat s'impose : la majorité de la doctrine française suit la classification binaire, police administrative et service public²³. Ensuite, une partie restreinte de la doctrine réalise une classification tripartite incluant comme *tertius genus*, soit la fonction de concours aux activités privés d'intérêt général²⁴, soit la fonction administrative de régulation²⁵. Enfin, une partie de la doctrine laisse penser que d'autres fonctions administratives sont possibles²⁶. Cette dernière approche représente aussi celle de la doctrine colombienne qui, en adoptant une approche espagnole²⁷, réalise une énonciation

²⁰ *Ibidem*, p. 21.

²¹ *Ibidem*, p. 24.

²² « *Les missions administratives s'exercent par des prestations normatives (...) et par des prestations matérielles (...)* », Didier TRUCHET, *Droit administratif*, 4^e éd. P.U.F., Paris, 2011, p. 301.

²³ Notamment : Jacques MOREAU, *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1989, p. 309 et suiv. ; Georges VEDEL et Pierre DELVOLVE, *Droit administratif*, t. II, 12^e éd. P.U.F., Paris, 1992, p. 28 ; Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, t. I, 16^e éd. L.G.D.J., Paris, 2001, p. 719 et suiv. ; Jean-Louis AUTIN et Catherine RIBOT, *Droit administratif général*, 5^e éd. Litec, Paris, 2007, p. 167 et suiv. ; Jean WALINE, *Droit administratif*, 22^e éd. Dalloz, Paris, 2008, p. 321 et suiv. ; Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd. Montchrestien, Paris, 2010, p. 183 et suiv. ; Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON et Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 12^e éd. Sirey, Paris, 2011, p. 528 et suiv. Le *Droit administratif* du professeur CHAPUS inclut dans l'activité administrative les actes, les services publics, le pouvoir réglementaire et la police administrative : René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, *op. cit.*, p. 479 suiv.

²⁴ Jean-Michel DE FORGES, *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1991, p. 176 ; Charles DEBBASCH et FREDERIC COLIN, *Droit administratif*, 10^e éd. Economica, Paris, 2011, p. 278, néanmoins, ici la fonction d'intervention reste simplement énoncée et, l'explication reste binaire : police et service public.

²⁵ Henri OBERDOFF, *Les institutions administratives*, 5^e éd. Sirey, Paris, 2006, p. 4 ; Didier TRUCHET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 369. La fonction de régulation peut aussi accompagner la fonction d'intervention économique : Sophie NICINSKI, « Intervention économique et régulation », in *Traité de droit administratif*, Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA (Dir.), Dalloz, Paris, 2011, p. 113 et suiv.

²⁶ Dans le manuel de droit administratif, le professeur GAUDEMET reprend ses idées exprimées dans le t. I de son *Traité* (p. 719) et même s'il n'étudie que les fonctions de police administrative et de service public, il n'exclut pas l'existence d'autres fonctions administratives, notamment, la fonction d'aide et d'encouragement et celle de contrôle et de surveillance : Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 18^e éd. L.G.D.J., Paris, 2005 p. 303.

²⁷ Les auteurs espagnols font classiquement référence à la triade service public, police administrative et « fomento » (encouragement aux activités économiques) : cf. Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 9^e éd. éd. Tecnos, Madrid, 1989 ; José LÓPEZ PELLICER, *Lecciones de Derecho Administrativo*, éd. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelone, 1989 ; Luis MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II «La actividad de las administraciones públicas.», 4^{ème} éd. Aranzadi, Madrid, 1999. Il existe

descriptive des différentes fonctions remplies par l'administration²⁸, sans néanmoins inclure une catégorie équivalente à celle de l'activité contentieuse de l'administration²⁹.

Logiquement, la résolution des litiges ne constitue pas une activité de concours à une activité privée d'intérêt général. Il reste, en conséquence, à déterminer si l'activité contentieuse de l'administration peut être définie par les autres catégories, notamment celles du service public, de la police administrative et de la régulation ou si, en revanche, elle mérite d'être définie comme une fonction administrative différente.

De prime abord, les catégories énoncées de police, de service public et de régulation, n'ont ni un contenu précis ni une définition univoque. Au contraire, il s'agit de catégories souples, de contenus historiques³⁰ et de variations politiques³¹. Ceci tient, notamment au fait que ces catégories sont liées à la notion d'intérêt général, prototype d'une notion politique et « *protéiforme* »³². Ces caractéristiques de souplesse et d'adaptabilité peuvent, *a priori*, permettre d'inclure la fonction de résolution des litiges dans l'une ou plusieurs de ces catégories. À partir de ces considérations, il est question d'identifier les éléments présents dans l'activité contentieuse de l'administration, qui peuvent la définir comme une mission de service public (§1), de police administrative (§2) ou de régulation (§3). Cette identification permettra, le cas échéant, de trouver la notion de l'activité contentieuse de l'administration.

§1. Le service public

L'activité contentieuse de l'administration est présumée comme un service public puisqu'elle est exercée par des personnes publiques³³. Cette présomption de service public

dans la doctrine espagnole la référence à une certaine fonction arbitrale de l'administration, qui pourrait définir une partie de l'activité Contentieuse de l'administration. Cf. José-Ramón PARADA-VÁZQUEZ, "La actividad administrativa arbitral", in *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, D.L., Madrid, 1992, p. 1173-1198.

²⁸ Le professeur SANTOFIMIO définit les activités de l'administration publique : de police ou de limitation de la liberté, d'encouragement, de services publics, d'intervention, de contrôle et de surveillance, de régulation et normative, de planification et de programmation et l'activité économique et de banque centrale : Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 3^e éd. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003, p. 38 et suiv.

²⁹ Le professeur SANTOFIMIO semble définir une certaine partie de l'activité contentieuse de l'administration dans l'intitulé « *Activité d'intervention, de contrôle et de vigilance* » car il y inclut les pouvoirs de sanction; mais, son étude n'adopte pas une approche contentieux : Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 43. De son côté, M. RODRIGUEZ, étudie les fonctions des Surintendances mais il n'y fait aucune référence ni à leurs fonctions contentieuses ni juridictionnelles, Libardo RODRIGUEZ, *Derecho administrativo*, 16^e éd. Temis, Bogota, 2008, p. 103-104.

³⁰ Sur l'évolution historique de la notion de police Cf. Jean-Louis MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, P.U.F., Paris, 1985, p. 161-162.

³¹ Même l'administration des biens des juifs pendant le régime de Vichy aurait pu être considérée comme un service public : Edmond BERTRAND, "Du contrôle judiciaire du dessaisissement des juifs et de la liquidation de leurs biens", *J.C.P.* 1943, I, 354. Sur le caractère politique du service public Cf. Jean-François LAUCHAME, Claudie BOITEAU et Hélène PAULIAT, *Droit des services publics*, 2^e éd. Armand Colin, Paris, 2004, p. 6 et suiv.

³² Stéphane BRACONNIER, *Droit des services publics*, 2^e éd. P.U.F., Paris, 2007, p. 9.

³³ Jean-François LAUCHAME, et al., *Droit des services publics, op. cit.*, p. 9.

est confirmée par le fait que les éléments matériels du service public se trouvent réunis dans l'activité contentieuse de l'administration. Tout d'abord, l'activité contentieuse de l'administration cherche à rendre la justice, ce qui constitue une activité d'intérêt général³⁴, premier composant de la notion de service public. Ensuite, la justice rendue par l'administration est une des prestations matérielles ayant pour objet un service public³⁵. Enfin, en plus de représenter une prérogative exorbitante du droit civil³⁶, la résolution unilatérale des litiges fait appel à d'autres prérogatives de l'administration.

Ce caractère de service public de la Justice a été expressément reconnu par la législation colombienne qui développe les articles 56 et 228 de la Constitution. Le premier article constitutionnel définit la justice comme une fonction publique et le second créa une catégorie de services publics essentiels, dans lesquels la grève est interdite. La loi statutaire de l'administration de la justice dispose que « *l'administration de la justice est un service public essentiel* »³⁷. En conséquence, d'un point de vue constitutionnel, il s'agit d'une activité disposant d'un statut spécial et qui n'admet pas de discontinuités³⁸.

En réalité, l'identification de l'activité contentieuse de l'administration comme une activité de service public, n'apporte pas un élément décisif pour son identification en tant qu'activité administrative. En effet, certains services publics ne sont pas exercés par l'administration³⁹, tout comme la Justice dans sa conception juridictionnelle qui en est l'exemple type. Par ailleurs, inclure l'activité contentieuse de l'administration dans la Justice demande une conception non organique; mais, matérielle de celle-ci, la distinguant de la juridiction⁴⁰. Il se pose toujours, par conséquent, la question de la définition de l'activité contentieuse de l'administration : est-elle une activité de police administrative ou de régulation ?

³⁴ Dans le système constitutionnel colombien, la justice est un « *service public essentiel* », ce qui détermine une exigence d'une spéciale continuité dont toute interruption dans la prestation du service, constitue une violation de la Constitution : C.c.c. Sentence T-1165-03, 4 décembre 2003, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

³⁵ Jean-François LAUCHAME, et al., *Droit des services publics*, op. cit., p. 20.

³⁶ Cette expression est préférable à celle de droit commun qui est souvent utilisée, dans la mesure où, le droit administratif est le droit commun de l'action administrative : Francis-Paul BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, p. 76. En d'autres termes, « *Le droit privé n'est pas plus un droit commun que le droit administratif* », Charles DEBBASCH, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 127.

³⁷ Art. 125 de la Loi n° 270 du 7 mars 1996, Loi Statutaire de l'administration de la Justice. Cette norme a été validée constitutionnellement lors de la révision préalable obligatoire de la Loi statutaire de l'administration de la Justice : C.c.c. Sentence C-037-96, 5 février 1996, M.R. Vladimiro NARANJO.

³⁸ La qualification de la justice comme service public essentiel « (...) implique, sans aucun doute, que son exercice cherche à assurer la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, en vertu duquel, pour assurer le développement d'une vie pleine et satisfaisante en société, on doit garantir l'accès permanent et continu à la justice pour toute la communauté », C.c.c. Sentence T-1165-03, 4 décembre 2003, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

³⁹ Cf. Jean-Louis DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1954. En droit colombien, l'art. 365 de la Constitution, prévoit le cadre général des services publics. Cet article dispose notamment, que les services publics sont inhérents à la finalité sociale de l'État (non seulement de l'administration) et qu'ils peuvent être assurés par l'État lui-même (collectivités territoriales y comprises) et pour les particuliers.

⁴⁰ Pour le professeur Pierre DELVOLVE « *Juridiquement, il n'y a pas de justice hors du juge. A s'en tenir au droit, la justice est la fonction par laquelle des organes investis d'une autorité étatique tranchent des litiges entre parties ou répriment des manquements à des obligations, par des décisions investies de l'autorité de la chose jugée, ayant force de vérité légale* », Pierre DELVOLVE, « La justice hors le juge », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1984, p. 16.

§2. La police administrative

Dans sa conception moderne⁴¹, la police administrative est définie comme la fonction administrative tendant à la conservation de l'ordre public⁴². Cette définition large permet d'y inclure la fonction contentieuse de l'administration, étant donné que la résolution des litiges est à la fois, un moyen de conservation et de rétablissement de l'ordre public. Cependant, ce raisonnement ne se montre pas démonstratif car l'ordre public n'est pas une fonction exclusive de la police administrative⁴³.

La fonction de police administrative dispose, aujourd'hui, d'une définition précise ne permettant plus d'expliquer toutes les fonctions de l'État⁴⁴. L'assimilation qui existait entre la police, la politique et le gouvernement est dépassée⁴⁵. La résolution des litiges n'est pas considérée comme un moyen de la police administrative telle que la réglementation, l'injonction et la sanction. Certes, les décisions individuelles de l'autorité de police constituant des sanctions⁴⁶, en raison de son but répressif, relèvent de l'activité contentieuse de l'administration. Cependant, les sanctions n'ont, en soi, la capacité de définir ni la police administrative ni l'ensemble de l'activité contentieuse de l'administration. Dans les deux cas, les sanctions constituent des instruments.

§3. La régulation administrative

La régulation est la plus récente des fonctions administratives étudiées en doctrine⁴⁷. Le terme régulation est polyvalent⁴⁸ - ou polysémique⁴⁹ - et sa définition

⁴¹ Notamment, celle qui a été forgée par la révolution française, par l'éclatement de la police en plusieurs fonctions dont la police administrative : Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, Bibliothèque de droit public, t. CXLVI, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 57.

⁴² C'est ce critère de la finalité de la police administrative, celui qui la différencie de la police judiciaire : C.E.f. Ass. 24 juin 1960, *Société Frampar et Société France éditions et publications*, Rec., p. 412 ; R.D.P. 1960, p. 815, concl. HEUMANN ; A.J., 1960, 1, p. 154 Chr. COMBARNOUS et GALABERT ; D. 1960, p. 744, note ROBERT ; S. 1960, p. 348, note DEBBASCH ; J.C.P. 1960, II, 11743, note GOUR ; G.A.J.A., 18^e éd. Dalloz, Paris, 2011, n° 77. Dans ce même sens : C.E.c. Section 3, Sentence du 15 nov. 1977, affaire n° 1582, M.R. Carlos BETANCUR. « (...) la fonction de « police administrative », n'a pas une nature répressive mais elle est « de caractère éminemment préventive », cherchant à garantir la tranquillité, la sécurité et la liberté des associés », Opinion dissidente des Magistrats Alfredo BELTRAN, Fabio MORON et Vladimiro NARANJO à la Sentence C.c.c. Sentence C-189-99, 24 mars 1999, M.R. Carlos GAVIRIA.

⁴³ Le professeur OBERDOFF explique que l'armée, la justice et les Administrations éducatives concourent aussi à l'ordre public : Henri OBERDOFF, *Les institutions administratives*, 5^e éd. Sirey, Paris, 2006, p. 4.

⁴⁴ « (...) qu'il est fonction de la police, la conservation de l'ordre public interne, notamment par la prévention et l'élimination des perturbations de la sécurité, de la tranquillité, de la salubrité et de la moralité publiques (...) », C.E.c. Section 1ère, Sentence du 9 juillet 1998, affaire n° 4894, C.R. Libardo RODRIGUEZ.

⁴⁵ *Du Moyen Age au début du XVIIIe siècle, ce terme englobait indistinctement l'ensemble de l'action des autorités publiques : la police c'était tout à la fois ce que nous appelons de nos jours, en donnant un sens propre à chacun de ces termes, le gouvernement, l'élaboration des réglementations générales, l'administration en tant que fourniture de prestations, le maintien de l'ordre, la poursuite des coupables d'infractions aux règles imposées, et la justice sous toutes ses formes*, Francis-Paul BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, p. 739.

⁴⁶ Cette affirmation implique, le dépassement de la différence établie par le droit français entre la mesure de police et la sanction administrative dont l'utilité était, de déterminer l'application des droits de la défense.

⁴⁷ « La régulation est la forme moderne de l'action administrative », Yves GAUDEMET, « La régulation. Introduction », R.F.A.P. n°109, 2004, 1, p. 13.

juridique⁵⁰ ne relève pas de l'évidence⁵¹. Une des caractéristiques les plus marquantes de la fonction de régulation consiste en la mise à disposition de l'autorité de régulation d'un ensemble de pouvoirs et d'instruments disparates, notamment les pouvoirs réglementaire, de recommandation, d'instruction, d'avis, d'enquête, d'injonction et d'acte individuel ne constituant pas une sanction, ou encore de sanction⁵² et de résolution des litiges entre les opérateurs du marché⁵³, de transaction avec les administrés et de conciliation entre des sujets de la régulation. Tantôt les pouvoirs de sanction administrative, tantôt la compétence de résolution des litiges entre opérateurs du marché relèvent de l'activité contentieuse de l'administration.

Or, les différentes autorités, dépendantes ou indépendantes, exerçant des fonctions de régulation, ne disposent pas de l'ensemble de ces pouvoirs dont les combinaisons sont variées. De multiples autorités de régulation n'exercent pas d'activité contentieuse. Par exemple, le Défenseur des droits⁵⁴ ne décide pas de la résolution des litiges. De même, certaines autorités disposant des compétences contentieuses n'exercent pas des fonctions de régulation⁵⁵. Ni la régulation se borne à l'activité contentieuse ni l'activité contentieuse de l'administration peut être définie par la régulation : l'activité contentieuse de l'administration représente seulement un des instruments de la régulation. Ainsi, elle n'a pas, par elle-même, la capacité de définir la totalité de la fonction de régulation. De même, la fonction de régulation ne peut pas, non plus, définir l'activité contentieuse de l'administration car l'activité contentieuse ne se limite pas aux autorités de régulation, même si les discussions les plus intéressantes concernant la fonction administrative de résolution des litiges se trouvent au sein de la fonction de régulation⁵⁶.

⁴⁸ « S'agit-il en effet de parler de régulation au sens de ce mot dans l'analyse cybernétique ou systémique ? », Gérard TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *R.F.A.P.* n°109, 2004, 1, p. 5.

⁴⁹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les différentes définitions de la régulation », *P.A.* 10 juillet 1998, n° 82, p. 5.

⁵⁰ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610. Cet article a donné lieu à une réponse : Laurence BOY et al, « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, p. 3031-3038.

⁵¹ Jacques CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 827.

⁵² « La sanction administrative est un mode de régulation ancien qui a connu des développements récents et importants, avec l'émergence des autorités administratives indépendantes », Jean-Marc SAUVE. « Les sanctions administratives en droit public français », *Les sanctions administratives Actualité et perspectives*, *A.J.D.A.* n° spécial 2001, p. 17 ; « Une régulation efficace suppose, en effet, que le régulateur soit respecté et craint et sache, le cas échéant, sanctionner. Les opérateurs attendent dans l'ensemble que les manquements ne restent pas sans sanction. Si dès lors la méthode douce doit avoir sa place, elle ne saurait être exclusive », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, Études et documents n° 52, La documentation française, Paris, 2001, p. 325.

⁵³ Comme c'est le cas notamment de l'A.R.C.E.P., disposant du pouvoir de régler les conflits relatifs à l'interconnexion : refus d'interconnexion, échec des négociations ou désaccord sur l'exécution de la convention d'interconnexion. Art. L 36-8, modifié par la Loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 109. Cf. Élisabeth ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *P.A.* 23 janvier 2003 n° 17, p. 26.

⁵⁴ Le défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, est prévu à l'art. 71-1 de la Const.f., introduit par l'art. 41 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. Celui-ci a été mis en place par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, relative au défenseur des droits : C.c.f. 29 mars 2011, n° 2011-626, *J.O.* 30 mars 2011, p. 5507.

⁵⁵ La résolution des recours administratifs fondés sur des moyens de droit, par exemple, est une activité contentieuse de l'administration exercée par des autorités administratives n'exerçant pas la fonction de régulation.

⁵⁶ Notamment : Martin COLLET, « Autorités de régulation et procès équitable », *A.J.D.A.* 2007 p. 80.

Aucune des trois fonctions considérées comme administratives par la doctrine, (service public, police administrative et régulation administrative), ne définit complètement et précisément l'activité contentieuse de l'administration. Même si l'activité contentieuse de l'administration constitue une partie, un exemple, ou un instrument des fonctions considérées comme administratives⁵⁷, elle ne peut être définie seulement par l'une de ces catégories. L'activité contentieuse de l'administration est une activité administrative transversale, dépassant les catégories énoncées.

Dans la mesure où l'activité contentieuse de l'administration n'est pas définie au sein des catégories des fonctions administratives, cette dernière peut, en outre, être définie par les concepts de contentieux de l'administration et de contentieux administratif. Or, elle reste indéfinie en raison de l'étroitesse de la définition du contentieux.

Sous-section 2. La définition étroite du contentieux

L'activité contentieuse de l'administration est une partie du contentieux. La tautologie s'impose. Cette prémisse nécessaire à la définition de la fonction administrative de résolution des litiges n'est pas majoritairement adoptée par la doctrine. D'abord, une exclusion tacite de l'activité contentieuse de l'administration (**§1**) existe. Ensuite, une exclusion expresse (**§2**), consistant en la formulation de définitions du contentieux administratif qui négligent l'existence de l'activité contentieuse de l'administration confirme cette approche. De la sorte, enfin une omission volontaire d'étudier l'activité contentieuse de l'administration (**§3**) complète le panorama d'une définition du contentieux qui ne tient pas compte de l'activité contentieuse de l'administration.

§1. L'exclusion tacite de l'activité contentieuse de l'administration

L'exclusion tacite du contentieux s'adresse principalement les recours administratifs. Les recours administratifs représentent la partie la plus classique de l'activité contentieuse de l'administration. Ils sont l'ancêtre et le germe de la juridiction administrative. En droit colombien, ils sont traditionnellement nommés des recours de voie « *gouvernementale* »⁵⁸ ou recours de voie administrative, par opposition aux actions dites « *du contentieux administratif* »⁵⁹, nommées, en réalité, « *Moyens du contrôle* »

⁵⁷ L'activité contentieuse de l'administration peut être considérée un service public, elle peut être un des moyens de la police administrative, ainsi qu'un des instruments de la régulation.

⁵⁸ Le Professeur colombien William ZAMBRANO traduit cela comme « *voie gouvernementale* », William ZAMBRANO, « Les droits des citoyens vis-à-vis de l'administration : le cas de la Colombie », *R.I.D.C.* 1992, vol. 44, n° 2, p. 464.

⁵⁹ « *Lorsqu'on parle d' « actions du contentieux administratif », d'une façon générale, on tombe dans la faute de confondre l'action avec les prétentions qui correspondent à telle dénomination, erreur dû fréquemment à la faute de précision du langage juridique processuel* », Carlos RAMIREZ, « Acciones y pretensiones contencioso-

juridictionnel de l'activité administrative⁶⁰. Même si pour une partie de la doctrine, les recours administratifs ne sont que la dernière étape de la procédure de formation de l'acte administratif⁶¹, il n'existe pas, en droit colombien, de véritable discussion sur la nature juridique de la « *voie administrative* ». L'appellation doctrinale des actions du contentieux administratif n'a pas signifié la négation du caractère contentieux des recours de la voie administrative⁶². Les recours administratifs sont considérés, d'une façon relativement claire, comme des moyens de résolution des litiges⁶³. Par conséquent, cette classification opposant la voie administrative à la voie juridictionnelle (moyens du contrôle juridictionnel de l'activité administrative) n'écarte pas la notion de l'activité contentieuse de l'administration comme une forme non juridictionnelle de règlement contentieux. L'expression « *voie gouvernementale* » utilisée par le code dérogé est remplacée sous une influence française directe⁶⁴, par l'expression recours contre les actes administratifs. Dans la loi n° 1437 du 18 janvier 2010, portant le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif (C.P.A.C.A.), la dénomination de moyens de contrôle est conservée à l'égard des actions juridictionnelles⁶⁵.

administrativas », *Revista de la Academia colombiana de Jurisprudencia*, n° 236-237-238, juillet-décembre 1980, p. 124.

⁶⁰ Cette expression n'est pas directement utilisée par le C.C.A. qui destine son titre XI (à partir de l'art. 83) aux « *Moyens du contrôle* », en faisant référence au « *Contrôle juridictionnel de l'activité administrative* » (intitulé de la deuxième partie du C.C.A.)

⁶¹ « *Le décret-loi 1 de 1984 dénomme comme voie gouvernementale la partie finale de la procédure administrative (...) traditionnellement il a été différencié la voie gouvernementale, c'est-à-dire la procédure déroulée devant les autorités administratives et, la voie juridictionnelle, c'est-à-dire la controverse présentée devant les juges contrôlant l'administration* », Jaime VIDAL, *Derecho administrativo*, 13^e éd. Legis, Bogota, 2008, p. 534.

⁶² Concernant la « *voie gouvernementale* », la Cour constitutionnelle a soutenu que « *Cette institution donne l'opportunité à l'administration d'exercer une forme de justice interne puisqu'elle lui donne la compétence pour décider, préalablement à l'intervention du juge, sur la prétention du particulier et elle possibilité ainsi la résolution du conflit entamé (...) il s'agit d'une institution qui garantit son droit à la défense en tant qu'elle lui permet de contester la décision administrative par des recours légaux* », C.c.c. Sentence C-060-96, 15 fév. 1996, M.R. Antonio BARRERA. De même : « *En relation avec la voie gouvernementale, il est pertinent de rappeler que cela constitue le moyen processuel cherchant à ce que l'administration ou en général, les autorités, permettent aux administrés ou à ceux qui démontrent un intérêt par rapport à la cause, de contester les décisions de celles-ci, tout en donnant, par là, l'opportunité à l'administration de corriger ses fautes, modifier ses décisions ou les retirer, sans besoins de se porter devant la voie juridictionnelle (...)* », C.c.c. Sentence C-739-06, 30 août 2006, M.R. Clara VARGAS.

⁶³ Le professeur RODRIGUEZ, accepte le caractère contentieux de la voie administrative -recours administratifs-, dans la mesure où il affirme que « (...) *la voie gouvernementale c'est la procédure déroulée devant l'administration cherchant à contester leur décisions. (...) Ce mécanisme est, par conséquent, un contrôle de légalité qui s'exerce devant l'administration afin qu'elle s'autocontrôle* », Libardo RODRIGUEZ, *Derecho administrativo*, 16^e éd. Temis, Bogota, 2008, p. 301-302. Pour le professeur BETANCUR « (...) *les recours administratifs ce sont des moyens de contestation que la loi met à disposition des administrés (...)* », Carlos BETANCUR, *Derecho Procesal Administrativo*, 5^e éd. Señal editora, Bogota, Medellin, 1999, p. 172-173.

⁶⁴ La mission de coopération internationale du Conseil d'État français a réalisé, en coordination avec le Conseil d'État colombien, un séminaire portant sur la réforme à la Juridiction du contentieux administratif dont les mémoires ont été publiées en espagnol et en français : *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, éd. imprenta Nacional de Colombia, Bogota, 2008 ; Marcel POCHARD et William ZAMBRANO, *Le Conseil d'État en Colombie et en France, La protection de l'État de droit*, éditions L'Harmattan, Paris, 2009. Le dialogue entre la Commission rédactrice du projet de loi et le Conseil d'État français a été permanent, donnant lieu à un séminaire réalisé à l'ENA « *La Colombie : un État de Droit à l'épreuve des réalités* », le vendredi 30 octobre 2009.

⁶⁵ Titre III, art. 35 et suiv. C.P.A.C.A. En revanche, la deuxième partie du code ne s'appelle plus du contrôle juridictionnel de l'administration; mais, « *Organisation de la juridiction du contentieux administratif et de leur fonctions juridictionnelle et consultative* ».

A *contrario*, le droit français utilise des expressions qui méconnaissent de manière implicite l'appartenance de l'activité contentieuse de l'administration, au contentieux, empêchant, de ce fait, d'établir la définition de l'activité contentieuse de l'administration. D'un côté, les seuls recours contentieux sont ceux portés devant une juridiction, dans la mesure où les recours administratifs ne sont pas opposés aux recours juridictionnels; mais, aux recours dits « *contentieux* »⁶⁶. D'un autre côté, la procédure administrative contentieuse est celle suivie devant les juridictions. Elle est opposée à la procédure administrative non contentieuse⁶⁷, c'est-à-dire celle suivie devant l'administration. L'application littérale de ces classifications ne permet pas de définir l'activité contentieuse de l'administration compte tenu du fait que cette catégorie présuppose tant un contentieux en dehors des juridictions qu'une procédure contentieuse non juridictionnelle.

Ces classifications ne constituent ni une décision réfléchie et délibérée de la doctrine actuelle, à l'encontre de l'activité contentieuse de l'administration, ni des catégories ayant du contenu substantiel. En effet, seul l'autorité qui est conduite à résoudre le litige permet d'établir la différence entre le recours administratif et le recours dit contentieux⁶⁸. De même, l'appartenance à la procédure administrative non contentieuse n'empêche pas l'existence d'un véritable contentieux devant l'administration⁶⁹. Ces classifications constituent seulement le résultat de constructions historiques⁷⁰ cherchant à occulter, à la fois le caractère contentieux de la fonction administrative de résolution des litiges et, plus largement, l'existence du contentieux administratif non tranché par la juridiction administrative.

Cette exclusion tacite se confirme expressément, lorsque la doctrine est conduite à

⁶⁶ Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.* 1909, p. 667-695. Le professeur GAUDEMET, comme la majorité de la doctrine, utilise l'expression « recours contentieux » en faisant référence aux recours juridictionnels : Yves GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, t. I., *op. cit.*, p. 441 ; Francis-Paul BENOIT, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 373 ; Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p.443 ; Jean WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 584.

⁶⁷ Le terme de procédure administrative « *non contentieuse* » a été utilisé par la première fois par Jean-Marie AUBY, en 1956. AUBY a repris les travaux de LANGROD qui ne parlait que de procédure administrative, sans un autre adjectif : Georges LANGROD, « Procédure administrative et droit administratif », *R.D.P.* 1948, p. 549-556 ; Jean-Marie AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.* 1956, chron., p. 27. Le terme a été adopté par le Conseil d'État, à la fin des années 50 : Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1968, p. 59. Ce terme s'oppose à la procédure administrative contentieuse : Charles DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1962. Aujourd'hui, la doctrine utilise l'expression sans la contester : Yves GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, t. I., *op. cit.*, p. 459 et 612 ; Jean WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 506 ; Olivier GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : la procédure administrative non contentieuse en droit comparée (Luxembourg, Belgique, France) », in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER – confluences -*, Montchrestien, Paris, 2007, p. 351-366.

⁶⁸ Jean WALINE, de même que les autres auteurs, ne fondent la différence entre recours contentieux et administratifs que principalement à partir de l'autorité qui doit résoudre le recours et des formes procédurales qui l'entourent : Jean WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 584.

⁶⁹ « (...) on définira alors la procédure administrative non contentieuse comme la procédure suivie devant l'administration active, en distinguant nettement deux hypothèses de base, selon que cette procédure s'inscrit dans une thématique de transparence administrative (...) ou dans une logique de litige administratif », Olivier GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée la procédure administrative non contentieuse en droit comparée (Luxembourg, Belgique, France) », *loc. cit.*, p. 355-356.

⁷⁰ Pour faire référence à la procédure administrative non juridictionnelle, le professeur GAUDEMET explique qu'il s'agit de « (...) ce que l'on appelle couramment » procédure administrative non contentieuse, quoiqu'il fasse référence au phénomène de la transposition des règles de la procédure contentieuse à celle de la procédure « non contentieuse » (cit. p. 614).

définir le contentieux. Non seulement l'activité contentieuse de l'administration ne trouve pas une définition adéquate dans les classifications des recours et de la procédure ; mais, elle est aussi exclue des définitions du contentieux. Ainsi, le sens donné au contentieux administratif et, plus largement, au contentieux, empêche d'établir la définition de la fonction administrative de résolution des litiges.

§2. L'exclusion expresse de l'activité contentieuse de l'administration

Le contentieux administratif peut être défini comme l'ensemble des litiges concernant l'action administrative. Cette définition ne correspond pas à celle traditionnellement adoptée par la doctrine française et colombienne. En effet, la « (...) *conception généralement adoptée* »⁷¹ définit le contentieux administratif comme celui qui est porté devant une juridiction administrative⁷². De même, selon le point de vue du professeur colombien Carlos BETANCOUR, la « *matière contentieuse administrative* » consiste en « *un conflit juridique né entre l'administré et l'administration (...) qui est porté devant un organe indépendant qui devra le trancher par une sentence et en application de règles propres* »⁷³. Ainsi, pour le président Raymond ODENT, « (...) *déterminer le domaine du contentieux administratif, c'est préciser la nature des litiges que les juridictions appartenant à l'ordre juridictionnel administratif ont compétence pour trancher* »⁷⁴.

En droit colombien, il est vrai que le Code du contentieux administratif régit non seulement la procédure suivie devant les juridictions ; mais, aussi, la procédure administrative⁷⁵. Néanmoins, il ne faut pas voir dans la dénomination du Code la

⁷¹ Olivier GOHIN (compilateur et commentateur), « Le Contentieux administratif : I. La juridiction administrative », Documents d'études, n° 2.09, La documentation Française, éd. 1997, p. 2.

⁷² « On retiendra ici une définition du contentieux administratif (ou procédure juridictionnelle administrative) qui écarte, conformément à la conception généralement adoptée par la doctrine française, les modes de règlement des litiges, issus de l'activité des Administrations publiques, en dehors de la juridiction administrative », *idem*. Dans le même sens, « le contentieux administratif regroupe l'ensemble des règles applicables à la solution juridictionnelle des litiges soulevés par l'activité administrative (...) », Charles DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, 7^e éd. Dalloz, Paris, 1999, p.1. De même, MM. AUBY définissent le contentieux administratif comme celui qui est résout par « voie juridictionnelle », Jean-Marie AUBY et Jean-Bernard AUBY, *Institutions administratives*, 6^e éd. Précis Dalloz, Paris, 1991, p. 219. De même, en droit colombien : « Dans le sens strict, le contentieux administratif peut être défini comme l'ensemble des normes et des principes régulateurs des procédures qui sont suivis devant les tribunaux juridictionnels spécialisés dans la résolution des différends, des controverses ou des litiges entre l'administration publique et les administrés et, même, à l'intérieur de l'administration », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, « Contencioso administrativo », Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 62 ; « Le contentieux administratif est l'ensemble des litiges juridiques opposant les administrations publiques entre elles ou entre elles et les administrés, qui sont portés aux juges », Luis LUNA, *Lo contencioso administrativo*, Ediciones Librería del profesional, Bogota, 1981, p. 19.

⁷³ Carlos BETANCOUR, *Derecho Procesal Administrativo*, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁴ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, t. I., rééd. Des cours de droit, Dalloz, Paris, 2007, p. 86.

⁷⁵ La loi n° 130 de 1913, relative à la juridiction du Contentieux administratif ne régulaient que la procédure juridictionnelle. Cette loi a été réformée par la loi n° 167 du 24 déc. 1941 qui incluait, un titre III, relatif aux procédures administratives, régulées à partir de l'art. 74. C'est de cette époque que le Code du contentieux administratif inclut aussi la régulation de la procédure administrative. La loi n° 58 du 28 déc. 1982 a attribuée de la compétence au Président de la République pour « réformer le Code du contentieux administratif » et, même si l'art. 11 de cette loi précisait clairement que le Président pouvait modifier la procédure administrative et la procédure juridictionnelle, la Commission rédactrice du Code de 1984 (décret n°01 du 2 janvier 1984) a préféré de conserver un seul Code sous la dénomination Code du contentieux administratif, au

reconnaissance de l'existence du contentieux administratif au sein des procédures administratives. Il s'agirait, ainsi, d'un grand code du contentieux administratif réglé administrativement et juridictionnellement. En réalité, pour la doctrine l'intitulé du Code est équivoqué dans la mesure où le contentieux administratif ne concerne que la juridiction du contentieux administratif⁷⁶. En conséquence, le nouveau Code sépare les termes sous la dénomination de Code de la procédure administrative et du contentieux administratif, rappelant ainsi, les deux parties du Code⁷⁷.

Plus largement, le contentieux est déni par le juridictionnel et, le juridictionnel par le contentieux⁷⁸. Le professeur Bernard PACTEAU accepte alors l'équivalence incontestée entre contentieux et règlement juridictionnel : « *dans le langage juridique, le « contentieux » est plus précisément constitué par les actions et recours juridictionnels* »⁷⁹.

Ces définitions ne laissent aucune place possible à un certain contentieux administratif non juridictionnel⁸⁰. De même, elles excluent le contentieux administratif réglé par une juridiction non administrative⁸¹. Définir d'une telle façon le contentieux administratif présuppose soit la méconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration, soit une définition différente, non contentieuse, des situations appartenant à cette catégorie. De façon cohérente, lorsque la doctrine est conduite à définir notamment les recours administratifs, elle les définit comme des moyens « *à l'amiable* »⁸², sous entendu que, quand la solution n'est pas juridictionnelle, elle n'est pas contentieuse. Elle ne peut être que le résultat de l'accord des parties⁸³.

lieu d'adopter deux codes séparés, afin de ne pas s'éloigner de la tâche de « *réformer le Code du contentieux administratif* » qui avait déjà inclut la procédure administrative.

⁷⁶ Or, « (...) *les critiques à l'égard de cette inexactitude formelle ne peuvent pas occulter la bonté, l'utilité et l'opportunité d'une régulation juridique dont l'existence était longtemps demandée* », Juan ESGUERRA, « El campo de aplicación de los procedimientos administrativos », in *Comentarios al Código contencioso*, 2^e éd., Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1986, p. 48.

⁷⁷ La loi n°1437 du 18 janvier 2011 porte le Code de la procédure administrative et du contentieux administratif. Ce code commence à être appliqué le 2 juillet 2012, conformément à son art. 308.

⁷⁸ C.E.f. Ass. 12 décembre 1953, *de Bayo*, Rec. 566 ; R.P.D.A. 1954, p. 3 concl. CHARDEAU ; A.J. 1954, II, 138, note DE SOTO.

⁷⁹ Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif*, 6^e éd. P.U.F., Paris, 2002, p. 15. La même formulation : Bernard PACTEAU, *Traité du Contentieux administratif*, P.U.F., Paris, 2008, p. 16.

⁸⁰ Le professeur PACTEAU est alors obligé de parler d'un certain « *règlement des litiges administratifs par des voies non contentieuses* », notamment les recours administratifs et les fonctions des A.A.I. : Bernard PACTEAU, *Traité du Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 599 et suiv.

⁸¹ Lorsque le professeur DRAGO a démontré que le juge judiciaire pouvait être tenu comme juge administratif, quand il est « *amené à trancher des litiges qui relevaient de la juridiction administrative ou qui auraient dû en relever* », il n'a pas affirmé expressément l'appartenance de ce contentieux au contentieux administratif. Le professeur DRAGO a préféré affirmer que le juge judiciaire pouvait être un juge que « *connaît (...) des litiges intéressant l'administration (...)* », à la place de soutenir qu'il tranchait du contentieux administratif : Roland DRAGO, « Le juge judiciaire, juge administratif », R.F.D.A. 1990, p. 763. En revanche, le professeur DELVOLVE a précisé : « *Si l'on ose pourtant avancer que la Cour d'appel de Paris est une juridiction administrative, c'est que certains contentieux qui lui ont été confiés (...) présentent par leur objet et par leurs solutions un caractère administratif (...)* Il s'agit d'un 'contentieux administratif judiciaire' », Pierre DELVOLVE, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 47-48.

⁸² Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 445. Dans le même sens : Didier TRUCHET, « Recours administratif », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, octobre 2000, p. 4.

⁸³ C'est en raison de ces difficultés, que le professeur GOHIN a reformulé les catégories et les définitions concernant le contentieux, en incluant celles de contentieux de l'administration au sens large, du contentieux de l'administration au sens strict, du contentieux administratif au sens large et du contentieux administratif au

Les exclusions tacite et expresse de l'activité contentieuse de l'administration vis-à-vis du contentieux administratif se confirment par l'omission volontaire de l'étude de cette fonction dans les ouvrages dédiés au contentieux administratif.

§3. *L'omission volontaire d'étudier l'activité contentieuse de l'administration*

Dans le but de définir l'activité contentieuse de l'administration, il est nécessaire de la classer dans une catégorie qui reconnaît son caractère contentieux. L'adoption d'une définition du contentieux administratif non limitée au règlement juridictionnel est également exigée. L'identification des situations relevant de l'activité contentieuse de l'administration est aussi indispensable.

Or, les ouvrages qui portent sur le contentieux administratif se limitent au contentieux administratif juridictionnel⁸⁴. Par conséquent, l'activité contentieuse de l'administration n'y trouve pas de définition. Ces ouvrages étudient uniquement les organes considérés comme contentieux, c'est-à-dire les juridictions administratives, indiquant son histoire, son statuts, sa composition, etc.⁸⁵. Aucune étude des différentes autorités, dépendantes ou indépendantes, disposant de l'attribution contentieuse n'est réalisé. Seul des références très précises existent⁸⁶, ne permettant pas de définir l'intégralité de l'activité contentieuse de l'administration.

Le deuxième sujet dans l'étude du contentieux administratif consiste en les recours considérés comme contentieux, c'est-à-dire les recours portés devant une juridiction. Il n'existe pas d'explication complète des différents mécanismes provoquant l'ouverture d'un

sens strict, tout en excluant du contentieux administratif, par là, les litiges portés devant la juridiction judiciaire mais, en revanche, en y incluant ce que nous appelons l'activité contentieuse de l'administration. On verra sur cette classification au moment de définir l'Activité contentieuse de l'administration. Cf. Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd. Litec, Paris, 2009, p. 1.

⁸⁴ Le professeur CHAPUS, dans son ouvrage dédié au *Droit du Contentieux administratif*, ne considère, en dehors du contentieux réglé par la juridiction administrative, que la conciliation et l'arbitrage, « *procédures d'arrangement à l'amiable. Mais le règlement des litiges est et reste avant tout juridictionnel* », René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd. Montchrestien, Paris, 2008, p. 8. À partir de cette prémisse, on n'y trouve aucune référence au contentieux tranché par l'administration. De même, la doctrine colombienne ne limite leurs explications concernant le contentieux administratif, qu'à son volet juridictionnel : Carlos BETANCOURT, *Derecho Procesal Administrativo*, 5^e éd. Señal Editora, Bogota, 1999 ; Gustavo RODRIGUEZ, *Procesos Contencioso Administrativos*, Librería Jurídica Wilches, Bogota, 1986 ; Juan PALACIO, *Derecho Procesal Administrativo*, 4^e éd. Librería Jurídica Sánchez, Bogota, 2004 ; Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, *op. cit.*

⁸⁵ Le fascicule III des polycopies du *Contentieux administratif* du président ODENT est réservé à l'étude relative aux organes du contentieux administratif. Or, il ne fait aucune mention à l'administration « active » : Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, t. I., *op. cit.*, p. 589 et suiv.

⁸⁶ Le professeur GOHIN reconnaît notamment d'une part, que l'autorité fiscale qui résout la réclamation préalable est une « *autorité contentieuse* » non juridictionnelle et, d'autre part, que les recours administratifs entament une « *procédure de réclamation contentieuse* », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 4 et 16. De même, il fait référence à l'activité contentieuse de l'administration, lorsqu'il aborde les fonctions contentieuses du Conseil de la concurrence : Olivier GOHIN, *Institutions administratives*, 5^e éd. L.G.D.J., Paris, 2006, p. 266.

procès⁸⁷ contentieux administratif non juridictionnel. Les recours administratifs ne sont étudiés que comme condition d'accès aux recours juridictionnels quand ils sont des préalables obligatoires. De même, ils sont étudiés comme des facteurs de modulation des délais du recours « *contentieux* »⁸⁸, en raison du phénomène de la conservation du délai de contestation juridictionnelle de l'acte, par l'exercice d'un recours administratif⁸⁹.

Finalement, les études relatives au contentieux administratif, ne révèlent que la procédure dite « *contentieuse* », c'est-à-dire celle suivie devant les juridictions. Même si le professeur Bernard PACTEAU reconnaît l'existence « (d)'autres formes moins lourdes »⁹⁰ par rapport à l'issue juridictionnelle des litiges, il ne reconnaît pas clairement le caractère contentieux qu'il identifie avec le procès. Par ailleurs, le « *procès administratif non juridictionnel* »⁹¹ n'est pas l'objet d'une théorie générale car le procès est conçu comme un instrument de la juridiction. Il ne fait pas l'objet d'explications concernant le déroulement et les garanties processuelles des administrés.

Ainsi, la définition de l'activité contentieuse de l'administration ne peut pas se trouver dans la doctrine actuelle, compte tenu du fait qu'elle n'est ni délimitée ni correctement classifiée ni identifiée voire exemplifiée. Cette situation laisse penser que selon la doctrine l'étude de l'activité contentieuse de l'administration relève du droit judiciaire et, bien qu'exercée par l'administration, elle n'est pas une activité administrative. L'absence de définition selon les fonctions administratives ainsi que la définition étroite du contentieux s'opposent à une définition de l'activité contentieuse de l'administration, propre au droit administratif. L'activité contentieuse en dehors des juridictions et, notamment celle exercée par l'administration ne serait qu'une anomalie.

Section II. La résolution administrative des litiges est considérée comme une anomalie

La résolution des litiges est une activité normale de l'administration. Il s'agit d'une fonction courante qui ne méconnaît pas les principes de l'organisation du pouvoir. Or, la lecture de la majorité de la doctrine s'intéressant à des manifestations de l'activité contentieuse de l'administration montre, au contraire, qu'elle est considérée comme une situation étrange, une véritable anomalie au sein de l'activité administrative, ayant parfois des effets bouleversants. Ces positions contrastent avec des systèmes juridiques comme celui des États-Unis d'Amérique où la résolution des litiges est considérée comme une

⁸⁷ Le terme « *procès* » est traditionnellement réservé à la juridiction.

⁸⁸ Charles DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p.318 et suiv.

⁸⁹ René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd. *op. cit.*, p. 186 et 400 et suiv. Le professeur CHAPUS utilise l'expression des recours juridictionnels, *op. cit.*, p. 373.

⁹⁰ Bernard PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 16.

⁹¹ FRANCESCO BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2004, p. 15.

fonction essentielle de l'administration⁹². La compréhension des différentes façons d'aborder une bizarrerie (**Sous-section 1**), demande une analyse des causes des préjugés doctrinaux (**Sous-section 2**) à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration.

Sous-section 1. Les différentes façons d'aborder une bizarrerie

L'absence de définition actuelle de l'activité contentieuse de l'administration ne signifie pas qu'il s'agisse d'une situation complètement ignorée par la doctrine. Même s'il n'est pas possible de considérer l'administration contentieuse comme « *une de ces routes à grande circulation doctrinale* »⁹³, il existe des auteurs qui, d'une façon plus au moins approfondie, se sont consacrés à l'étude d'une partie de la résolution administrative des litiges. D'une façon générale, les approches adoptées ne sont pas dénuées de préjugés, les conditionnant à la formulation de critiques plus au moins virulentes à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration. Les reproches oscillent entre l'inexistence d'un niveau de processualisation équivalent à celui des juridictions les plus protectrices et, l'existence même de fonctions qui, par leur nature, devraient aux yeux de la doctrine, être confiées à des juridictions.

L'acceptation presque unanime de l'exclusion de l'activité contentieuse de l'administration du contentieux oblige à découvrir cette activité avec suspicion. Le règlement administratif des litiges est, dans ce contexte, une méconnaissance du principe moderne de la juridictionnalisation du contentieux, défiant, de façon inacceptable, les bases du système juridictionnel de droit administratif.

Trois procédés d'étude sont classiquement adoptés pour envisager le règlement administratif des litiges : tout d'abord, l'activité contentieuse de l'administration est examinée comme une réminiscence (§1) des époques, aujourd'hui révolues. Ensuite, elle est envisagée comme un facteur de mutation (§2) de la nature de l'autorité l'exerçant. Et, enfin, elle est regardée comme un hybride (§3) indéfinissable par les catégories actuelles.

§1. Comme une réminiscence

La résolution des litiges était une responsabilité courante des administrations monarchiques, françaises⁹⁴ et espagnoles de la Nouvelle-Grenade⁹⁵. Cette situation qui ne

⁹² « (...) ce qui peut s'expliquer soit en raison d'un retard dans le développement historique du droit administratif et de sa composante justicialiste, (on doit entendre, contentieuse) soit en raison des différentes façons de concevoir l'administration elle-même et dans ses relations avec le pouvoir judiciaire », Barbara MARCHETTI, *Pubblica amministrazione et Corti negli Stati Uniti*, Milano, CEDAM, Università di Trento, 2005, p. 276.

⁹³ Jean RIVERO, Préface à *Le pouvoir discrétionnaire*, (Jean-Claude VENEZIA), L.G.D.J., 1959, p. I.

⁹⁴ Pierre LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, P.U.F. Paris, 1968, 580 p. 277 ; Jean-Louis MESTRE, « Intendants et contentieux administratif au XVIII^e siècle », *Revue administrative*, 1, Novembre, 2004, p. 639.

s'est pas arrêtée à la Révolution de 1789 et qui est devenue très marginale à l'indépendance de la Nouvelle-Grenade⁹⁵, est, pourtant, entendue différemment après la Révolution.

En France, les fonctions contentieuses de l'administration ont été expliquées par la théorie des administrateurs-juges⁹⁷ tandis qu'en Colombie, la doctrine n'a pas eu l'opportunité d'adopter une telle théorie car l'influence du constitutionnalisme américain des États-Unis avait emporté l'idée de l'exclusion de la fonction contentieuse de l'administration. Les fonctions contentieuses de l'administration active française, considérées comme juridictionnelles, étaient d'une telle importance qu'il était habituel de réserver à son étude une partie des ouvrages portés sur le droit administratif⁹⁸.

Or, l'abandon de la théorie des administrateurs-juges⁹⁹ a été compris, non comme la négation de cette fâcheuse façon d'interpréter l'activité contentieuse de l'administration; mais, comme l'exclusion de l'administration « active » de la fonction contentieuse. Ainsi, le Conseil d'État devient « (...) *juge de droit commun en premier ressort en matière administrative* »¹⁰⁰. Désormais, deux types de conséquences seront établis : d'un côté, l'établissement d'une obligation générale de l'exercice préalable des recours administratifs tel qu'il existe en Colombie où la théorie de l'administrateur-juge n'a pas existé et est craintivement tenu comme une forme de rétablissement de la figure du « *ministre-juge* »¹⁰¹. De même, la jurisprudence s'attache à la collégialité des juridictions afin d'éviter de ressusciter le ministre-juge, et, par conséquent, elle nie aussi le caractère juridictionnel aux

⁹⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, « La formación histórica del principio de autotutela », *Moneda y Crédito*, n° 128, 1974, p. 65.

⁹⁶ La Colombie a connu, malgré l'indépendance et la formulation de la séparation des pouvoirs, des autorités administratives disposant des fonctions de résolution des litiges. Notamment, la Constitution de l'État de Tunja de 1881, disposait à l'art 1-2 « *du pouvoir judiciaire* », que les affaires contentieuses de l'administration seront tranchés en premier ressort par le Gouverneur, sous l'avis de l'intendant gouverneur.

⁹⁷ Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, « Les Ministres sont-ils juges ordinaires du Contentieux administratif ? », *Revue pratique de droit français*, R.P.D.F. 16 avril et 1^{er} mai 1863.

⁹⁸ MACAREL justifie son ouvrage dans le besoin de faire connaître la jurisprudence administrative aux autorités administratives « (...) *investies du pouvoir de juger* (...) », Louis-Antoine MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, 2 vol., t.1, Dondey-Dupré, Paris, 1818, p. V. Aussi, l'étude des tribunaux administratifs qu'il réalise, inclut-il des autorités administratives, notamment le préfet, le maire et le Ministre : Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, J.-P. RORET, Paris, 1828, p. 104 et suiv. De même : Louis Marie DE CORMENIN, *Droit administratif*, 5^e éd. t. I, Gustave Thorel, Paris, 1840, p. 168 et suiv.

⁹⁹ Cet abandon a été possible grâce aux revirements jurisprudentiels qui ont démonté le régime juridique sur lequel se fondait la théorie du ministre-juge. Par exemple, le Conseil d'État admet le recours *omisso medio* la décision du Ministre, lorsque la décision ministérielle a été rendue par défaut : C.E.f. 21 mai 1852, *Compagnie française de filtrage*, *Rec. Mac.* 1852, p. 171 ; 5 janvier 1854, *Couret*, *Rec. Leb.*, 1854, p. 13 ; 10 déc. 1857, *Martin et Bastide*, *Rec. Leb.* 1857, p. 802 ; 4 fév. 1858, *Frèche*, *Rec. Leb.* 1858, p. 107. Dans ces espèces une décision unilatérale du Ministre aurait du être contesté directement sans l'obligation de « première instance » ministérielle. De même, la jurisprudence admet que les décisions ministérielles ne doivent pas être objet d'opposition, lorsqu'elles ont été rendues par défaut, ce qui aurait confirmé son caractère juridictionnel : C.E.f. 20 fév. 1880, *Carrière*, *Rec.*, p. 187, concl. GOMEL. Ce processus a atteint son sommet par l'arrêt *Cadot* : C.E.f. 13 de déc. 1889, *Cadot*, *Rec.*, 1148, concl. JAGERSCHMIDT ; S. 1892, III partie, 17, note HAURIU.

¹⁰⁰ Maurice HAURIU, « note » sous C.E.f. 29 avril 1892, *Wotting c/Ville de Limoges*, S. 1892, III partie, p. 17.

¹⁰¹ Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, thèse, Bibliothèque de droit public t. 185, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 224.

sanctions prises par une autorité individuelle¹⁰². D'un autre côté, l'impossibilité par le juge administratif d'être saisi directement des faits, sans l'intermédiaire d'une décision administrative préalable, est justifiée techniquement par le besoin de lier le contentieux¹⁰³. Cependant, la liaison du contentieux ne serait possible que par des recours juridictionnels contre l'acte¹⁰⁴, ce qui voudrait dire que le contentieux est nécessairement juridictionnel.

La nature contentieuse des recours administratifs serait neutralisée par un régime juridique laissant à la volonté de l'administration de trancher le litige ce qui justifierait, d'une certaine façon, la définition des recours administratifs soit comme une voie à l'amiable, soit comme une conséquence du principe hiérarchique. Or, une nouvelle vague de l'activité contentieuse de l'administration est introduite par les autorités administratives indépendantes. Devant cette situation, à raison de l'indépendance qui exclut la hiérarchie, le principe hiérarchique ne pouvait pas expliquer, voire cacher, les fonctions contentieuses de l'administration, comme elle l'avait fait pour les recours administratifs. En conséquence, une certaine doctrine est conduite à lancer un cri d'alarme à l'égard du rétablissement des administrateurs-juges¹⁰⁵. Ainsi, concernant une autorité administrative indépendante cumulant de fonctions différentes, notamment la fonction contentieuse, il a été dénoncé que : « (...) le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas respecté, pourtant seul véritable garant des libertés individuelles. Le spectre de l'institution réprouvée de l'administrateur-juge, irrespectueux des droits de la défense, plane sur sa légitimité »¹⁰⁶. De même, à plusieurs reprises, la doctrine plaide en faveur de la juridictionnalisation de ces fonctions, notamment par la création d'une magistrature économique¹⁰⁷.

¹⁰² Le Conseil d'État nie le caractère juridictionnel aux sanctions prononcés par le Recteur d'académie : C.E.f. Sect., 20 nov. 1970, *Bouez et UNEF, Rec*, p. 690 ; A.J.D.A.1971, p. 519 concl. THERY et p. 483, note CHEVALLIER. « (...) on peut comprendre que le Conseil d'État ne veuille se prêter en rien et même soit résolument hostile à toute restauration du système de l'administrateur-juge » : René CHAPUS « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*. Ed. Cujas, Paris, 1975, p. 268.

¹⁰³ Cette obligation est aussi inexistante en Colombie où il est possible exercer une action cherchant à la « réparation directe » des préjudices (art. 140 C.P.A.C.A.), d'où la thèse de la liaison du contentieux comme une justification simplement apparente de la nécessité de la décision préalable.

¹⁰⁴ « La liaison du contentieux est donc l'acte, ou l'ensemble d'actes juridiques, à partir duquel on peut dire qu'un procès est né et qu'un tribunal est saisi de ce procès, qu'il devra juger, à moins d'un désistement du plaideur », Marcel WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1969, p. 157.

¹⁰⁵ Sur le recours obligatoire en matière fiscale : « L'assimilation de la procédure devant le directeur à une véritable instance juridictionnelle se heurte cependant à des objections trop sérieuses pour qu'on puisse, en l'admettant, célébrer sans nuances les progrès d'une théorie du " ministre-juge " », Bernard CASTAGNEDE, note sous C.E.f. Ass. 31 octobre 1975, *Société Coq-France*, A.J.D.A. 1976, p. 317.

¹⁰⁶ Sylvie THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 70.

¹⁰⁷ « Il n'est que temps aussi de réfléchir à la réhabilitation d'une véritable magistrature économique dont les autorités de régulation ne sont qu'un succédané contestable », Jean-François BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », A.J.D.A. 1999, p. 859 ; M. DE LEYSSAC demande aussi la juridictionnalisation du Conseil de la concurrence mais pour des raisons pratiques, notamment les problèmes qui conduisent à la séparation des compétences entre le Conseil et la Cour de Paris et, « dans une perspective plus ambitieuse, on pourrait songer à créer une grande juridiction économique de premier degré qui opérerait la fusion de divers organes pour l'instant intermédiaires dans le creuset de la juridiction consulaire », Claude LUCAS DE LEYSSAC, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », R. J. comm., 1992, p. 277 et 281 ; « on en vient alors à se demander si, pour préserver l'indispensable légitimité de l'Autorité des marchés financiers, il n'aurait pas été préférable de ne pas lui confier un pouvoir qui demeure l'apanage naturel du juge », Yann PALOT, « Remarques sur le pouvoir de sanction administrative de la future autorité des marchés financiers », *J.C.P. Entreprise et Affaires*, n° 24, 12 Juin 2003, act. 174.

Regarder l'activité contentieuse de l'administration comme un retour aux époques du ministre-juge n'est, pourtant, la façon la plus courante d'examiner le contentieux réglé par l'administration. Souvent, elle est présentée comme un facteur de mutation de l'autorité chargée du contentieux.

§2. Comme un facteur de mutation

Deux éléments ont été considérés comme étrangers à l'administration : la procédure¹⁰⁸ et le contentieux, notamment après l'arrêt *Cadot* en date du 13 décembre 1889. Même si, en réalité, la véritable portée de l'arrêt *Cadot* détermine une impossible assimilation du contentieux à la juridiction, la condamnation de la théorie de l'administrateur-juge a été interprétée comme l'exclusion de tout contentieux devant l'administration¹⁰⁹. Contentieux et procédure sont alors deux critères classiques dans l'identification de la juridiction. Lorsque l'un ou l'autre se trouve présent dans l'administration, la jurisprudence et la doctrine pressentent la présence d'un facteur potentiel anormal de mutation de l'autorité administrative¹¹⁰ en un organe juridictionnel¹¹¹.

Afin de comprendre cette façon d'exclure l'activité contentieuse de l'administration, il ne convient pas de se référer seulement à la prétendue incompatibilité entre le contentieux et l'administration. Il est nécessaire aussi de prendre en considération l'exclusion de la procédure de l'administration¹¹². Ainsi, la doctrine a nié le caractère juridictionnel d'un organe qui tranchait un contentieux, « *faute d'une procédure légalement organisée* »¹¹³. La jurisprudence a confirmée cette nature, en dépit des indices linguistiques des normes¹¹⁴. Dans d'autres cas, la jurisprudence a organisé une procédure car l'autorité

¹⁰⁸ Le travail de LANGROD des années 40 consiste d'abord à montrer l'incompatibilité qui existait entre Administration et procédure, ainsi que son exclusivité juridictionnelle, ce qui était « *inconcevable* » : Georges LANGROD, « Procédure administrative et droit administratif », *R.D.P.* 1948, p. 552.

¹⁰⁹ Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *Droits*, 1989, n°9, p. 88.

¹¹⁰ « (...) mais il arrive aussi que la fonction crée ou modifie l'organe, certains actes du chef de l'État, parce que leur nature est essentiellement juridictionnelle, transformant momentanément celui-ci en un juge, bien qu'elle ne soit pas d'avance une juridiction organisée », Maurice HAURIOU, *Les éléments du contentieux*, Extr. du *Rec. De lég. de Toulouse*, Ed. Privat, 1905, p. 8.

¹¹¹ « La procédure devenant ainsi le critère du passage de la voie administrative à la justice, de l'action administrative au Contentieux, à la juridiction (...) », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 25.

¹¹² C'est précisément cette excision ce qui a engendré l'expression procédure administrative non contentieuse, dans le sens de procédure non juridictionnelle. M. AUBY forge la notion de procédure administrative non contentieuse, sous l'équivalence entre contentieux et juridiction : « (...) les problèmes de la procédure administrative non contentieuse avaient été généralement négligés par la doctrine française (...) et que seuls certains de ses aspects donn-aient lieu à des développements séparés dont quelques-uns sont assez paradoxalement rattachés aux matières contentieuses », Jean-Marie AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *loc. cit.*, p. 6. Elle est le résultat de l'acceptation du fait que la procédure pouvait se trouver dans l'administration; mais, non ainsi le contentieux. Cette assimilation est aussi présente chez ISAAC : Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 25.

¹¹³ Sur le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz : « Les décisions prises sur ces conflits par le Conseil supérieur doivent être considérées comme des décisions administratives exécutoires susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État et non comme des décisions juridictionnelles, faute d'une procédure légalement organisée », Jean L'HUILLIER, « commentaire à la loi du 8 avril 1946 », *Recueil Sirey*, 1946, p. 351.

¹¹⁴ C.E.f. 27 mai 1955, *Électricité de France*, *C.J.E.G.*, 1955, Doct., p. 44, concl. CHARDEAU ; *R.D.P.* 1955, p. 721, note WALINE ; *D.* 1956, p. 308, note L'HUILLIER. Dans la note, L'HUILLIER met en doute le caractère contentieux de

remplissait des fonctions contentieuses. Cependant, pour établir cette procédure, la jurisprudence a découvert au préalable, la nature juridictionnelle de l'organe¹¹⁵. De cette manière, la jurisprudence a garanti le lien entre procédure et contentieux ; mais, plus encore, elle a garanti le lien entre le contentieux et la juridiction¹¹⁶.

Malgré l'acceptation de la processualisation de l'administration, le contentieux devant l'administration continue d'être perçu comme un facteur gênant, interprété comme véritable agent de juridictionnalisation. Souvent le législateur, en évitant de qualifier l'autorité de juridiction ou d'administration, prévoit une procédure car l'autorité est conduite à trancher un contentieux¹¹⁷. Or, cette situation génère une discussion et certains tribunaux administratifs se sont déclarés incompétents vis-à-vis des décisions de cet organe car ils y voyaient une décision juridictionnelle. Et, même lorsque la jurisprudence nie le caractère juridictionnel de cet organe¹¹⁸, qui tranche un contentieux de façon contradictoire, la doctrine insiste sur le fait qu'en remplissant des fonctions « *juridictionnelles* »¹¹⁹, cet organe est une juridiction.

L'approche préférée de la doctrine à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration consiste, par conséquent à savoir si l'autorité disposant des fonctions contentieuses est une juridiction¹²⁰. Cette approche de la doctrine se justifie aussi par le fait que, le rappel à l'ordre d'un contentieux échappant aux juridictions, avait été utilisé par la jurisprudence, en faisant recours à la découverte prétorienne des juridictions

l'ensemble des « *arbitrages* » que sur des « *conflits* » réalise « *en dernier ressort* » le Conseil Supérieur de l'Électricité et du Gaz, afin de justifier tant la décision du Conseil d'État, que l'absence d'une procédure « *légalement organisée* », Jean L'HUILLIER, note sous C.E.f. Ass. 27 mai 1955, *Électricité de France*, D. 1956, p. 310.

¹¹⁵ Même si dans les textes régissant la Commission nationale des accidents de travail, ils étaient absents « (...) *le caractère contradictoire de la procédure et l'obligation de motiver et l'usage de la formule exécutoire, qui sont les traits essentiels de la procédure et de la décision juridictionnelle* » (Conclusions de M. GUIONIN, D. 1951, p. 335.), le Conseil d'État reconnaît le caractère juridictionnel de la Commission (C.E.f. 12 janv. 1951, *Union commerciale de Bordeaux-Bassens*, D. 1951, 335). En reconnaissant le caractère juridictionnel de la Commission, le Conseil d'État a pu exiger la motivation des décisions de la Commission, ce qui, en l'espèce, avait été respecté.

¹¹⁶ L'arrêt de *Bayo* confirme le lien entre le contentieux et la juridiction car la « *nature de la matière* », en l'espèce, l'inscription au tableau de l'ordre des vétérinaires, n'a pas une nature juridictionnelle, qui serait propre à la sanction disciplinaire prononcé par le même organe : C.E.f. Ass. 12 déc. 1953, *de Bayo*, A.J., 1954, 2, p. 138, note DE SOTO.

¹¹⁷ Par exemple, l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence a créé le Conseil de la concurrence sans préciser sa nature juridique, tout en l'assignant des fonctions contentieuses et en précisant à l'art. 18 que « *L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires* ».

¹¹⁸ C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, §17. « *Considérant que, si le conseil de la concurrence, organisme administratif (...)* ».

¹¹⁹ Le Conseil de la concurrence « (...) *va qualifier chaque cas sous la règle, et au résultat de cette qualification dire le droit, avec l'autorité de la chose jugée* », Raymond MARTIN, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », J.C.P. I, 1990, 3469. De même, la Cour de cassation affirme dans son rapport annuel de 1992, qu'il s'agit d' « *organismes indépendants dotés de véritables pouvoirs juridictionnels, tel le Conseil de la concurrence* », *Rapport annuel de la Cour de cassation - 1992*, La documentation française, p. 19.

¹²⁰ Delphine COSTA, « L'autorité des marchés financiers : Juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? A propos de l'arrêt du Conseil d'État du 4 février 2005, société G.S.D. Gestion et M. YX », R.F.D.A., nov.-Déc. 2005. p. 1178. Cécile VERDEAUX, *Les autorités administratives indépendantes à caractère économique et financier sont-elles des juridictions ?*, Mémoire du Master 2 recherche Justice et droit du procès, Université de Paris II, 2007-2008.

administratives spécialisées, par des décisions relevant de la « *politique jurisprudentielle* »¹²¹.

Lorsque le lien entre le contentieux, la procédure et la juridiction est rompu, la doctrine avoue son malaise¹²² et qualifie l'activité contentieuse de l'administration comme une bizarrerie, « *ni chèvre ni chou* »¹²³, ni contentieux ni non contentieux ni juridiction ni administration.

Une fois que la doctrine a renoncé à encadrer l'activité contentieuse de l'administration dans des catégories passées (le ministre-juge) ou, présentes (juridiction administrative spéciale), elle finit par avouer qu'il s'agit d'une situation actuellement indéfinissable et préfère alors aborder l'activité contentieuse de l'administration comme un hybride.

§3. Comme un hybride

Pour construire une catégorie hybride, la doctrine doit partir de la perfection supposée des catégories existantes, niant de ce fait, la nécessité d'une nouvelle catégorie, à part entière. La juridiction doit s'opposer à l'administration d'une façon tranchée tout comme le droit pénal et le droit civil, doivent s'opposer au droit administratif. Les traits caractéristiques des deux catégories doivent être à la fois d'exclusion et de définition : la juridiction, le contentieux¹²⁴, la contradiction¹²⁵, l'impartialité¹²⁶, l'indépendance¹²⁷. En revanche, la décision de style « *militaire* »¹²⁸, la prérogative de puissance publique, la hiérarchie¹²⁹, le secret¹³⁰ relèveraient de l'administration. En conséquence, lorsque

¹²¹ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 32.

¹²² Le professeur DRAGO regrette l'abandon de l'idée originale d'assignation de la régulation de la concurrence à une juridiction. Ainsi, il regrette que le Conseil de la concurrence n'ait pas été qualifié expressément de juridiction : Roland DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *J.C.P.* I, 1987, 3300. De même, M. MARTIN regrette la qualification d'autorité administrative que la jurisprudence a faite du Conseil : Raymond MARTIN, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *J.C.P.* I, 1990, 3469.

¹²³ Raymond MARTIN, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *loc. cit.*, 3469.

¹²⁴ «...deux éléments constitutifs et inséparables de la juridiction : le dire du droit (*la jurisdictio*) et le caractère obligatoire de ce dire (*l'imperium*)», Serge GHUINCHARD, « Préface » à la thèse de Constantin DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, thèse, L.G.D.J., Paris, 2002 p. XII ; Miguel ROJAS, *Introducción a la teoría del proceso*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1997, p. 42.

¹²⁵ « *Le propre d'une juridiction est de trancher des litiges. (...) Or, s'il est, parmi les différents critères de la juridiction, un seul qui se détache parmi les autres et qui pourrait, à notre avis, être retenu comme décisif, c'est bien celui de la procédure contradictoire* », Jean DONNEDIEU DE VABRES, concl. sur C.E.f. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, *R.D.P.* 1953, p. 461.

¹²⁶ « *Dès lors, l'accent peut se déplacer : le juge n'est pas seulement celui qui tranche un litige en disant le droit qui lui est applicable ; il doit être un tiers par rapport au litige* », Stéphane RIALS, « L'office du juge », *Droits*, n°9, *La fonction de juger*, 1989, p. 8.

¹²⁷ L'indépendance des juridictions à l'égard du pouvoir politique a pu être mise en question : Jean-Denis BREDIN, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge », *Justices*, 1996, n° 3, p. 161.

¹²⁸ Jean RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges Jean DABIN*, Bruylant, Bruxelles, 1963, p. 813-836, in *Pages de doctrine*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 567.

¹²⁹ Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I., op. cit., p.128.

l'administration exerce des fonctions qui, dans ce contexte, ne relèvent pas de sa propre fonction, et qu'elle le fait de façon contradictoire¹³¹, indépendante¹³² et impartiale, elle entre alors dans une « zone grise »¹³³.

Ainsi, l'activité contentieuse de l'administration est perçue comme une espèce hybride de pseudo-juridiction ou de juridiction incomplète¹³⁴. Certains recours administratifs sont qualifiés de « quasi-contentieux »¹³⁵, dans la mesure où le litige n'est pas négligé par le régime juridique qui entoure sa décision. De même, tenue par une anomalie, l'activité contentieuse de l'administration est dédaignée comme l'application d'un « pseudo-droit pénal »¹³⁶. De plus, à partir de l'assimilation du judiciaire au contentieux, la doctrine atteste de la naissance d'un certain « droit administratif judiciaire »¹³⁷. Par ailleurs, l'activité contentieuse de l'administration est présentée comme un mécanisme exceptionnel et transitoire de décongestion de véritables juridictions¹³⁸. L'anomalie se justifierait par l'altruisme.

L'exercice de la fonction contentieuse, en dehors de la juridiction, ne serait alors que l'exception confirmant la règle du caractère juridictionnel du contentieux, une matière ne méritant pas de définition propre, une situation insignifiante à l'égard des grands principes. Comme une réminiscence, comme un facteur de mutation ou comme un hybride des catégories parfaites, la question des causes de ces postures doctrinales à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration se pose.

¹³⁰ Le principe de non publicité de l'action est considéré par le professeur CHAPUS comme « (...) le plus anachronique et le plus inopportun (...) », René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd. *op. cit.*, p. 1044.

¹³¹ Cf. Pascale IDOUX, *La contradiction en Droit administratif français*, Collection thèses t. II, Université de Montpellier I, 2005.

¹³² L'institution des autorités administratives indépendantes en France, pose le problème de sa compatibilité avec l'art. 20 de la Constitution fondant le principe de l'administration hiérarchisée. Ainsi les A.A.I. ont été perçues comme une exception à l'article 20 mais aussi, comme appartenant à une autre forme d'Administration qui n'est pas concerné par l'art. 20 : Olivier GOHIN, *Institutions administratives*, *op. cit.*, p. 251 et suiv. En outre, lorsque la législation colombienne a confié des fonctions juridictionnelles à l'administration, la Cour constitutionnelle a exigé, pour sa constitutionnalité, la garantie des principes d'indépendance et d'impartialité devant ces autorités administratives : C.c.c. Sentence C-1641-00, 29 novembre 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

¹³³ Olivier GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : la procédure administrative non contentieuse en droit comparée (Luxembourg, Belgique, France) », *loc. cit.*, p. 354.

¹³⁴ Robert METTOUDI, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'Autorité de Régulation des Télécommunications (A.R.T.)*, thèse dactylographiée, Nice, 2004.

¹³⁵ Henry PUGET, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *R.I.D.C.*, janv.-mars, 1953, p. 254.

¹³⁶ « La pratique des sanctions administratives est assez grave, parce qu'elle contribue, avec les sanctions fiscales, à la création et au développement (...) de ce qu'on peut appeler un droit pseudo-pénal (...) », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd. Sirey, Paris, 1963, p. 550-551.

¹³⁷ Frédérique FERRAND, « Préface » à *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, (Sylvie THOMASSET-PIERRE), *op. cit.*, p. VI.

¹³⁸ Il s'agit de la motivation fondamentale de la loi colombienne 446 de 1998 qui assigne des « fonctions juridictionnelles » à des autorités administratives et qui s'intitule « loi de décongestion, d'efficience et d'accès à la justice ».

Sous-section 2. Les causes des postures doctrinales

Certes, la doctrine affronte l'activité contentieuse de l'administration avec des préjugés. Mais, elle ne met pas toujours en avant les raisons qui motivent sa position : l'activité contentieuse de l'administration est considérée comme une anomalie, ce qui explique l'absence de définition actuelle. Ces raisons ne sont pas exemptes d'erreur dans l'interprétation.

Trois raisons motivent l'apathie à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration : tout d'abord la doctrine montre de l'attachement à l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs (§1). Ensuite, l'idée même de l'activité contentieuse de l'administration est perçue comme contraire à la prétention de modernité (§2). Enfin, la méconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration (§3) explique une large partie des critiques.

§1. L'attachement à l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs

Il est compréhensible que l'activité contentieuse de l'administration soit objet des critiques, étant entendu qu'elle pourrait contrarier l'un des principes fondamentales du droit public moderne¹³⁹ et sur lequel reposerait et l'État de droit et la démocratie. La séparation des pouvoirs assurerait tant le non retour de la tyrannie ainsi même que le « *bonheur des peuples* »¹⁴⁰. Jouissant de telles vertus, il est aussi compréhensible la valeur qu'on attribue à cette théorie, faisant partie du « *credo* »¹⁴¹ absolu et dont toute atteinte devrait être condamnée.

La séparation des pouvoirs est le leitmotiv des auteurs à l'encontre de l'activité contentieuse de l'administration. Par exemple, la doctrine s'empare de « *l'attribution d'un pouvoir de sanction à une instance de régulation comme le CSA alors que, dans un État de droit, de type démocratique, un tel pouvoir relève plus normalement, au nom notamment du principe essentiel de séparation des pouvoirs, de la compétence des juges (...)* »¹⁴². C'est justement la séparation des pouvoirs qui conduit un auteur, à critiquer tant le principe de l'unité fonctionnelle de l'État que les fonctions juridictionnelles de l'administration colombienne : « (...) *concernant la prétendue justification de l'attribution de fonctions judiciaires aux autorités administratives du pouvoir exécutif, par application du douteux principe de l'unité fonctionnelle de l'État, cela n'est qu'une façon d'exercer un monopole sur*

¹³⁹ Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *Revue d'économie Politique*, L. Larose, Paris, 1893, p. 2.

¹⁴⁰ Art. 12 de la Constitution de 1811 de l'État fédéré de Cundinamarca, aujourd'hui, département de la Colombie.

¹⁴¹ Adhémar ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd. t. I, Sirey, Paris, 1927, p. 500.

¹⁴² Emmanuel DERIEUX, « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *P.A.* 15 mars 2005, n°52, p. 3. D'ailleurs, l'idée de la séparation des pouvoirs est allée même à l'encontre de la Juridiction administrative, notamment les idées d'Edouard FUZIER-HERMAN, *La séparation des pouvoirs*, Librairie de A. Maresq Ainé, Paris, 1880, p. 484.

l'administration de la justice »¹⁴³.

La séparation des pouvoirs est aussi le moyen d'inconstitutionnalité le plus souvent présenté à l'encontre des lois attribuant des fonctions contentieuses à l'administration tant en France¹⁴⁴ qu'en Colombie¹⁴⁵. Pour les auteurs de ces recours en inconstitutionnalité, le règlement administratif des litiges méconnaît l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁴⁶ et l'article 113 de la Constitution colombienne¹⁴⁷, en raison d'une certaine interprétation de la théorie. Dans la vision classique de la séparation des pouvoirs, chaque organe devra exercer une des trois fonctions de façon exclusive¹⁴⁸. Cependant, chaque fois que l'administration assume des fonctions qui, d'après le principe, relèvent de la juridiction, elle méconnaît la séparation des pouvoirs. Ainsi, les réclamations de juridictionnalisation de l'activité contentieuse de l'administration¹⁴⁹ prennent un sens, ainsi que le fait que le contentieux soit tenu comme un facteur de mutation de l'organe qui tranche des litiges.

Non seulement l'activité contentieuse de l'Administration contredit la séparation classique des pouvoirs ; mais, plus largement, elle nie aussi une certaine prétention de modernité dans le droit.

§2. La prétention de modernité

La modernité consiste en la rationalisation de la connaissance, des justifications et des explications, des définitions, des classifications, c'est-à-dire l'appréhension de la science par la raison humaine. Le droit moderne¹⁵⁰ se caractérise nettement par son fondement rationnel, par la clarté et la précision de ses frontières et l'ordre des catégories¹⁵¹. Le positivisme juridique de Kelsen et celui de Carre de Malberg sont ainsi des purs produits de la modernité dans lesquels la théorie du droit est indéniablement

¹⁴³ José CASTAÑO, « Desplazamiento de la función jurisdiccional en autoridades administrativas como clara violación al preámbulo de la Constitución de 1991. (Réplica a la ponencia del Dr. Alfonso Guarín Ariza) », *Revista del Instituto colombiano de Derecho procesal*, n° 32, 2006, p. 172.

¹⁴⁴ Par exemple, C.c.f. Décision n° 248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* 18 ; C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989.

¹⁴⁵ Par exemple, C.c.c. Sentence C-212-94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ.

¹⁴⁶ « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »

¹⁴⁷ « Ce sont des branches du pouvoir public, la législative, l'exécutive et la judiciaire. (...) Les différents organes de l'État ont des fonctions séparées; mais, ils collaborent harmonieusement à la réalisation de ses fins ».

¹⁴⁸ Cf. Charles EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de MONTESQUIEU », in *La pensée politique et constitutionnelle de MONTESQUIEU. Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948*, Colloque de l'Institut de Droit comparé de la Faculté de Droit de Paris, Sirey, Paris, 1952, p. 133-160.

¹⁴⁹ « Il n'est que temps aussi de réfléchir à la réhabilitation d'une véritable magistrature économique dont les autorités de régulation ne sont qu'un succédané contestable », Jean-François BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *A.J.D.A.* 1999, p. 859.

¹⁵⁰ Cf. Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, coll. Doctrine juridique, P.U.F., Paris, 1998

¹⁵¹ François GENY se demandait sur la validité de telles méthodes : « Serait-il donc si évident, que tout le système du droit positif se dût ramener à quelques conceptions types, dégagées, dans toute leur pureté, par des opérations rationnelles d'abstraction ou de généralisation, et qui fourniraient des cadres inflexibles et immuables à tous les faits de la vie juridique ? », François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I., 2^e éd. L.G.D.J., Paris, 1954, p. 131.

« pure »¹⁵². Le droit moderne est étatique, rendu obligatoire par la décision juridictionnelle¹⁵³ et hiérarchisé¹⁵⁴. De ce fait, l'importance et la logique de la validité¹⁵⁵ ainsi que l'oubli des facteurs considérés comme impurs, tels que l'efficacité dont est parfois tributaire l'activité contentieuse de l'administration.

Le droit administratif est imprégné de modernité¹⁵⁶ : il est marqué par des classifications binaires¹⁵⁷, comme celle du contentieux, synonyme de juridictionnel et du non contentieux, renvoyant à l'activité administrative active, pure ou de gestion, de la fonction normative et la fonction de prestation, du service public et de la police administrative¹⁵⁸. Le sommet de la modernisation du droit administratif, c'est-à-dire de rationalisation serait la juridictionnalisation absolue du contentieux¹⁵⁹, ce qui n'est sans difficultés¹⁶⁰. Pour les auteurs classiques¹⁶¹, le droit administratif serait fondé sur la séparation des pouvoirs¹⁶², produisant ainsi le principe de légalité : pour que l'administration respecte le droit, elle ne devrait ni légiférer ni juger. Par conséquent, sans séparation des pouvoirs, la doctrine n'accepte pas l'existence préévolutionnaire du droit administratif¹⁶³. La confusion des pouvoirs se réalisant en raison de l'activité contentieuse de l'administration justifierait ainsi, son exclusion théorique du droit administratif.

À partir de ces considérations, l'activité contentieuse de l'administration est, théoriquement, contraire aux principes de la modernité juridique : elle méconnaîtrait la séparation des pouvoirs, elle contrarierait les définitions classiques du contentieux (litige porté devant un juge¹⁶⁴) et du contentieux administratif (litige porté devant la juridiction administrative) et elle montrerait des résidus d'irrationalité dans le règlement du

¹⁵² « (...) une théorie « pure » du droit ? (...) elle voudrait débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers », Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^e éd. par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 1.

¹⁵³ « (...) une conduite ne peut être considérée comme juridiquement ordonnée (...) que si la conduite contraire est prévue comme condition d'un acte de contrainte dirigé contre le sujet qui l'a adoptée (...) », *ibidem*, p. 68.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 99 et suiv. ; « La notion moderne de loi se fonde essentiellement sur un système organique de multiplicité et d'inégalité des autorités chargées de vouloir pour l'État et, en ce sens, sur un principe de séparation des pouvoirs », Raymond Carre de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I., Sirey, Paris, 1920, p. 346. Réimp. Dalloz, 2004 en un seul tome.

¹⁵⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁶ Même s'il la précède. Cf. Jean-Louis Mestre, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, L.G.D.J., Paris, 1976, p. 61-107.

¹⁵⁷ Cf. Didier Truchet, « La structure du droit administratif peut-elle rester binaire ? », *D.* 2000, p. 443.

¹⁵⁸ « Cependant, si l'on abandonne le point de vue de Sirius, si l'on pénètre véritablement dans ce monument qu'est le droit administratif, le jardin est beaucoup plus foisonnant qu'il n'y paraît. Ce n'est que de loin que règnent l'ordre et l'harmonie, lorsque l'on se rapproche les perspectives se brouillent, des bourgeonnements se multiplient, des espèces nouvelles apparaissent à côté ou au milieu des massifs bien sarclés et taillés (...) », Jean-Marie Pontier, « La notion d'état intermédiaire en droit administratif », in *Les États intermédiaires en droit administratif*, Journée d'études du 15 juin 2007, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, p. 12.

¹⁵⁹ « (...) la tendance du droit moderne, est d'étendre de plus en plus l'application de la voie juridictionnelle, en la substituant, pour un nombre d'actes qui va sans cesse croissant, à la voie administrative », René Carre de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 809.

¹⁶⁰ Jean-Marie Woehrling, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Mélanges R.-E. Charlier*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 341-368.

¹⁶¹ Jean Rivero oppose l'État de police à l'État de droit, présent dans « *tous les États modernes* », en raison notamment de la séparation des pouvoirs, qui conduit à la soumission de l'administration au droit : Jean Rivero, *Droit administratif*, 2^e éd. Dalloz, Paris, 1961, p. 14-16.

¹⁶² Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶³ Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, P.U.F., Paris, 2002, p. 19-20.

¹⁶⁴ Bernard Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 16.

contentieux, c'est-à-dire du règlement non juridictionnel du litige. Par ailleurs, les autorités administratives indépendantes, normalement chargées des fonctions contentieuses, ne sont pas seulement critiquées en raison du cumul des fonctions contrariant les principes classiques; mais, aussi en raison de leur manque de démocratie¹⁶⁵, dès lors que « (...) *la démocratie semble faire naturellement partie de la culture de la modernité*»¹⁶⁶. L'activité contentieuse de l'administration est inculpée « (...) *d'une déstabilisation de la topographie juridique dans laquelle la période moderne nous avait installés* »¹⁶⁷. Certains signes du dépassement de la modernité ont pu ainsi apparaître.

Une certaine postmodernité est mise en cause par rapport à des bouleversements considérables sur le droit¹⁶⁸. Les atouts deviennent des défauts et de nouvelles préoccupations s'instaurent dans le discours juridique¹⁶⁹. Les frontières théoriques sont démantelées et des catégories rationnelles absolues¹⁷⁰ sont mises en question. La postmodernité permet que des situations anciennes occultées par la modernité soient redécouvertes¹⁷¹. Cette situation concerne l'activité contentieuse de l'administration : ni contentieuse car non juridictionnelle ni non contentieuse car litigieuse. Ni juridictionnelle car les litiges sont tranchés par l'administration ni non juridictionnelle, puisqu'elle relève d'une fonction considérée matériellement juridictionnelle. Rien de plus contraire au droit moderne que l'activité contentieuse de l'administration. Ainsi, elle serait objet des critiques fondées sur l'attachement à la modernité. L'attitude de la doctrine qui plaide pour la juridictionnalisation de l'activité contentieuse de l'administration est compréhensible, tout comme celle qui ne définit pas cette activité; mais, qui préfère de la décrire comme un mélange d'éléments de catégories classiques. Or, l'activité contentieuse n'est pas une réalité post-moderne. Il s'agit d'une fonction qui n'a pas disparu malgré les prétentions de

¹⁶⁵ « Il faut encore que l'activité des AAI soit soumise à un contrôle démocratique, conformément à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) déposé le 15 juin 2006, p. 117. Martine LOMBARD (Dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2006.

¹⁶⁶ Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁷ Jacques CAILLOSSE, « Actes et contrats de l'administration. Remarques sur une partition juridique dérégulée » in *Les États intermédiaires en droit administratif*, Journée d'études du 15 juin 2007, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, p. 104.

¹⁶⁸ Notamment, l'efficacité de la règle, négligée par le droit moderne, serait le principal légitimant de l'action étatique post-moderne : Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.* n° 3, 1998, p. 669.

¹⁶⁹ Le caractère protecteur des juridictions, en raison des garanties processuelles est considéré comme un facteur de lenteur et de manque de souplesse ; la nécessité de réponses rapides et adaptées devient un impératif permanent. L'administration hiérarchisée et disciplinée, devient suspectée de partialité et de manque de performance.

¹⁷⁰ Le droit postmoderne « (...) s'efforce de prendre en compte la complexité du réel ; et rompant avec une certaine dogmatique juridique, il entend faire preuve de pragmatisme », Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *op. cit.*, p. 671.

¹⁷¹ « L'État post-moderne est un État dont les traits restent précisément, en tant que tel, marqués par l'incertitude, la complexité, l'indétermination ; et ces éléments doivent être considérés comme des éléments structurels, constitutifs, de l'État contemporain. Pour l'analyser, il est dès lors nécessaire de quitter l'univers des certitudes, de sortir des chemins bien balisés de l'ordre, d'abandonner l'illusion d'une nécessaire cohérence, d'une absolue complétude (...) », Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, L.G.D.J., Série politique, n°35, Paris, p. 20.

modernité et, elle est seulement mise en évidence par la post-modernité¹⁷².

L'activité contentieuse de l'administration reste mal connue. La méconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration explique, en dernier lieu, qu'elle soit considérée comme une anomalie.

§3. La méconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration

La méconnaissance, non de l'existence; mais, de l'étendue de l'activité contentieuse de l'administration explique, à la fois, l'effet et la cause de l'absence de définition. Il n'existe pas d'étude complète de l'activité contentieuse de l'administration qui souligne ou qui dénonce, même comme une anomalie, l'ampleur du phénomène. Cette situation tient à l'importance que le droit administratif moderne assigne au règlement juridictionnel du contentieux¹⁷³. Toute forme non juridictionnelle de résolution des litiges est éclipsée par le succès du phénomène juridictionnel¹⁷⁴. Telle est l'explication du contenu restreint des manuels et des traités portant, en principe, sur le contentieux administratif ou, plus largement, sur le contentieux de l'administration.

Le succès du règlement juridictionnel n'a pas, en réalité, condamnée l'activité contentieuse de l'administration. Il l'a occultée. L'activité contentieuse de l'administration est alors perçue comme une situation marginale. Pour preuve, un nombre important de situations où l'administration est conduite à trancher un contentieux est déguisé en simple procédure d'autocontrôle de l'activité administrative. Cette méconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration est alors cause-effet de son absence de définition, dans la mesure où pour établir une définition, une identification est nécessaire. Toute la valeur de la définition de l'activité contentieuse de l'administration se situe dans ces termes.

Section III. La définition de la résolution des litiges comme une fonction administrative

L'absence de définition de l'activité contentieuse de l'administration constitue un vide dans l'étude de la fonction administrative. Plus largement, l'étude du droit administratif se montre fragmentaire lorsqu'il néglige la fonction administrative de résolution des litiges. Pour cette raison, cette thèse prétend dans un premier temps,

¹⁷² « (...) dans la quête paresseuse d'exalter le nouveau et de méconnaître l'ancien, nous dépouillons le passé de tout, même de l'oubli car on n'oublie que ce qu'on a su. Nous fixons le regard sur la splendeur de la "nouveau", et à partir de cela, nous commençons à écrire l'histoire », Luis MORENO, « La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana », *op. cit.*, p. 6. Considérer l'activité contentieuse de l'administration comme une nouveauté constituerait une méconnaissance de l'histoire du droit française et du droit colombien.

¹⁷³ René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd. Montchrestien, Paris, 2008, p. 8.

¹⁷⁴ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 22.

aborder l'étude de l'activité contentieuse de l'administration à partir de sa délimitation dans la fonction administrative (**Sous-section 1**), puis, dans un deuxième temps, préciser la méthode de l'étude (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La délimitation dans la fonction administrative

La détermination de l'objet d'étude résulte d'un processus de trois étapes : l'identification de ses frontières, la connaissance de ses composants internes et la mise en perspective. En ce qui concerne l'administration contentieuse, il est ainsi question, tout d'abord, de l'exclusion du contentieux juridictionnel (**§1**), ensuite, de la définition unitaire de l'activité contentieuse de l'administration (**§2**) et, enfin, de l'inclusion dans la théorie générale du pouvoir et de la fonction administrative (**§3**).

§1. L'exclusion du contentieux juridictionnel

Le contentieux juridictionnel, mode considéré comme classique de résolution des litiges¹⁷⁵, ne relève pas de l'administration contentieuse. L'expression « *administration contentieuse* » a existé par le passé en droit français ; mais, elle est méconnue en droit colombien. La révolution française de 1789 avait confiée aux autorités administratives la décision du contentieux administratif¹⁷⁶, comme une forme de garantie de son indépendance vis-à-vis des juridictions. La résolution des litiges est ainsi considérée comme l'exercice même de l'administration, et non comme une fonction juridictionnelle. L'administration contentieuse n'est, à cette époque, rien d'autre que l'administration elle-même¹⁷⁷. Or, le rétablissement du Conseil d'État¹⁷⁸ et la création des Conseils de préfecture¹⁷⁹ a donné lieu à la création de deux catégories différentes au sein de l'administration : l'administration active ou administration pure et l'administration contentieuse, réservée à la juridiction administrative¹⁸⁰. Même si l'administration non juridictionnelle, qualifiée d'active ou de pure administration, a continué d'exercer des fonctions contentieuses, elle s'est vue être exclue de l'administration contentieuse car elle n'était pas juridictionnelle. Le terme « *administration contentieuse* » est finalement

¹⁷⁵ « (...) *modes classiques* : il s'agit d'un règlement juridictionnel, par des instances juridictionnelles étatiques », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude de la Section du rapport et des études, La documentation française, Paris, 1993, p. 13.

¹⁷⁶ Notamment, la loi des 6-7 et 11 septembre 1790 donne compétence aux directoires de département et de district pour statuer sur le contentieux des contributions directes, des marchés publics, des travaux publics et des expropriations.

¹⁷⁷ « *Les révolutionnaires ne réfléchissent pas en termes de justice là où ils ne voient qu'administration* (...) *L'administration contentieuse n'est qu'une manifestation particulière de l'action d'une autorité érigée en pouvoir indépendant* », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, P.U.F. Paris, 2002, p. 41-42.

¹⁷⁸ Art. 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

¹⁷⁹ Art. 2 et 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII.

¹⁸⁰ « *La pure administration était synonyme d'administration active : elle est celle qui ne peut se prononcer sur les droits. L'administration contentieuse empruntait en revanche le canal de l'administration érigée en juridiction (conseils de préfecture et Conseil d'État)* », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, op. cit., p.92.

abandonné¹⁸¹ ; mais celui d'administration « *active* » est resté¹⁸² et, même si cela résulte de l'histoire propre au droit français, la jurisprudence colombienne a fini par adopter le terme sans réfléchir véritablement aux différences entre le droit français et le droit colombien¹⁸³.

Cette thèse reprend l'expression d'administration contentieuse, à côté de celle d'activité contentieuse de l'administration, tout en précisant qu'il s'agit de l'exercice de la fonction de résolution des litiges par l'administration non juridictionnelle : administration qualifiée à tort comme exclusivement active. En d'autres termes, l'administration non juridictionnelle est à la fois active et contentieuse. En conséquence, ne font pas partie de l'étude sur l'administration contentieuse et de l'activité contentieuse de l'administration, toutes les hypothèses où le contentieux est porté devant une juridiction. Certes, la juridiction administrative française est organiquement placée au sein de l'administration ; mais, juger l'administration n'est pas administrer¹⁸⁴. Les juridictions administratives françaises, en ce qui concerne sa fonction juridictionnelle, n'exercent pas de fonction administrative. Les juridictions administratives françaises ne relèvent pas de l'activité contentieuse de l'administration¹⁸⁵. Ainsi, la thèse du professeur Marc GJIDARA, portant sur *La fonction administrative contentieuse*, ne constitue pas une étude relative à l'activité contentieuse de l'administration ; l'intitulé est trompeur. Certes, cette thèse dénonce l'équivalence de la juridiction et du contentieux¹⁸⁶ ; mais, l'intérêt central consiste à définir la fonction de la juridiction administrative, qu'il considère comme une fonction administrative. Par ailleurs, l'activité contentieuse de l'administration est considérée, par cette thèse, soit comme un moyen concerté de résolution des litiges¹⁸⁷, soit comme un moyen de dissuasion à l'égard de l'administré¹⁸⁸. Dans le même sens, la sanction adoptée par une juridiction, même administrative, ne relève pas de l'activité contentieuse de l'administration, même si, pour une partie de la doctrine, il s'agit de sanctions administratives¹⁸⁹.

¹⁸¹ Au deuxième Empire, l'administration contentieuse était déjà « *une expression désormais ancienne et quasi obsolète* », *ibidem*, p. 167.

¹⁸² « *La distinction de l'administration active et de la juridiction est maintenant une opinion bien établie et un progrès réalisé* », Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Larose, Paris, 1901, note n° 2, p. 242.

¹⁸³ C.c.c. Sentence C-189-98, 6 mai 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ.

¹⁸⁴ « (...) *dit-on, en pareille matière, juger c'est encore administrer. Cette position a fait fortune et on l'a souvent répétée. Notre réponse est simple et pourra sembler naïve. En cette matière comme en toute autre, dirons-nous, juger c'est juger* », Auguste VIVIEN, *Études administratives*, 3^e éd., t. I, Guillaumin, Paris, 1859, réimpression Cujas, Paris, 1974, p. 132.

¹⁸⁵ Trancher un litige avec force de chose jugée n'est pas une fonction administrative.

¹⁸⁶ « *L'équation, contentieux = recours porté devant le juge est déformante, car a contrario cela signifierait qu'il n'y a pas de contentieux là où aucun juge n'intervient* », Marc GJIDARA, *La fonction administrative contentieuse. Étude de science administrative*, Bibliothèque de Sciences administratives, t. V, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 66.

¹⁸⁷ « (...) *le particulier a les plus grandes chances de devenir plaideur étant donné l'absence d'autres moyens de règlement concerté des litiges* », *ibidem*, p. 70.

¹⁸⁸ Concernant le recours administratif préalable en matière fiscale, l'auteur considère : « *Lorsque cette dissuasion, qui vise à mieux éclairer les contribuables sur leurs droits et les limites de ceux-ci, n'a pas été pleinement efficace, les requérants se heurtent à l'interprétation stricte des textes par le juge, à supposer qu'ils se soient adressés à lui* », *ibidem*, p. 111.

¹⁸⁹ Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, *op. cit.*, p. 103-110 ; Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, *op. cit.*, p. 74 ; Jean-Louis de CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 103. Cette position est partagée, par l'adoption du terme « *répression*

L'activité contentieuse de l'administration concerne la partie du contentieux non juridictionnel de l'administration qui est décidée unilatéralement par l'administration elle-même¹⁹⁰. Il ne s'agit pas de toute participation de l'administration dans le contentieux, notamment lorsqu'elle collabore avec les juridictions¹⁹¹ ; mais, de la décision des litiges par une décision administrative. Or, l'exclusion du contentieux juridictionnel du concept d'administration contentieuse n'implique pas, pourtant, qu'il ne soit pas nécessaire de traiter des sujets relatifs à la juridiction administrative française ou à la juridiction colombienne du contentieux administratif, ayant pour finalité soit une comparaison avec l'activité contentieuse de l'administration, soit une délimitation de l'administration contentieuse. D'après les mots du Professeur Bernard PACTEU, il s'agit de « *ne s'éloigner du juge que pour mieux s'approcher des rouages du contentieux administratif* »¹⁹², tout en rappelant que le contentieux administratif n'est pas exclusivement juridictionnel.

La détermination des limites extérieures de l'activité contentieuse de l'administration doit s'accompagner de la détermination de limites intérieures, par voie d'une définition unitaire.

§2. La définition unitaire de l'activité contentieuse de l'administration

Différents segments de l'activité contentieuse de l'administration ont fait l'objet d'étude en France, aboutissant sur de conclusions diverses. En droit colombien, aucune étude n'a été entreprise sur les fonctions administratives de résolution des litiges. Tout d'abord, concernant les recours administratifs, mise à part certaines études particuliers¹⁹³, deux thèses ont été élaborées démontrant, chacune d'elles, la fonction contentieuse que

administrative », y incluant les sanctions prononcées par la juridiction administrative : Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, Bibliothèque de droit public t. 184, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 263.

¹⁹⁰ Le contentieux non juridictionnel décidé par un moyen à l'amiable, notamment, la conciliation, ne fait pas partie de l'activité contentieuse de l'administration. Ce sont des mécanismes « (...) *procédant d'une volonté de rapprocher les parties et de trouver des solutions de compromis* », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹¹ Par exemple lorsque pendant une instance contentieuse, les juridictions sont autorisées à saisir d'un avis une autorité administrative. Notamment, l'Autorité française de la concurrence peut être saisie par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles, conformément à l'art. L. 462-3 du Code du commerce français.

¹⁹² Bernard PACTEAU, Préface à la thèse de Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français. Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁹³ Par exemple : Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.* I, 1955, p. 123 ; Henry PUGET, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *R.I.D.C.* janv.-mars, 1953, p. 257 ; Didier TRUCHET, « Recours administratif », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, octobre 2000, p. 4 ; Gilles PELLISSIER, « Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs – Réflexions sur la fonction des recours administratifs dans l'ordre juridique français - », *R.F.D.A.* n° 14 – 2 - mars – avril 1998, p. 321. En droit colombien, il existe des études portant sur les recours administratifs ; mais, l'approche est nettement processuel, ne s'intéressant qu'incidemment à la fonction contentieuse : Enrique ARBOLEDA, « *Vía gubernativa* », *Comentarios al nuevo Código contencioso administrativo*, éd. Cámara de comercio, Bogota, 1984, p. 74 ; Giorgio LOMBARDI, « El silencio de la administración pública – perfiles comparativos y aspectos problemáticos - », *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, n° 1, avril 1984, p. 75 ; Gustavo PENAGOS, « El silencio administrativo », *Revista Universitas*, n° 81, 1991, p. 128.

l'administration remplit dans la décision de ces contestations¹⁹⁴. Pour l'une d'entre elles « *Ils ne constituent pas des mécanismes « précontentieux », car le contentieux est déjà né ; il y a contestation entre les parties, c'est donc bien un contentieux qui est en cause* »¹⁹⁵ et l'autre thèse, tout en reconnaissant sans hésitation l'exercice de la fonction contentieuse par la voie des recours administratifs¹⁹⁶, se trouve dans l'embarras de reconnaître que des administrateurs dits actifs exercent une fonction contentieuse¹⁹⁷. Ensuite, de nombreuses études sont consacrées aux sanctions administratives¹⁹⁸. Cependant, la question de la fonction administrative contentieuse n'est pas la préoccupation essentielle. Cela ne fait pas obstacle à ce que le pouvoir de sanction attribué à des autorités administratives soit parfois considéré comme un regrettable retour au ministre-juge¹⁹⁹. Enfin, la fonction de résolution des litiges entre administrés exerçant une activité administrativement régulée a fait l'objet d'études ponctuelles²⁰⁰, ainsi que d'une thèse qui considère qu'il s'agit d'une fonction matériellement juridictionnelle et plaidant également la reconnaissance de la nature juridictionnelle de l'autorité administrative chargée de cette fonction²⁰¹. Le retour du ministre-juge est de nouveau affirmé à l'égard de cette fonction contentieuse²⁰² qui une grande partie des auteurs qualifient de quasi juridictionnelle²⁰³.

¹⁹⁴ Il s'agit, d'un part, de la thèse de Jean-François BRISSON, sur *Les recours administratifs en Droit public français. Contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, op. cit. et de la thèse d'Eugénie PREVEDOUROU, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, L.G.D.J., Paris, 1996.

¹⁹⁵ Eugénie PREVEDOUROU, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, op. cit., p. 6.

¹⁹⁶ « *L'acte pris en réponse d'un recours administratif a, en effet, pour objet, comme le recours juridictionnel, de régler une situation contentieuse et à éteindre définitivement la contestation* », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 38. Grâce à ces études est nuancée l'idée que « *les recours administratifs constituent une expression du droit de pétition aux autorités publiques traditionnellement reconnu en droit français aux citoyens* », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, Paris, 1992, p. 20.

¹⁹⁷ « (...) *bien qu'exercée par des administrateurs actifs, cette fonction contentieuse ne ressort pas entièrement de la fonction d'administration active mais présente en raison de son objet contentieux une certaine autonomie* », *ibidem*, p. 8.

¹⁹⁸ Jean-Pierre MUNCH, *La sanction administrative*, thèse soutenue le 17 mai 1947 à la Faculté de droit de l'Université de Paris, (dact.) ; Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, L.G.D.J. Paris, 1967 ; Frank MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*, Economica, Paris, 1993 ; CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Les études du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1995 ; Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris, 2000 ; Frédéric DOUËB, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, thèse Université de Paris II, 2003, t. I, (dact.). En droit colombien, il n'existe que des études relatives à la sanction administrative disciplinaire, notamment : Carlos GOMEZ, *Dogmática del derecho disciplinario*, 4^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007.

¹⁹⁹ « *Le spectre de l'institution réprouvée de l'administrateur-juge, irrespectueux des droits de la défense, plane sur sa légitimité* », Sylvie THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 70.

²⁰⁰ Élisabeth ROLIN, « *Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications* », P.A. 23 janvier 2003 n° 17, p. 26.

²⁰¹ Robert METTOUDI, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2004, in <http://mettoudilaw.com/wp-content/uploads/2010/01/Th%C3%A8se-2-septembre-2004.pdf>, consulté le 4 mai 2011, p. 99-101.

²⁰² « (...) *entérinant la jurisprudence du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel admet l'évolution qui s'est produite depuis une cinquantaine d'années vers la consécration de l'administration-juge* », Élisabeth ROLIN, « *Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications* », *loc. cit.* p. 26.

²⁰³ Les fonctions contentieuses de la C.R.E. sont aussi considérées comme « *quasi juridictionnelles* », Gaël BOUQUET et Stéphanie BEAUVILLARD, « *Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie* », A.J.D.A. 2004, p. 1911. Les fonctions de l'Autorité de régulation des mesures techniques étaient qualifiées comme un « (...) *arbitrage équivaut à des fonctions 'quasi juridictionnelles'* », Lucien RAPP, « *Nature et pouvoirs de l'autorité de régulation des mesures techniques de protection*, *Revue Lamy droit de l'immatériel*, janvier 2007, n° 23, p. 65. Les fonctions de l'A.R.C.E.P. sont considérées de nature « *quasi-juridictionnelle* »,

Les études sont parcellaires et les résultats sont opposés. La reconnaissance dans la doctrine de l'activité contentieuse de l'administration comme une fonction administrative non juridictionnelle ne concerne pas l'ensemble de l'administration contentieuse. Les études ciblées sur une des manifestations de l'administration contentieuse conduisent des résultats difficilement applicables aux hypothèses qui n'ont pas été l'objet de l'étude. Par conséquent, une explication d'ensemble doit être établie sur l'activité contentieuse de l'administration. Certes, une identification des différentes catégories de l'activité contentieuse de l'administration est nécessaire ; mais, il ne s'agit pas de réaliser un inventaire exhaustif de toutes les hypothèses se présentant en France comme en Colombie où, un contentieux est décidé par un acte de nature administrative. L'inventaire peut dérouter lorsqu'il n'est pas accompagné d'une explication d'ensemble. L'intérêt consiste à la construction d'une théorie générale, pouvant expliquer le fondement de la fonction administrative contentieuse, ainsi que son étendu et ses limites, c'est-à-dire une définition de cette fonction dont la nature administrative doit être démontrée. En d'autres termes, l'objet de cette étude consiste en l'élaboration des concepts d'administration contentieuse et d'activité contentieuse de l'administration, concernant les différentes fonctions contentieuses de l'administration. L'empirisme et le conceptualisme sont ainsi réunis²⁰⁴. Or, ces concepts doivent être mis en rapport avec les théories relatives à l'exercice de la puissance public par la voie administrative.

§3. L'inclusion dans la théorie générale du pouvoir et de la fonction administrative

La résolution unilatérale des litiges est une manifestation de la puissance publique. Selon la théorie traditionnelle du pouvoir public, la juridiction est dépositaire exclusive de cette portion du pouvoir²⁰⁵. Le pouvoir serait émincé et distribué en parts égales comme mesure visant à exclure l'arbitraire²⁰⁶. Dans cette conception du pouvoir public, l'administration est exclue de la fonction contentieuse et la fonction administrative est

Robert METTOUDI, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, op. cit., p. 99.

²⁰⁴ « J'ai connu une époque où c'était devenu un lieu commun de dire qu' « il n'y a pas de maladies, il n'y a que des malades (...) cela n'a jamais empêché les professeurs de médecine d'étudier les maladies (...) la règle générale est que la thérapeutique reste commandées par le diagnostic, et la notion de diagnostic est, en l'état actuel des connaissances, encore inséparable de celle d'une maladie, qui est un concept abstrait », Marcel WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. I, Sirey, Paris, 1963, p. 370.

²⁰⁵ « (...) la réunion des trois pouvoirs dans les mêmes mains doit être évitée autant que possible, autrement l'homme ou le corps qui les exercerait tous trois ensemble finirait par asservir la nation à sa volonté. On en conclut qu'il faut les rendre indépendants (...) », Félix BERRIAT SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836, p. 90-91.

²⁰⁶ « (...) avec des pouvoirs divisés, la tyrannie est impossible », Giovanni BOGNETI, *La divisione dei poteri*, 2^e éd., Giuffrè, Milan, 2001, p. 13. « (...) la séparation du pouvoir, comme sauvegarde indispensable contre la dégénération de la République », Luis MORENO, « La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana », in *Justicia constitucional – El rol de la Corte constitucional en el Estado contemporáneo*, ouvrage collectif, Legis – Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, 2006, p. 1.

cantonnée à la gestion. Le pouvoir public est ainsi configuré sur une forme de séparation élevée au credo du droit public²⁰⁷. Cependant, comme tout dogme, les interprétations de la séparation du pouvoir sont très diverses et elle est source de fondamentalismes juridiques.

En conséquence, la définition de la résolution des litiges comme fonction administrative engage une réflexion qui dépasse la fonction administrative elle-même. Elle concerne la configuration même du pouvoir public. La théorie de la séparation des pouvoirs ou, plus précisément, de la séparation du pouvoir est mise à l'épreuve, tout en reconnaissant tant son importance que la nécessité de révisions périodiques²⁰⁸. La désacralisation de la théorie de la séparation passe par la mise en évidence des différentes interprétations, conduisant à reconnaître son utilité argumentative plutôt que créatrice, grâce à la malléabilité de sa portée²⁰⁹.

La thèse de l'administration contentieuse est encadrée dans une théorie propre de l'exercice multi-organique des fonctions du pouvoir. L'exercice multi-organique des fonctions résulte avant tout d'une analyse empirique démontrant que la séparation des pouvoirs, dans sa conception classique, ne se réalise ni en France ni en Colombie et que, en revanche, les différentes organes du pouvoir mélangent des fonctions dont la théorie traditionnelle plaide l'incompatibilité. L'exercice multi-organique du pouvoir est commandé par un souci d'efficacité qui n'est pas nouveau dans le droit²¹⁰ : les autorités publiques sont investies de prérogatives dans la mesure où elles ont été considérées comme nécessaires à la réalisation des finalités. Or, cela n'implique pas l'inexistence des limites à l'exercice multi-organique. Concernant l'activité contentieuse de l'administration, ces limites sont données par le caractère accessoire de la fonction contentieuse des autorités administratives : elles ne sont investies de la fonction contentieuse que dans la mesure où la résolution du litige touche directement à la réalisation des finalités dont elle est responsable. Dès lors, il est possible d'affirmer que la résolution des litiges est une activité administrative : il s'agit d'une fonction réalisée par des autorités administratives et dont l'exercice est lié à la réalisation des finalités d'intérêt général confiées à l'administration.

²⁰⁷ Adhémar ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, op. cit., p. 500. La séparation des pouvoirs est considérée comme un des « axiomes du droit politique », Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *Revue d'économie Politique*, L. Larose, Paris, 1893, p. 2.

²⁰⁸ « (...) Je sais qu'elles ont leur place légitime; mais, je sais aussi que les principes ne sauraient être que des synthèses de faits et qu'à ce point de vue il est bon de les réviser de temps à autre pour s'assurer que leur formule est bien toujours adhérente aux faits », Maurice HAURIOU, *Les éléments du contentieux*, Ed. Privat, 1905, Extr. Du Rec. De lég. De Toulouse, p. 4.

²⁰⁹ « Le succès de ce schéma provient de ce qu'il correspond à une intuition communément partagée et que les principes généraux, d'où seraient déduites les règles particulières, sont fréquemment invoqués de manière très explicite, dans les discours des législateurs, les exposés des motifs des projets de lois ou les décisions juridictionnelles. Il remplit d'ailleurs au sein de ces discours une fonction essentielle, qui est de permettre à leurs auteurs de donner à leurs décisions un fondement rationnel et de dissimuler qu'ils font des choix discrétionnaires et expriment des préférences. (...) les thèses ou principes censés servir de prémisses n'expriment pas des vérités éternelles; on y adhère avant tout parce que l'on veut pouvoir justifier telle ou telle solution », Michel TROPER, Préface à *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, (Isabel BOUCOBZA), Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2005. p. X.

²¹⁰ Même si la quête d'efficacité est aujourd'hui exprimée sans complexe : Le droit postmoderne « il s'efforce de prendre en compte la complexité du réel; et rompant avec une certaine dogmatique juridique, il entend faire preuve de pragmatisme », Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », loc. cit., p. 671.

L'objet de la thèse étant désormais déterminé, il est question de préciser la manière dont la démonstration sera réalisée.

Sous-section 2. La méthode de l'étude

La définition de l'activité contentieuse de l'administration sera entreprise par la voie de la comparaison du droit français avec le droit colombien. Cet objectif exige la détermination préalable d'un langage propre utilisé tout au long de la thèse. Ainsi, la définition par la comparaison (§1) et la précision des termes employés dans l'étude (§2) constituent le prélude de la formulation de la problématique et de l'annonce du plan (§3).

§1. La définition par la comparaison

Le droit colombien appartient à la famille juridique du droit français, particulièrement en ce qui concerne le droit civil et le droit administratif. « *Le droit français a été notre ligne pédagogique et herméneutique, lu directement ou en traduction immédiate* »²¹¹. Pour les auteurs colombiens, la comparaison du droit administratif français avec le droit administratif colombien est presque un exercice obligé pour expliquer des institutions administratives colombiennes d'importation outre-Atlantique ; mais, aussi, le droit administratif colombien fait recours au droit français dans une recherche d'inspiration pour l'évolution du droit colombien²¹². Par conséquent, la comparaison du droit français avec le droit colombien n'est pas un exercice forcé ; il s'impose presque avec évidence en raison des liens existant entre ces deux systèmes juridiques²¹³. Or, les chercheurs français préfèrent comparer le droit français au droit de pays plus proches, notamment d'un point de vue géographique²¹⁴.

De prime abord l'objet d'une thèse de droit comparé consiste à faire ressortir les

²¹¹ Fernando HINESTROSA, « La présence de la culture juridique française en Colombie », in *L'ENA hors les murs*, numéro hors série *La Colombie au-delà des clichés*, septembre 2009, p. 13.

²¹² « *De la sorte, la jurisprudence et la doctrine colombiennes, sans cesser d'affirmer leur identité, conservent un penchant pour le droit français* », *ibidem*, p. 14.

²¹³ Pour ne citer que quelques exemples : Juan HENAO PEREZ, *Le dommage : analyse à partir de la responsabilité civile extra contractuelle de l'Etat en droit colombien et droit français*, thèse soutenue à l'Université de Paris II, le 27 nov. 2007 ; Adriana CELY, *Les fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés - Étude franco-colombienne*, thèse soutenue à l'Université de Paris II, le 15 mars 2011, thèse publiée chez les Éditions universitaires européennes en oct. 2011 ; Anibal ZARATE, *L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative, Colombie, France, États-Unis*, thèse soutenue à l'Université de Paris II, le 1^{er} juin 2011 ; Bernardo CARVAJAL, *Le principe de dignité de la personne humaine en droit public colombien et français*, thèse soutenue à l'Université de Paris I, le 6 juin 2011.

²¹⁴ La comparaison du droit français avec le droit allemand est classique et elle a connu une période de splendeur avec les analyses de grandes publicistes dont Raymond CARRE de MALBERG et Paul LABAND dont son ouvrage *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, a été traduit au français par C. GANDILHON, V. Giard & E. Brière, Paris, 1900. Les travaux de Michel FROMONT sont aussi classiques : Michel FROMONT, « Les modes alternatifs de règlement des litiges : l'exemple allemand », *A.J.D.A.* 1997, p. 59 et la thèse d'Eugénie PREVEDOUROU s'inscrit dans cette longue tradition : *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, L.G.D.J., Paris, 1996.

similitudes et les différences entre deux ou plus systèmes juridiques, tout en identifiant les fondements et les raisons d'être des divergences et des convergences²¹⁵. Cette approche présuppose l'identification d'un objet d'étude présent dans les systèmes à comparer, par exemple, il est possible de comparer l'acte administratif²¹⁶ ou le service public²¹⁷ en France et en Colombie et les résultats de la comparaison seraient certainement intéressants. Cependant, face à l'administration contentieuse, la méthode de la superposition n'est pas envisageable car, même si l'objet existe dans les deux systèmes juridiques, il n'est défini ni en France ni en Colombie. Par conséquent, la comparaison exigerait d'abord la délimitation, donc, la définition de l'objet à comparer. Une telle démarche consistant à définir d'une part, puis à comparer, d'autre part, mettrait artificiellement à l'écart de la première partie de l'étude, les différences entre le droit français et le droit colombien.

En revanche, la méthode choisie intègre la comparaison à la définition de l'activité contentieuse de l'administration. En effet, la définition prend en considération les éléments propres des deux systèmes juridiques, tout en mettant constamment en évidence les similitudes et les différences. De ce point de vue, la thèse ne consiste pas en une simple comparaison ; mais tend à mettre en lumière la définition à l'aide de la comparaison. Le droit comparé permet ainsi de déceler une fonction administrative qui n'est étudiée ni en droit français ni en droit colombien²¹⁸. Il s'agit donc d'une définition d'approche comparative²¹⁹.

Le droit comparé met au service de la définition de l'activité contentieuse de l'administration toute sa valeur instrumentale car il permet d'adopter de positions critiques à l'égard de données propres à un système juridique, grâce à l'hauteur de vue du regard extérieur. Le droit comparé rend possible l'élaboration de conclusions qui auraient eu un contenu différent si l'étude ne prenait en considération qu'un système juridique dont ses

²¹⁵ « Le comparatiste ne doit pas se borner à prendre acte des différences qui existent ; il doit se demander pourquoi il existe entre les différences ou des convergences, et des tendances à affaiblir ou renforcer de telles différences ou convergences », Mauro CAPPELLETTI, « Quis custodes custodiet? Qui nous protégera contre ceux qui nous protègent? Essai de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires », in *Le pouvoir des juges*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Marseille, Paris, 1990, p. 117.

²¹⁶ Dans la matière, il existe des études classiques en droit français et en droit colombien : Pierre DELVOLVE, *L'Acte administratif*, Sirey, Paris, 1983 ; Jaime SANTOFIMIO, *Acto administrativo : procedimiento, eficacia y validez*, Universidad nacional autónoma de México, UNAM, Mexique, 1988. La partie essentielle de cette étude a été reprise par : Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003.

²¹⁷ En droit français, le service public a été l'objet de très nombreuses études dont l'ouvrage de Jacques CHEVALLIER réalise une bonne synthèse : Jacques CHEVALLIER, *Le service public*, 8^e éd., P.U.F., Paris, 2010. En droit colombien, le sujet est étudié par Alberto MONTAÑA-PLATA, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2a. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005.

²¹⁸ « (...) il est assez facile de saisir quel peut être, dans n'importe quel processus cognitif, le rôle de la comparaison, car c'est en réalité la façon la plus simple de découvrir et d'expliquer un point nouveau, mal connu ou mal compris », Étienne PICARD, « L'état du droit comparé en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51, n°4, Octobre-décembre 1999, p. 892.

²¹⁹ « (...) le renouvellement des problématiques en droit, la rénovation des concepts ou des catégories, leur adaptation à la réalité sociale, économique, politique, humaine, l'approfondissement et l'enrichissement de la réflexion sur le droit, comme l'amélioration de ses règles et des pratiques juridiques nationales, doivent désormais passer par une généralisation et une accentuation de l'approche comparative du droit », *ibidem*, p. 887.

principes, ses fictions²²⁰ et son histoire donnent à la réalité, l'apparence de complétude et de perfection²²¹. Or, la définition par la comparaison demande l'établissement au préalable de la portée donnée à certains termes employés dans l'étude.

§2. Les termes employés dans l'étude

Afin de permettre le suivi de la démonstration, sans laisser interférer certaines hésitations propres aux termes permettant plusieurs interprétations, il est question de préciser un vocabulaire minimale employé. Cette exigence est encore plus importante concernant les termes issus de la langue espagnole et dont la traduction en langue française nécessite un effort particulier d'explication.

L'étude relative à l'administration contentieuse ou à l'activité contentieuse de l'administration concerne trois termes : l'administration, l'activité et le contentieux. Même si la définition de ces termes constitue l'objet même de la thèse, il est néanmoins nécessaire, d'une façon préliminaire, de donner des définitions aux termes concernés.

Administration. L'administration est un terme qui n'est pas exclusif au droit et qui ne trouve pas, dans ce domaine, une définition unique²²². L'administration peut faire référence à un ensemble d'organismes²²³ ou à une fonction²²⁴. D'un point de vue organique, l'administration est composée de personnes juridiques, ainsi que des autorités et des organes²²⁵. L'identification de l'administration organique n'est pas sans problèmes lorsqu'il s'agit d'institutions autres que les classiques, notamment l'État ou les collectivités territoriales. En France, l'appartenance des autorités indépendantes à l'administration a été l'objet de longues discussions²²⁶, notamment lorsqu'elles exercent la fonction

²²⁰ Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Bibliothèque de Droit public, t. 210, L.G.D.J., Paris, 2000.

²²¹ « Mais l'utilité du droit comparé que l'on découvre dans un second temps, sans la rechercher initialement, est de conduire aussi à s'éloigner de chez soi, de son monde juridique; mais, pour mieux le connaître et le comprendre : porter sur son droit ce « regard éloigné » permet de vaincre cette accoutumance au donné qui le faisait tenir pour évident, normal, naturel, alors qu'il n'est, lui aussi; mais, vu d'un autre point de vue, rien moins qu'étonnant, conventionnel, artificiel peut-être — mais toujours explicable — et que l'on ne s'en était pas rendu compte », *ibidem*, p. 898-899.

²²² « (...) dans le langage juridique du droit public, le mot « administration » ne signifie à la lettre rien de précis (...) le terme est trop imprécis pour ne pas apporter de confusion, et l'emploi de ce mot est même plutôt à déconseiller », Marcel Waline, *Droit administratif*, 9^e éd., Sirey, Paris, 1963, p. 1.

²²³ Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, 16^e éd., L.G.D.J., Paris, 2001, p. 13.

²²⁴ « Il désigne donc à la fois une fonction au service d'une mission et l'organisation qui la prend en charge », Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Montchrestien, Paris, 2010, p. 1.

²²⁵ « (...) l'ensemble des institutions publiques chargées de faire fonctionner des services d'intérêt public », Bertrand SEILLER, *Droit administratif*, t. 1, 3^e éd., Flammarion, Paris, 2010, p. 13.

²²⁶ Par exemple, le Médiateur de la République : Jean-Paul COSTA, « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *A.J.D.A.* 1987, p. 341 ; Yves GAUDEMET, « Toujours à propos du Médiateur », *A.J.D.A.* 1987, p. 520. Concernant le Conseil de la concurrence, il était affirmé : il s'agit d'autorités « indépendantes certes; mais, pas administratives puisqu'elles sont soustraites à toute intervention de l'exécutif alors qu'une autorité « administrative » en dépend nécessairement », Roland DRAGO, « Le Conseil de la concurrence » *J.P.C.* 1987, I, 3300, n°7 ; Raymond MARTIN, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *J.C.P.* I, 1990, 3469.

contentieuse²²⁷. La jurisprudence a dû trancher à plusieurs reprises²²⁸. De même, en Colombie, le juge constitutionnel a déclaré la nature administrative des organes constitutionnels de contrôle²²⁹, mettant fin à une incertitude créée par la Constitution elle-même²³⁰. Le critère résiduel consistant à identifier l'administration publique par l'exclusion du législateur et de la juridiction se montre décisif pour définir l'administration d'un point de vue organique : des organismes publics n'étant pas expressément reconnus en tant que législateur ou juridiction sont administratifs. Même la juridiction administrative française, placée au sein de l'administration, ne fait partie de l'administration ni organiquement ni fonctionnellement ; la nuance s'impose.

L'administration est aussi une fonction ; mais, elle n'est pas exclusive à l'administration organique. Le contenu de l'administration comme fonction est très difficile à établir dans la mesure où le critère d'exclusion de la fonction législative et de la fonction juridictionnelle²³¹ peut conduire à des résultats inexacts, lorsque le contenu des autres fonctions n'est pas correctement cerné, notamment lorsque la résolution des litiges est considérée, à tort, comme l'objet de la fonction juridictionnelle²³². Il est possible néanmoins d'affirmer que la définition de l'administration comme fonction, touche à la satisfaction directe de l'intérêt général. Puisque l'objet de cette étude concerne le contenu même de la fonction administrative, il n'est possible, pour l'instant, de définir l'administration seulement comme des fonctions publiques n'étant ni législatives ni juridictionnelles²³³, visant à la satisfaction de l'intérêt général. Ces deux conditions devront être remplies par la résolution administrative des litiges pour être considérée comme une fonction administrative.

²²⁷ Le professeur Guy ISAAC qui dénonce le monopole juridictionnel de la procédure ; mais, non le monopole sur le contentieux, considère la résolution des litiges comme une fonction juridictionnelle 'par nature'. Ainsi, face aux Agences des États-Unis d'Amérique « *on peut se demander s'il doit être considéré comme ressortissant véritablement à l'administration et si on est fondé à en faire état comme d'une réglementation de la Procédure Administrative Non Contentieuse. Il s'agit d'organismes qui seraient généralement dans notre droit réputés juridictionnels par nature, qui, du reste, en Grande-Bretagne, prennent le nom d'Administrative Tribunals* », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1968, p. 131.

²²⁸ Sur la nature administrative du Médiateur de la République : C.E.f. 10 juin 1981, *Retail*, A.J.D.A. 1981, p. 486 ; D. 1981, p. 622 note GAUDEMET ; sur la nature administrative du Conseil de la concurrence : C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8.

²²⁹ Le Procureur général de la nation exerce des fonctions administratives consistant à la sanction disciplinaire prioritaire : « (...) *il est vrai que la Procuraduría General de la Nación est un organe de contrôle, indépendant et autonome; mais, il s'agit d'un organe à caractère administratif* », C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA ; C.c.c. Sentence C-1121-05, 1 nov. 2005, M.R. Humberto SIERRA.

²³⁰ La Constitution colombienne a établi un système de trois branches du pouvoir : législative, exécutive et juridictionnelle et, en dehors de ces branches, elle a créé des organes autonomes de contrôle dont relève la « *Procuraduría general de la nación* », prévue à l'art. 275 de la Const.c. et chargée notamment de la fonction disciplinaire à l'égard des « *serviteurs publics* ». L'identification de la fonction administrative avec la branche exécutive du pouvoir avait fait penser que les organes autonomes n'exerçaient pas la fonction administrative. Néanmoins, l'assimilation des organes de la branche exécutive avec la fonction administrative s'est avérée équivoquée. D'ailleurs, les particuliers peuvent exercer des fonctions administratives.

²³¹ Didier TRUCHET, *Droit administratif*, 4^e éd., P.U.F. Paris, 2011, p.52.

²³² « *Les juges, qu'ils soient judiciaires ou administratifs, interviennent pour trancher des litiges pouvant impliquer l'administration (...) le pouvoir de juger, c'est-à-dire d'appliquer la règle de droit à des litiges et d'en énoncer les conséquences, se distingue de la mission d'administrer, qui, si elle aussi est soumise au droit, y est soumise comme à un cadre et non comme à un but* », Bertrand SEILLER, *Droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 14.

²³³ « (...) *nonobstant l'apparente simplicité de ce critère, celui-ci a le mérite de mettre en évidence la complexité du phénomène administratif et la difficulté qui existe pour identifier les activités qui en font partie (...)* », Alberto MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2010, p. 92.

Dans cette étude, lorsqu'il est fait référence à l'activité contentieuse de l'administration, celle-ci aura un sens organique. Cette expression ne signifie pas, en soi, que la résolution des litiges soit une fonction administrative, d'un point de vue fonctionnel. En revanche, dans l'expression administration contentieuse, le terme administration signifie, à la fois, que l'administration exerce une fonction contentieuse et qu'elle est de nature administrative. L'administration contentieuse est alors la fonction administrative de résolution des litiges exercée, en principe, par les autorités administratives²³⁴.

Activité. L'activité fait référence à une action ou à un ensemble d'actions visant une finalité. Les mots : activité et fonction sont considérées comme des synonymes²³⁵, même si « (...) *qui dit fonction, dit vue synthétique de l'objet d'une activité (...)* »²³⁶. L'activité contentieuse a pour objet la résolution des litiges et la fonction contentieuse consiste en la résolution des litiges²³⁷. La nuance est tellement subtile que dans cette étude, les termes d'activité ou de fonction sont utilisés indistinctement. L'autorité qui tranche un contentieux exerce la fonction contentieuse ou met en action l'activité contentieuse. Cela revient au même.

Contentieux. Le contentieux a pu être considéré sous deux approches : l'une juridique et l'autre sociologique. Juridiquement, le contentieux s'assimile à la contestation et au litige. La contestation est initialement définie comme l'opposition entre deux parties sur des prétentions contraires, concernant la violation d'un droit subjectif²³⁸. Ce concept étroit, primitif pour certains²³⁹, excluait du contentieux tant la répression pénale²⁴⁰ que l'annulation des actes administratifs. Ainsi, la doctrine publiciste a été conduite à abandonner l'idée de contestation en vue d'accepter la prétention unilatérale dans le contentieux et, de ce fait, la nature objective du contentieux engagé par le recours pour excès du pouvoir²⁴¹. Ultérieurement, le concept de contestation est revu pour y inclure la

²³⁴ Puisque la fonction contentieuse est un instrument pour la réalisation des missions administratives et celle-ci s'exerce par la voie de décisions administratives, donc, dépourvues des effets de chose jugée, rien ne fait obstacle à ce que des particuliers exerçant des fonctions administratives puissent exercer la fonction contentieuse.

²³⁵ Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 277.

²³⁶ Georges BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *R.D.P.* 1945, p. 202.

²³⁷ « (...) *quelles sont les fonctions que, par son activité, l'Administration remplit à l'égard de la collectivité ?* », Charles EISENMANN, *Cours de Droit administratif*, t. II, *op. cit.*, p. 17.

²³⁸ « (...) *pour qu'il y ait contentieux, il faut qu'il y ait violation d'un droit écrit soit dans la loi, soit dans un contrat ; au contraire y a-t-il seulement lésion d'un intérêt, il n'y a pas contentieux, le particulier lésé pourra seulement user du recours gracieux (...)* », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1899, p. 191.

²³⁹ « *La phase primitive de la justice a donné naissance à l'idée de contestation réciproque (...)* », Charles CHAUMONT, « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1942, p. 101.

²⁴⁰ « (...) *l'analyse du contentieux pénal est ainsi devenue, le plus souvent d'ailleurs sous forme de simple allusion, l'un des arguments invoqués par nombre d'auteurs pour écarter l'existence d'une contestation comme caractéristique de l'acte juridictionnel* », Pierre HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification du contentieux », *Rec. De l'Ac. De Lég. De Toulouse*, 1949, p. 132.

²⁴¹ L'exigence d'un droit subjectif pour l'existence d'un contentieux a été abandonné par HAURIUO afin d'y inclure le recours pour excès de pouvoir : « *le contentieux de l'annulation répond à un besoin social fondamental, tel que celui de solutionner pacifiquement des conflits irritants, et que cette circonstance suffise à en faire un véritable contentieux* », Maurice HAURIUO, *Les éléments du contentieux*, Extr. Du *Rec. De lég. De Toulouse*, éd. Privat, 1905, p. 12. Cette idée a été à son tour été acceptée par DUGUIT qui, de surcroît,

prétention unilatérale ; mais, soumise à une certaine opposition²⁴². Le « doute » dans l'application du droit est aussi adopté pour justifier l'inexistence de deux parties dans le contentieux²⁴³.

La difficulté dans la définition juridique du contentieux tient principalement au fait que le contentieux est, avant tout, un phénomène social²⁴⁴. Maurice HAURIOU a amorcé la recherche d'une définition sociale du contentieux ; mais, les résultats n'ont pas été conformes à l'intention affichée : il définit socialement le contentieux comme une contestation soumise à un juge public²⁴⁵ et cette affirmation correspond à la notion traditionnelle de litige²⁴⁶. Le maître de Toulouse néglige à ce sujet, notamment, le contentieux tranché par le chef de la famille, de la tribu, du clan ou de la communauté et, par l'administration. D'un point de vue social, le contentieux n'est pas une fonction exclusivement réservée aux juges, il ne concerne pas toujours une règle de droit et il n'est pas non plus toujours décidé selon une règle de droit²⁴⁷. La solution institutionnalisée ne constitue qu'une des données sociales du contentieux²⁴⁸.

Lorsque le contentieux est saisi par le droit, il a pour fondement une question

abandonne la condition des prétentions opposées : Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1906, p. 449 et 453. « Il faut, dis-je, qu'on affirme qu'il y a une atteinte au droit ; mais je ne dis pas, qu'on le remarque bien, qu'il faut qu'il y ait un litige. Le mot litige implique qu'il y a deux prétentions contradictoires sur un point de droit », Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, 3^e éd. E. de Boccard, Paris, 1928, p. 423. JEZE néglige aussi la condition des deux parties pour le contentieux. Cf. Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.* 1909, p. 667-695.

²⁴² « On peut, en effet, considérer qu'il y a contestation dès lors que, sans formuler expressément une prétention opposée et sans figurer comme partie au procès, il y a de la part d'un tiers, opposition et résistance à la réalisation de la prétention émise. (...) alors il faut prendre cette idée dans le sens large d'opposition et de résistance, et non pas dans le sens étroit qu'elle possède dans le procès entre parties », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. Carré de MALBERG*, Sirey, Paris, 1933, p. 22.

²⁴³ « Il n'est pas indispensable que deux personnes se trouvent en présence, élevant des prétentions contradictoires (...) ». Le doute est un « phénomène psychologique », Charles CHAUMONT, « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *loc. cit.*, p. 98.

²⁴⁴ « Les phénomènes juridiques sont d'abord, assurément, des phénomènes collectifs, sociaux (...) », Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd. L.G.D.J., Paris, 2001, p. 415.

²⁴⁵ Maurice HAURIOU, *Les éléments du contentieux*, *op. cit.*, p. 13.

²⁴⁶ Litige serait une « opposition de prétentions juridiques soumises à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision », *ibidem*, p. 17. Le conflit est un concept plus large qui « s'entend d'une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements », *idem*.

²⁴⁷ Le professeur CHEVALLIER essaie de donner une définition sociologique du contentieux ; mais, il la transforme en une définition juridique : « (...) tournée vers la solution de contestations d'ordre juridique, la fonction contentieuse suppose l'application du droit existant », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 279. Encore, « La situation contentieuse naît d'une contestation sur le contenu, la portée ou l'application du droit » (p. 280). Finalement, « La situation contentieuse (...) c'est une contestation qui peut être tranchée par une solution de droit... » (p. 281). Il s'agit de la définition du litige juridique : Antoine BOLZE, *La notion de litige juridique*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 41-59.

²⁴⁸ « Le phénomène contentieux est fondamentalement un fait d'ordre psycho-social. C'est un différend d'opinion qui est relatif à une conduite, à une activité humaine déterminée apparaissant à autrui comme susceptible de lui faire grief et où est mise en question la régularité de cette activité ou des effets de celle-ci, en vue du redressement du grief causé ou allégué », Léon MOUREAU, « Notion et spécificité du contentieux administratif », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 187.

juridique et il est synonyme de litige²⁴⁹. Traditionnellement le litige est opposé à l'idée de différend²⁵⁰. De cette manière, l'administration ne trancherait pas des litiges ; mais, des différends, parce qu'elle n'est pas juge. Or, cette définition du litige répond à l'idée fautive de l'exclusivité juridictionnelle du contentieux. La différence entre le litige et le différend est factice. En démontrant que le contentieux n'est pas réservé aux juridictions, le litige peut se définir comme un différend ; « *un différend, non pas quelconque; mais, d'ordre juridique* »²⁵¹. Le différend peut consister en une opposition de prétentions ou en une contestation. En effet, lorsque l'administré conteste devant un juge ou devant l'administration la régularité d'un acte administratif, il engage un contentieux, alors même que deux prétentions opposées ne se sont pas présentées²⁵² : l'acte administratif n'est pas une prétention de l'administration²⁵³. Le contentieux est un litige ou un différend juridique et celui-ci peut consister en une opposition de prétentions ou en une contestation. Cette définition du contentieux, implique, dans cette thèse, l'utilisation de l'adjectif contentieux en dehors de la juridiction. Par exemple, les recours juridictionnels ne sauraient être qualifiés de contentieux et la procédure administrative n'est pas, dans tous les cas, non contentieuse.

La comparaison juridique du droit français avec le droit colombien exige que la traduction des termes juridiques issus de la langue espagnole exprime, pour le lecteur français, la portée exacte que les mots ont dans sa langue d'origine. Toutes les références en langue espagnole, en langue italienne ou anglaise ont été l'objet d'une traduction au français, réalisée par l'auteur, avec le souci d'exprimer le plus fidèlement possible le sens du texte dans sa langue d'origine, sans négliger la portée à la fois descriptive et créatrice des mots. Néanmoins, certains termes se sont montrés intraduisibles ou insubstituables dans la mesure où le remplacement par son équivalent proche en français, donnerait lieu à des confusions ou ferait perdre le poids explicatif du terme en espagnol. Cette situation se présente, notamment avec ces termes :

- l'alcalde est un élu local, le chef de l'administration municipale ; mais, le remplacement par le mot 'maire', ferait perdre la richesse de l'étymologie du mot alcalde

²⁴⁹ Le contentieux est défini comme « (...) *les discussions, disputes et démêlés, en un mot : les litiges* (...) », Bernard PACTEAU, *Traité du Contentieux administratif*, P.U.F., Paris, 2008, p. 15. Néanmoins, il est possible aussi trouver des affirmations relatives à la différence entre le litige et le contentieux : « "*litige*" s'emploie le plus souvent dans son sens générique, pour désigner un différend non encore porté devant le juge (...) tandis qu'on utilise, de préférence, le terme « contestation » dans un sens plus restreint, signifiant l'existence d'un contentieux lié devant le juge par la formalisation judiciaire de deux prétentions antagonistes », Monique BANDRAC, « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret du 25 septembre 1975 instituant un Nouveau Code de procédure civile », *J.C.P.*, 1976, I, 2799, n° 47. Pour cet auteur, le contentieux serait nécessairement juridictionnel ; mais, non le litige.

²⁵⁰ Le différend serait un « *désaccord juridique non encore porté, formalisé, devant une juridiction* », Antoine JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2001, p. 18.

²⁵¹ Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, 2^e éd. P.U.F., Paris, 1996, p. 41.

²⁵² Affirmer que dans la contestation de la régularité d'un acte administratif il n'y a pas d'opposition de prétentions, ne signifie pas qu'il n'ait pas deux parties.

²⁵³ Contrairement à l'avis du professeur colombien Libardo RODRIGUEZ : « (...) *si l'administré n'est pas d'accord avec les prétentions de l'administration, c'est à lui que revient le devoir de se porter devant le juge* », Libardo RODRIGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 16^e éd. Temis, Bogota, 2008, p. 337.

qui, issu de l'arabe *alqādi, qāḍī*, signifie juge²⁵⁴ et cela correspond aux fonctions contentieuses exercées par l'alcalde à l'époque monarchique.

- l'action en tutela est un mécanisme juridictionnel de protection des droits fondamentaux. L'utilisation du mot français tutelle aurait pu engendrer la confusion de ce mécanisme colombien avec la tutelle administrative comme mécanisme de contrôle exercé sur des organes qui ne sont pas soumis à la hiérarchie. Le mot espagnol tutela pourrait être remplacé par le mot protection ; mais, le lecteur colombien aurait de difficultés à l'identifier.

- la juridiction du contentieux administratif du droit colombien ne pouvait pas être traduite comme une juridiction administrative. La juridiction colombienne fait partie de la branche juridictionnelle du pouvoir ; elle n'est pas placée au sein de l'administration. Elle n'est pas une juridiction administrative dont l'adjectif n'exprime non seulement sa spécialité ; mais, aussi, ses origines et sa situation. En conséquence, l'expression administration non juridictionnelle utilisée dans cette thèse, se substituant l'expression trompeuse administration active, constitue une redondance pour le droit colombien ; mais, le pléonisme se justifie pour réaffirmer le caractère non juridictionnel de la fonction administrative contentieuse.

- la Procuraduría est un organe constitutionnellement autonome chargé de défendre l'intérêt général lors des procès juridictionnels, de la défense des droits fondamentaux et de la sanction disciplinaire des serviteurs publics²⁵⁵. L'utilisation du mot procureur aurait pu donner lieu à la confusion avec le procureur français, chargée de l'action publique en matière pénale. Le procureur colombien est le chef de la procuraduría.

- le silence administratif, en droit colombien n'équivaut pas à une décision implicite du droit français. L'administration n'est pas autorisée à décider par le silence. Le silence administratif est une irrégularité. Il constitue une faute disciplinaire. Certes, tant la décision implicite que le silence administratif permettent l'accès au juge ; mais, le silence n'est pas considéré comme une décision sur le fond de la question, prise de façon implicite.

- la voie gouvernementale consiste au système de recours administratifs du droit colombien. La substitution de l'expression voie gouvernementale par celle de recours administratifs était possible à un point tel que le nouveau Code de la procédure

²⁵⁴ « (Del ár. hisp. *alqādi*, y este del ár. *clás. qāḍī*, juez). (...) 6. m. « Juge ordinaire qui administrait la justice dans un village et présidait, au même temps, le conseil », *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 22^e éd. vox. "Alcalde", www.rae.es

²⁵⁵ L'expression 'serviteurs publics', prévue à l'art. 123 de la Const.c. ne correspond pas à la catégorie des fonctionnaires publics du droit français. Les serviteurs publics est une catégorie large comprenant des membres des assemblées d'élection populaire, notamment, le Congrès de la République, ainsi que des employés publics, dans un régime de carrière administrative et soumis à un régime statutaire, comme les fonctionnaires publics français, et des travailleurs officiels, engagés contractuellement, comme les agents contractuels français. Pour le droit disciplinaire, certains particuliers sont aussi soumis au pouvoir disciplinaire et, considérés, ainsi, des serviteurs publics.

administrative et du contentieux administratif, réalise une telle substitution²⁵⁶ ; cependant, la substitution dans cette thèse aurait méconnu l'histoire de la voie gouvernementale, conçue initialement non comme des recours ; mais, comme l'action administrative elle-même et qui est devenu, ensuite, une voie préalable au parcours de la voie juridictionnelle, construite par des recours.

En outre, même si certains termes sont identiques en droit français et en droit colombien, leur portée est, pourtant, nettement différente. Par exemple, affirmer que les recours administratifs sont des pétitions adressées à l'autorité administrative entraîne des conséquences différentes en droit français et en droit colombien. En France, il n'existe pas d'obligation de donner une réponse sur le fond à la pétition. De ce point de vue, les recours administratifs, considérés comme des pétitions, ne seraient qu'un appel à la bienveillance administrative visant à ce qu'elle déclenche ses pouvoirs d'autocontrôle. En revanche, en droit colombien, le droit constitutionnel prévu à l'article 23 de la Constitution de 1991 d'adresser des pétitions, entraîne l'obligation d'obtenir une réponse expresse et sur le fond dans le délai prévu par le Code du contentieux administratif ou le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif²⁵⁷.

L'adverbe juridictionnalisation et les verbes juridictionnaliser ou déjuridictionnaliser seront utilisés dans un sens cohérent avec la thèse : dans la mesure où la fonction juridictionnelle ne consiste pas en la résolution des litiges ; mais à la décision avec des effets de chose jugée, ainsi que les garanties processuelles ne sont pas exclusives de la juridiction, la juridictionnalisation²⁵⁸ signifie que : soit l'attribution d'une compétence à une juridiction (juridictionnalisation de la matière) soit la transformation d'une autorité administrative en juridiction (juridictionnalisation de l'organe). Dans le sens inverse, l'enlèvement d'une compétence d'une juridiction, tout comme la transformation d'une juridiction en autorité administrative, sont des déjuridictionnalisations. Entourer de garanties processuelles l'action administrative ne peut être qu'un phénomène de formalisation, de procéduralisation ou de processualisation.

Des précisions relatives à la jurisprudence colombienne sont également nécessaires. Les décisions juridictionnelles sont des sentences et cela ne correspond pas à la sentence arbitrale du droit français. Lorsque la juridiction est collégiale, les sentences sont adoptées par le vote à l'égard d'un projet de décision ou rapport élaboré par l'un des juges. Il s'agit d'un magistrat pour la Cour constitutionnel et la Cour suprême de justice et d'un conseiller d'État par le Conseil d'État²⁵⁹. Le nom du magistrat rapporteur est précisé aux seuls effets

²⁵⁶ Art. 74 du C.P.A.C.A.

²⁵⁷ Néanmoins, il faut préciser que les normes relatives à l'exercice du droit de pétition, prévues dans le C.P.A.C.A. ont été déclarées comme contraires à la Constitution, pour des raisons de procédure législative : C.c.c. Sentence C-818-11, 1^{er} nov. 2011, M.R. Jorge PRETEL.

²⁵⁸ « Il est tout simplement impossible de parler de « juridictionnalisation » parce que la notion de juridiction ne présente pas de nature avec celle d'administration », Laurent RICHER, « Préface » à la thèse de Michel DEGOSSE, *La juridiction administrative spécialisée*, Bibliothèque de droit public, t. 186, L.G.D.J., Paris, 1996, p. XI.

²⁵⁹ L'expression 'conseiller' ne signifie pas, pour autant, que les conseillers d'État ne soient pas aussi des magistrats.

d'aider à identifier la sentence dans les bases de données de jurisprudence. Cela ne signifie pas que le magistrat rapporteur soit l'auteur de la sentence car les décisions sont institutionnelles. Néanmoins, il est permis que les magistrats expriment des opinions individuelles à l'égard de l'affaire : soit une opinion dissidente exprimant son désaccord avec le sens de la décision soit une opinion concordante exprimant un accord avec le dispositif de la sentence ; mais, des divergences quant aux motifs. Les termes en français ont été empruntés au langage utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme.

§3. Problématique et annonce du plan

L'activité contentieuse de l'administration n'est définie ni par la doctrine française ni par la doctrine colombienne ni par la normativité des deux États ou par la jurisprudence. L'absence de définition normative peut être reconnue comme justifiée puisque la définition ne fait pas partie, en principe²⁶⁰, de la fonction des normes²⁶¹. La jurisprudence se dit, quant à elle, pragmatique et soucieuse davantage de décider l'affaire concrète que d'énoncer des théories²⁶². En revanche, en tant qu'activité habituelle des administrations des deux États, elle devrait être définie par la doctrine du droit administratif, ce qui n'est pas le cas. La doctrine étrangère, quant à elle, a essayé de définir cette fonction ; mais, les réponses données ne donnent pas satisfaction à l'ensemble de l'activité contentieuse de l'administration ou conduisent à la dénaturer²⁶³.

²⁶⁰ Par exemple le C.C.A. (Décret n° 01 du 2 janvier 1984), dérogé à partir du 2 juillet 2012 par le C.P.A.C.A. ne définit aucun des termes qu'il utilisait, notamment les pétitions, la voie administrative et les actions devant la juridiction du contentieux administratif. En revanche, on y trouve leurs effets, leurs délais, etc. Tel est aussi le cas du nouveau C.P.A.C.A. (loi 1437 de 2010) qui, par exemple, prévoit des principes de l'action administrative; mais, elle ne les définit pas : art. 3 et suiv. C.P.A.C.A. De même, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ne formule pas de définitions mais régule les droits des administrés, ainsi que les obligations de ce qu'elle entend comme autorités administratives, au sens de cette loi (art. 1), ce qui ne constitue pas une définition de l'autorité administrative.

²⁶¹ Pour PORTALIS, la loi « (...) permet ou elle défend ; elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense », Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éditions confluentes, Bordeaux, 1999, p. 26. En suivant l'exemple français, le Code civil colombien dispose à l'art. 4 du titre préliminaire : « Le caractère général de la loi c'est d'ordonner, de défendre, de permettre ou de punir ».

²⁶² « (...) la jurisprudence ne s'attache guère à la terminologie ; elle s'efforce de résoudre en chaque espèce le seul problème dont la solution ait des effets pratiques », Bernard CHENOT, « la notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », in *E.D.C.E.* 1950, p. 79.

²⁶³ Pour la doctrine italienne, il s'agit de la théorie de l'activité administrative décisive (Mario NIGRO, *La decisione amministrativa*, 2^e éd. Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953, p. 33; Feliciano BENVENUTI, "Autotutela", in *Enc. Dir.* IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 547; Mario NIGRO, "La decisione amministrativa", *Enc. Dir.* XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 812). De même, il s'agit de la théorie de l'activité administrative processuelle (Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 348). Pour la doctrine espagnole, il s'agit de la théorie de l'activité administrative arbitrale (José PARADA, "La actividad administrativa arbitral", in *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Madrid, Editorial Complutense, D.L., 1992, p. 1174 ; Javier GUILLÉN, "Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo", *Revista de Administración Pública*, n° 166, Janv.-avril 2005, p. 360). Pour le droit péruvien, il s'agit de la théorie de la procédure administrative trilatérale (Jorge DANÓS, « El proceso de elaboración y aprobación de la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General », in *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, Ley n° 27444, ARA Editores, Lima, 2001, p. 20-21; Richard MARTIN, « El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva ley del procedimiento administrativo general », in *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, 2^e partie, ARA editores, Lima, 2003, p. 470). D'une certaine façon, la doctrine des États-Unis d'Amérique essaie de cerner cette fonction des Agences indépendantes, par la voie de l'*adjudication fonction* (Paul R. VERKUIL, *Nineteenth Annual Administrative Law Issue : Symposium : The Independence of Independent Agencies : The Purposes and Limits of Independent Agencies*, Duke L.J., 1988, p. 264).

L'absence de définition exprime :

- soit que quand l'administration décide des recours administratifs, quand elle décide des accusations pouvant donner lieu à des sanctions administratives ou quand elle départage deux administrés avec des prétentions opposées, elle ne tranche pas des litiges, c'est-à-dire qu'elle n'exerce aucune fonction contentieuse ;
- soit que l'administration tranche effectivement des litiges ; mais, sa fonction n'est pas administrative. L'administration agissant comme un juge exercerait une fonction de nature juridictionnelle qui n'est pas exercée par des juges en raison d'un dérèglement dans la configuration idéale du pouvoir.

Les deux approches aboutissent au même résultat : l'absence de définition de l'activité contentieuse de l'administration. En acceptant que l'administration tranche des litiges et que cette fonction ne soit pas de nature juridictionnelle, une définition en droit administratif s'impose.

Définir ne consiste pas seulement à déterminer une notion car elle reste superficielle. Pour préciser ce qui pourrait être la notion de l'activité contentieuse de l'administration, il faudrait simplement la faire entrer dans des catégories existantes, ce qui, à partir des catégories acceptées par la doctrine, reste épistémologiquement impossible ou, pour le moins, limité : au sein de la doctrine elle n'est ni contentieux ni non contentieux. L'activité contentieuse de l'administration n'est pas seulement police, régulation ou service public. La notion c'est le procédé choisi par la doctrine qui considère que l'activité contentieuse de l'administration relève du non contentieux en tant qu'elle n'est pas juridictionnelle ou lorsqu'elle la qualifie de matériellement juridictionnelle²⁶⁴. Du même procédé de la notion relève l'inclusion de l'activité contentieuse de l'administration au règlement non juridictionnel des litiges. Cela apporte bien peu à la définition de cette activité.

La thèse de l'activité contentieuse de l'administration conserve l'opposition entre le contentieux et le non contentieux. Tout simplement, cette thèse traite des situations différentes dans chacune des catégories. En revanche, l'activité contentieuse de l'administration nie la thèse selon laquelle l'état rationnel absolu de l'évolution est constitué par la juridictionnalisation complète du contentieux, comme le résultat de l'abandon progressif des modèles considérées comme archaïques de résolution des litiges. Ceci est possible aussi à partir du dépassement de l'idée de l'archaïsme des modes non juridictionnels de résolution des litiges.

La définition ne se contente pas non plus de donner des exemples consistant à montrer ce qui relève de l'activité contentieuse de l'administration et ce qui n'en relève pas. L'exemplification fait aussi partie de la méthode de la notion.

²⁶⁴ Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle » in *Mélanges R. Carré de MALBERG*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 3- 29 ; Jean-Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *A.J.D.A.* 1995, *Numéro spécial du cinquantième*, p. 97.

La définition exige la conceptualisation. « *Le concept (...) est l'expression de la réalité véritable d'une institution à un stade de son évolution : au-delà des apparences superficielles de simples faits, il exprime le niveau atteint par l'institution, dans sa progression vers le rationnel absolu de l'Idée, à un moment donné* »²⁶⁵. Pour conceptualiser l'activité contentieuse de l'administration, il est nécessaire de s'intéresser à l'évolution des institutions lors du processus de construction des catégories²⁶⁶, notamment les catégories de juridiction, de contentieux et les catégories relatives aux fonctions administratives. L'étude de ce processus doit mettre en évidence les raisons ayant empêché la construction de la catégorie « *activité contentieuse de l'administration* », afin de surmonter ces obstacles théoriques ou pratiques, apparents ou réels.

La rationalisation de cette catégorie²⁶⁷ ne se construit pas à partir des idéaux-type, comme celui de la séparation des pouvoirs; mais, par l'application matérielle de garanties rationalisant le contentieux²⁶⁸, au sein d'une théorie générale de l'exercice multi-organique des fonctions du pouvoir : les différentes fonctions du pouvoir public ne sont pas attribuées exclusivement à une déterminée branche du pouvoir (exercice uni-organique de la fonction) ; mais, les fonctions sont distribuées entre les différents organes qui, cumulant différents fonctions, les utilisent comme des mécanismes pour la réalisation des missions que lui sont confiées (exercice multi-organique des fonctions). De cette façon, l'activité contentieuse de l'administration deviendra un concept nouveau.

La définition complète de l'activité contentieuse de l'administration demande tant la délimitation que l'identification. La délimitation est un exercice permettant l'élaboration du concept « *activité contentieuse de l'administration* ». Dans l'identification, il est nécessaire de préciser les situations relevant de ce concept, c'est-à-dire donner la notion. Cet ensemble constitue la définition de l'activité contentieuse de l'administration, étant entendu que définir signifie surtout comprendre, établir des limites et connaître la situation dans toute son extension. La délimitation de l'activité contentieuse de l'administration (**PREMIERE PARTIE**), permettra, ensuite, de réaliser un travail d'identification (**SECONDE PARTIE**).

PREMIERE PARTIE. LA DELIMITATION DE L'ACTIVITE CONTENTIEUSE DE L'ADMINISTRATION

SECONDE PARTIE. L'IDENTIFICATION DE L'ACTIVITE CONTENTIEUSE DE L'ADMINISTRATION

²⁶⁵ Francis-Paul BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », *loc. cit.*, p. 25.

²⁶⁶ Dans le sens hégélien, les catégories se construisent lors d'un processus de : thèse – affirmation – antithèse – contradiction – et synthèse. Cf. Francis-Paul BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », *loc. cit.*, p. 26.

²⁶⁷ L'activité contentieuse de l'administration n'est pas un concept postmoderne, bien qu'elle soit mise en évidence dans un tel contexte. Par conséquent, la construction du concept d'activité contentieuse de l'administration doit se faire à partir de la rationalisation de l'idée et non seulement à partir de son efficacité.

²⁶⁸ « *Les institutions juridiques viables et durables ne sont donc le fruit ni du hasard, ni des contingences, ni du pragmatisme, ni de l'habilité; mais, seulement de la rationalité* », Francis-Paul BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique », *loc. cit.*, p. 38.

PREMIÈRE PARTIE. LA DÉLIMITATION DE L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE DE L'ADMINISTRATION

L'activité contentieuse de l'administration fait appel à deux termes à l'opposé, au premier abord, l'un de l'autre : le contentieux et l'administration. Ce n'est pas que l'administration ne puisse pas être mêlée à des litiges ; mais, la résolution de ces contentieux est considérée comme une fonction étrangère à l'administration et, surtout, ultérieure à l'activité administrative. Or, quand le contentieux n'est pas laissé en suspens en attendant une réponse juridictionnelle et que l'autorité administrative est portée à le décider, la séparation supposée entre l'activité administrative et le contentieux devient floue. Deux concepts sont alors appelés pour identifier cette situation où l'administration tranche des litiges : le contentieux administratif et le contentieux de l'administration.

Deux éléments définissent le contentieux administratif. Organiquement, le contentieux administratif concerne les litiges où l'une des parties est une autorité administrative¹. Matériellement, il représente l'ensemble des litiges provoqués² par l'activité administrative³. La règle de la décision préalable conduirait, par ailleurs, à définir le contentieux administratif comme un contentieux des actes de l'administration⁴. Or, l'identification du contentieux administratif avec la juridiction exclut l'activité contentieuse de l'administration du domaine du contentieux administratif.

Le contentieux de l'administration est un concept plus large que celui du contentieux administratif. Il s'agit d'un terme épisodiquement utilisé au XIXe siècle⁵ renvoyant aux mêmes situations que les expressions « *matières administratives contentieuses* » et « *contentieux* »

¹ Cette conception ferait entrer le contentieux porté devant les juridictions judiciaires dans le contentieux administratif, en excluant par là l'idée du contentieux judiciaire de l'administration : Cf. Serge PETIT, *Le contentieux judiciaire de l'administration*, Berger-Levrault, Paris, 1993.

² « (...) le contentieux administratif apparaît alors comme constitué par les discussions, disputes et démêlés, en un mot : les litiges, suscités par l'activité, matérielle ou juridique, des personnes et institutions administratives », Bernard PACTEAU, *Traité du Contentieux administratif*, P.U.F., Paris, 2008, p. 15.

³ « Le contentieux administratif se compose, fondamentalement, de situations contentieuses, de contestation que fait naître l'activité des administrations publiques (...) Nous préférons cette définition à celle qui le présente comme l'ensemble des litiges et contestations « où l'administration publique est partie » (...) Car une contestation dans laquelle la régularité de l'activité d'une personne privée est seule en question n'est pas, en elle-même, une contestation d'ordre administratif », Léon MOUREAU, « Notion et spécificité du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 180.

⁴ « Contentieux administratif, c'est-à-dire des contestations juridiques auxquelles peuvent donner lieu les actes et les décisions de l'administration, et des règles de droit qui président à leur solution (...) », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, Berger-Levrault, Paris, 1887, réimpression L.G.D.J., Paris, 1989, p. V.

⁵ Le terme contentieux de l'administration était utilisé par l'Ordonnance du 29 juin 1814 et par celle du 23 août 1815. Cf. Édouard LAFERRIERE, *traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p. 3. L'expression était aussi utilisée par Auguste VIVIEN, *Études administratives*, 3^e éd. t. I, Guillaumin, Paris, 1859, réimpression Cujas, Paris, 1974, p. 143.

administratif ». L'évolution du droit administratif a finalement tranché en faveur de l'adoption du terme contentieux administratif dont la portée est devenue très limitée. Le professeur GOHIN reprend l'expression du contentieux de l'administration⁶ et il l'établit comme le genre dont le contentieux administratif n'est que l'espèce⁷. C'est à partir de cette classification qu'il faut préciser la place qu'occupe l'activité contentieuse de l'administration, dans le contentieux de l'administration.

Même si l'objet de cette étude consiste en la fonction administrative, non juridictionnelle de résolution des litiges, il est ici question de s'intéresser d'abord à la juridiction, considérée, à tort, comme le seul organe chargé de la fonction contentieuse. Si on abordait directement l'étude de la relation entre le contentieux et l'administration, cette relation serait déformée par les idées issues d'une fausse relation entre la juridiction et le contentieux. En conséquence, pour déterminer la place que l'activité contentieuse de l'administration occupe au sein du contentieux de l'administration, on ne peut avancer que pas à pas et établir deux relations : celle existant entre l'activité contentieuse et la juridiction (**TITRE I**) et celle existant entre l'activité contentieuse et l'administration (**TITRE II**).

⁶ Grégoire BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, L.G.D.J., Paris, 1999.

⁷ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd. Litec, Paris, 2009, p. 1-2.

TITRE I. ACTIVITE CONTENTIEUSE ET JURIDICTION

La place du contentieux dans la distribution organique des fonctions soulève des questions : s'agit-il d'une matière limitée aux contours des autorités ayant pour fonction principale la résolution des litiges et portant la dénomination et le statut de juridiction ? Ou, en réalité, le contentieux, dans le contexte de l'unité du pouvoir, est-il un phénomène transversal pouvant être assigné majoritairement aux organes spécialisés, organiquement créés pour trancher des litiges, mais aussi confié aux organes dépourvus de la nature juridictionnelle, notamment à des organes administratifs ?

Le plus souvent, les termes contentieux et juridiction sont considérés, de nos jours, comme des équivalents. C'est le résultat d'une évolution tendant à la juridictionnalisation complète du contentieux. Or, afin de préciser la véritable portée de la relation contentieux-juridiction, le phénomène contentieux et l'institution juridictionnelle seront examinés historiquement et théoriquement en France et en Colombie. Cette analyse permettra d'identifier le moment où, pour légitimer le processus de juridictionnalisation progressive du contentieux, les fonctions contentieuses de l'administration ont été occultées. Le contentieux est un objet apparemment exclusif des juridictions (**Chapitre 1**), alors qu'en réalité, le contentieux n'est pas un objet exclusivement juridictionnel (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Le contentieux, un objet apparemment exclusif des juridictions

Encadrés par différentes configurations du pouvoir, déterminées par des phénomènes historiques distincts, le droit français comme le droit colombien est arrivé à la même conclusion au sujet de la fonction contentieuse : la résolution des litiges est une fonction souveraine de l'État¹ qui, dans la logique de la séparation des pouvoirs, doit être exercée par des juridictions. La juridiction serait la forme moderne² de résolution des litiges, contrairement aux procédures considérées comme archaïques. Juridiquement, l'exclusivité juridictionnelle du contentieux se concrétiserait sur le « *principe de réserve judiciaire* »³, considéré comme source de l'État de droit : « *L'indépendance des tribunaux est liée à l'apparition et au développement de l'État de droit (...) Dans un sens positif, la fonction juridictionnelle est attribuée exclusivement aux juges ; dans un sens négatif, on interdit l'exercice de la fonction juridictionnelle aux autres organes et pouvoirs non juridictionnels (...)* »⁴. Cependant, la juridictionnalisation absolue du contentieux n'est une situation réelle ni en France ni en Colombie. N'étant qu'un certain *idéal type* ou une aspiration, il n'existe qu'une vision juridictionnelle du contentieux, et non un véritable monopole des juridictions sur la résolution des litiges.

Afin de comprendre les raisons pour lesquelles le contentieux est un objet apparemment propre aux juridictions, en France et en Colombie, il faut étudier la construction de la vision juridictionnelle du contentieux en France (**Section I**), pour la confronter ainsi à la vision juridictionnelle du contentieux en Colombie (**Section II**).

Section I. La vision juridictionnelle du contentieux en France

L'équivalence entre le contentieux et la juridiction serait aujourd'hui acquise. Elle est adoptée par la normativité⁵, tandis que la doctrine ne se soucie que très rarement du bien-fondé de la synonymie. Cette situation n'est pas le résultat d'une théorisation préalable des

¹ C.E.f. Sect., 27 fév. 2004, *Mme. Popin*, Rec. P. 86, A.J.D.A. 2004, p. 653, chron. DONNAT et CASAS ; G.A.J.A. 18^e éd., n° 111.

² Le monopole juridictionnel du contentieux serait le degré maximal de « rationalisation » propre à l'évolution de l'État, comme expression caractéristique de la modernité. Cf. Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Série politique, n° 35, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 16-17.

³ Luis-María Díez-PICAZO, *Régimen constitucional del poder judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 44, note 32.

⁴ Alexei JULIO, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución de 1991*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003, p. 151-152.

⁵ Notamment, l'art. 1^{er} du décret du 22 juillet 1806 disposait que « *le recours des parties au Conseil d'État en matière contentieuse sera formé par requête* » ; l'arrêté interministériel du 11 septembre 2003 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats dispose dans son annexe le contenu des matières de l'examen dont la « *Procédure administrative contentieuse* » qui dans son contenu ne fait aucune référence au contentieux non juridictionnel. L'adjectif contentieux est utilisé dans le sens juridictionnel par l'art. 23 de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

vertus du règlement juridictionnel des litiges ainsi que des bienfaits de l'exclusivité des juridictions sur le contentieux. En réalité, la synonymie constitue le dernier stade d'une évolution commandée par le rejet des mécanismes non juridictionnels de résolution des litiges. La théorisation de la vision juridictionnelle du contentieux n'est qu'un travail réalisé *a posteriori*, cherchant à rationaliser l'Histoire. En d'autres termes, le fondement théorique de la vision juridictionnelle du contentieux (**Sous-section 1**) n'explique pas les raisons d'existence de la vision juridictionnelle du contentieux (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Le fondement théorique de la vision juridictionnelle du contentieux

L'attribution exclusive du contentieux aux juridictions est justifiée, théoriquement, par deux arguments : d'une part, une certaine interprétation de la séparation des pouvoirs d'après laquelle chaque pouvoir est responsable exclusif d'une des fonctions⁶, dans une logique de division stricte des tâches et, d'autre part, l'existence d'une réelle distinction de fond entre les différentes fonctions de l'État, rendant possible leur assignation devant des organes différents. Les deux arguments ne sont pas toujours complémentaires puisqu'il existe des auteurs qui nient la différence matérielle des fonctions, tout en acceptant cette conception de la séparation des pouvoirs. La conception exclusiviste de la séparation des pouvoirs (**§1**) ainsi que l'idée de la matérialité des fonctions, à la base de la séparation des pouvoirs (**§2**) fondent théoriquement la vision juridictionnelle du contentieux.

§1. La conception exclusiviste de la séparation des pouvoirs

D'après l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la séparation des pouvoirs est une des conditions de l'existence d'une Constitution. Il s'agit d'un des principes universels et « immortels », l'un des « axiomes du droit politique »⁷, partie essentielle du « credo »⁸ libéral. Néanmoins, la séparation des pouvoirs n'est pas définie. Elle permet différentes interprétations. L'interprétation qui exige l'assignation complète et exclusive d'une fonction à un pouvoir est la plus répandue. Des éléments pour déterminer le bien-fondé de cette conception se trouvent dans l'étude des origines de la théorie (**A**), ainsi que dans l'analyse de l'interprétation classique (**B**) de la séparation des pouvoirs.

A. Les origines de la théorie

La distinction des pouvoirs est un sujet qui intéresse différents auteurs, depuis l'Antiquité.

⁶ Il s'agit du « (...) modèle libéral qui considère les trois fonctions comme attribuées en quasi-monopole à trois pouvoirs distincts », Giovanni BOGNETI, *La divisione dei poteri*, 2^e éd., Giuffrè, Milan, 2001, p. 66.

⁷ Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie Politique*, L. Larose, Paris, 1893, p. 2.

⁸ Adhémar ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, t. I, 8^e éd. Sirey, Paris, 1927, p. 500.

Cela ne signifie pas, pour autant, que la différenciation des pouvoirs puisse entraîner nécessairement leur séparation. ARISTOTE distinguait ainsi l'assemblée générale délibérant sur les affaires publiques, le corps des magistrats (fonctionnaires), touchant le pouvoir de commandement et de contrainte, et le corps judiciaire⁹. Pour ARISTOTE, ce qui est important dans la différenciation, c'est d'établir un régime conforme aux caractéristiques de chacun des trois pouvoirs¹⁰ ; toutefois, son but ne consiste pas à établir une assignation de fonctions fondée sur trois objets différents. Les idées d'ARISTOTE ne semblent pas vraiment influencer sur la conception séparatiste du pouvoir¹¹ car, en réalité, si ARISTOTE distingue les trois pouvoirs, il maintient leur confusion¹².

Concernant l'anglais LOCKE, il distinguait entre le pouvoir législatif – transitoire –, l'exécutif - permanent - et le fédératif, fruit de la conversion du « *pouvoir naturel* » dans la société qui consiste en la faculté de faire la guerre ou la paix et de passer des accords avec d'autres États. Pour lui, le législatif et l'exécutif sont fréquemment séparés¹³, tandis que l'exécutif et le fédératif sont normalement réunis même s'ils « *sont certes réellement distincts en eux-mêmes* »¹⁴. La séparation entre le législatif et l'exécutif ne constitue qu'un constat, car il n'affirme pas la nécessité de sa séparation. La théorie de LOCKE, davantage qu'une séparation des pouvoirs, vise à une subordination des différents pouvoirs au législatif, à son tour dépendant de la « *communauté* », qui dispose, perpétuellement, du « *pouvoir suprême* »¹⁵. LOCKE n'étudie pas d'autres pouvoirs, qu'il considère comme dérivés et subordonnés, car il envisage cette étude comme une tâche inutile.

La théorie la plus réputée, néanmoins, de la différenciation des pouvoirs, est attribuée à MONTESQUIEU qui, en réalité, n'emploie jamais l'expression séparation des pouvoirs alors qu'il essaie, en réalité, de décrire un « *gouvernement tempéré* »¹⁶. Les idées de MONTESQUIEU, présentes dans le livre XI, chapitre VI de *L'esprit des lois*, portant sur la Constitution de l'Angleterre, décrivent l'existence de trois puissances : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif des choses relatives au droit de gens et le pouvoir exécutif des choses qui dépendent du droit

⁹ ARISTOTE, *Politique*, t. II, Livre IV, Traduction de Jean AUBONNET, Les Belles Lettres, Paris, 1971, p. 177.

¹⁰ « *Quand tous ces pouvoirs sont bien établis, le régime est nécessairement bien établi et les constitutions différent entre elles d'après les différences de chacun d'eux* », ARISTOTE, *Politique*, T. II, Livre IV, *op. cit.* p. 177.

¹¹ « *Théoriquement, en effet, on peut faire remonter l'idée de séparation des pouvoirs aux classiques grecs et romains (...). Toutefois ce type de généalogie peut paraître aujourd'hui comme quelque peu abusif car il ne s'agit pas de la transmission continue d'un modèle doctrinal, faute d'une continuité historique suffisamment probante en matière institutionnelle* » Jean-Louis SEURIN, « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 651.

¹² « *Il est donc inexact de soutenir, comme l'a fait M. Barthélemy Saint-Hilaire (Préface de la Politique d'Aristote, p. LXXXV, s., CII, CV et p. 32-342, note 1), que Montesquieu a emprunté à Aristote le principe de la séparation des pouvoirs* », Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Larose, Paris, 1881, p. 17, note 4.

¹³ « *Le pouvoir législatif est celui qui possède le droit de déterminer la manière dont la force de la république sera employée pour la préservation de la communauté et de ceux qui en font partie (...). ce serait tenter la fragilité humaine, qui est prompte à l'ambition, que de confier le pouvoir de faire exécuter les lois à ceux-là mêmes qui détiennent le pouvoir de les faire ; car ils pourraient par là s'exempter de l'obéissance aux lois qu'ils font eux-mêmes (...). elles ont besoin qu'on les exécute et qu'on les assiste de façon perpétuelle ; par conséquent, il est nécessaire qu'il y ait un pouvoir qui soit toujours en exercice, et qui veille à l'exécution des lois qui ont été faites et qui demeurent en vigueur. Ainsi, le législatif et l'exécutif en viennent fréquemment à être séparés* » John LOCKE, *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. Jean-Fabien SPITZ, P.U.F., Paris, 1994, p. 105. 302 p.

¹⁴ *Ibidem*, p. 107.

¹⁵ *Ibidem*, p. 108.

¹⁶ *De l'Esprit des Lois*, Liv XI, chap. IV et VIII.

civil. Ce dernier pouvoir de l'État est aussi appelé judiciaire par MONTESQUIEU. Or, MONTESQUIEU ne se prononce pas en faveur d'une séparation des trois pouvoirs, mais de deux : il faut que les pouvoirs législatif et exécutif soient séparés.

À partir d'une lecture isolée de la sentence que prononce MONTESQUIEU : « *tout serait perdu si le même homme ou le même corps exerçait ces trois pouvoirs* », la doctrine a formulé une théorie d'une séparation des pouvoirs, et non d'une simple différenciation des pouvoirs, constituant par là l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs. Or, même si ce ne sont pas les idées de MONTESQUIEU qui ont inspiré l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁷, c'est normalement à lui qu'il est fait référence pour comprendre l'étendue de l'idée. MIRABEAU qualifiait MONTESQUIEU d'aristocrate, tandis que LANJUINAIS disait à la Constituante : « *Loin d'ici le sentiment de l'inconséquent de Lolme et de ce Montesquieu qui n'a pas su se soustraire aux préjugés de sa robe* »¹⁸. LANJUINAIS faisait référence à Jean-Louis de LOLME qui avait écrit un livre sur la *Constitution de l'Angleterre*, paru à Amsterdam en 1771 et où il expliquait comment, en Angleterre, à la place d'une séparation des pouvoirs, le « *pouvoir exécutif* » et la « *puissance législative* » se trouvaient imbriqués et limités par une dépendance mutuelle qui garantissait la liberté¹⁹. Cette référence montre comment le chapitre « *De la Constitution de l'Angleterre* » de MONTESQUIEU ne peut pas fonder l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs.

B. L'interprétation classique

Le principe constitutionnel²⁰ de la séparation des pouvoirs est objet d'interprétations très dissemblables, se tournant majoritairement vers l'idée d'une séparation des pouvoirs, entendue comme une spécialisation absolue des fonctions, une exclusivité organique dans son exercice et un isolement des pouvoirs²¹. Il s'agit de la version classique²² de la « *séparation* » des pouvoirs ou celle de l'« *interprétation séparatiste* »²³, connue au XVIIIe siècle comme une « *séparation absolue ou rigoureuse des pouvoirs* »²⁴.

¹⁷ « *N'ayant pas fait une œuvre abstraite, pleine de théories aventureuses, Montesquieu n'eut à peu près aucune influence en 1789* », Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 105.

¹⁸ LANJUINAIS, « Discours contre le projet d'une seconde chambre », août 1789, cité par Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 106.

¹⁹ Jean Louis DE LOLME, *Constitution de l'Angleterre*, E. Van Harrevelt, Amsterdam, 1771, rééd. Paris, Dalloz, 2008, p. 100-101. Il montrait, de même, que le roi n'était pas dépositaire de la puissance législative, car en étant le dépositaire de la force publique, il avait « *le plus grand intérêt de s'en affranchir* », op. cit., p. 85.

²⁰ Rappelée par le préambule de la Constitution de 1946 qui, à la fois est repris par le préambule de la Constitution de 1958, la Déclaration de 1789 n'a niveau constitutionnel qu'après la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, *liberté d'association*, qui intègre ces normes dans le « bloc de constitutionnalité ».

²¹ « *Nous aurons bientôt occasion d'examiner cette théorie des trois pouvoirs ; laquelle exactement examinée montrera peut-être la facilité de l'esprit humain à prendre des mots pour des choses, des formules pour des arguments, et à ce routinier vers un certain ordre d'idées, sans revenir jamais à examiner l'inintelligible définition qu'il a prise pour un axiome* », MIRABEAU, « Discours sur le renvoi des ministres », constituante, le 18 juillet 1789. Cité par Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 293.

²² Charles EISENMANN, « L'« esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges R. Carré de MALBERG*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 165. « *Si, en effet, par séparation des pouvoirs, on entend la théorie classique selon laquelle les organes doivent être spécialisés et indépendants, la séparation des pouvoirs exclut l'équilibre (...)* », Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 137.

²³ Charles EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de MONTESQUIEU », in *La pensée politique et constitutionnelle de MONTESQUIEU. Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948*, Sirey, Paris 1952, p. 157.

²⁴ Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 143.

Dans cette logique, la séparation des pouvoirs serait une condition d'évolution, de modernité²⁵. Elle serait marquée par l'interdiction de l'accumulation des pouvoirs propre aux États absolus. Il s'agirait d'une technique visant la répartition stricte des fonctions, contraire à toute forme d'arbitraire²⁶ et garante des valeurs libérales²⁷. Ainsi, à chaque fonction correspondrait des organes ou groupes d'organes spécialisés, exerçant de façon exclusive la fonction concernée²⁸. Et, cette répartition agirait comme une prohibition absolue pour les organes des autres fonctions, d'exercer une fonction dont un autre organe est responsable et d'avoir une influence sur une autre fonction organiquement cantonnée.

Par conséquent, les autorités du « *pouvoir exécutif* » seraient interdites d'exercer notamment la fonction judiciaire. Et, tout débordement du cadre fonctionnel défini et exclusif constituerait une violation de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire un arbitraire. Par ailleurs, d'après cette théorie, il serait défendu à l'administration de participer ou de collaborer avec le pouvoir juridictionnel, dans l'exercice de la fonction contentieuse²⁹.

D'après le professeur Michel TROPER, l'interprétation séparatiste des pouvoirs est formulée pour la première fois, en France, sous la Monarchie de Juillet lors des commentaires faits à la Constitution de 1830 par Félix BERRIAT SAINT-PRIX, qui trouvait anormal le fait que le roi participe à l'élaboration de la loi en collaboration avec les chambres³⁰. Il s'agissait pour lui d'une « *exception au fameux principe de la division des pouvoirs, empruntée (...) à la Constitution anglaise* »³¹. Mais, en réalité, ces idées de SAINT-PRIX ne sont pas théorisées, contrairement à ce qui a été fait par les deux auteurs principaux du droit public allemand du XXe siècle : Paul LABAND et Georg JELLINEK. Ces deux auteurs schématisent la pensée de MONTESQUIEU³² afin de la présenter comme ni logiquement acceptable ni pratiquement

²⁵ « *Un pas de plus dans la voie du progrès consisterait, suivant nous, à faire complètement disparaître les attributions contentieuses des administrateurs (...)* », Théophile DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, 5^e éd. t. I, Ernest Thorin, Paris, 1877, p. 373.

²⁶ « *(coi poteri "divisi", impossibile la tirannia)* », Giovanni BOGNETI, *La divisione dei poteri*, op. cit., p. 13. « (...) *la séparation du pouvoir, comme sauvegarde indispensable contre la dégénération de la République* », Luis MORENO, « *La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana* », in *Justicia constitucional – El rol de la Corte constitucional en el Estado contemporáneo*, ouvrage collectif, Legis – Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, 2006, p. 1.

²⁷ « *La garantie sociale ne peut exister, si la division des pouvoirs n'est pas établie, si leurs limites ne sont pas fixées (...)* », art. 22 de la Déclaration des droits, précédant la Constitution du 5 fructidor an III.

²⁸ Giovanni BOGNETI, *La divisione dei poteri*, op. cit., p. 26-27.

²⁹ Ces interprétations « *ne permettent pas davantage qu'à l'exercice total d'un pouvoir, il joigne la moindre parcelle d'un second pouvoir, c'est-à-dire la moindre attribution en relevant, si limitée et modeste soit-elle (...)* », Charles EISENMANN, « *La pensée constitutionnelle de MONTESQUIEU* », loc. cit., p. 138.

³⁰ « *Les publicistes modernes s'accordent à dire que la réunion des trois pouvoirs dans les mêmes mains doit être évitée autant que possible, autrement l'homme ou le corps qui les exercerait tous trois ensemble finirait par asservir la nation à sa volonté. On en conclut qu'il faut les rendre indépendants (...)* Les rédacteurs de la Charte ne se sont pas toujours montrés rigoureusement fidèles à ce principe. Par exemple, le Roi, dépositaire de la puissance exécutive (art. 12) coopère en outre à l'exercice de la puissance législative (art. 14) (...) La chambre des pairs participe en même temps au pouvoir judiciaire et au pouvoir législatif (art. 20, 28 (...)) », Félix BERRIAT SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836, p. 90-91. Cf. Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 207.

³¹ Félix BERRIAT SAINT-PRIX, *Commentaire sur la Charte*, Paris, 1836, p. 202.

³² Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, II^e partie, trad. par Georges FARDIS, M. Giard & E. Brière, Paris, 1913, réimpression éd. Panthéon-Assas, Paris, 2005, p. 160.

réalisable pour se trouver en contradiction avec l'unité de l'État³³ et, logiquement du pouvoir de celui-ci³⁴. Or, JELLINEK reconnaît expressément que la théorie séparatiste n'est pas issue directement des idées de MONTESQUIEU, mais qu'elle est due à une interprétation postérieure³⁵.

En France, cette logique séparatiste et exclusiviste est introduite par DUGUIT, EISMEN et CARRE de MALBERG³⁶. Léon DUGUIT, tout comme les auteurs allemands, cherche à combattre la séparation des pouvoirs. Dans son ouvrage *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789*, il la présente comme une théorie visant à isoler les pouvoirs et à distribuer les fonctions entre trois organes sans aucun rapport entre eux. Chez DUGUIT, cette simplification³⁷ a pour finalité de démontrer à quel point elle constitue une « *théorie artificielle* »³⁸, contraire à l'observation scientifique des faits. La critique à la théorie séparatiste est poursuivie dans son ouvrage sur *L'État* où DUGUIT la décrit comme une théorie « *malheureuse* » et fondée sur des idées fausses qui ont conduit à adopter un critère simplement formel pour la différenciation des fonctions³⁹.

La maturation des idées de DUGUIT l'a conduit à reconnaître que cette version séparatiste des pouvoirs n'était pas celle de MONTESQUIEU⁴⁰ qui décrivait, en réalité, un système d'influence continuelle du législatif sur l'exécutif et de collaboration « *continuelle et intime* » des pouvoirs⁴¹. Pour DUGUIT, cette interprétation serait issue de la pensée des constituants de 1789⁴². Néanmoins, l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789 n'a pas une portée précise et l'utilisation de l'expression « *séparation des pouvoirs* » n'est pas une déclaration dogmatique⁴³.

³³ « *Un partage de la souveraineté est théoriquement impossible* », Paul LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, t. I, trad. par C. GANDILHON, V. Giard & E. Brière, Paris, 1900, p. 325.

³⁴ « *Quel que soit le nombre des organes, il n'y a jamais qu'une puissance étatique* », Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, II^e partie, *op. cit.*, p. 164.

³⁵ « (...) *la théorie allemande rejette cette doctrine toute théorique que Montesquieu, du reste, n'a jamais formulée avec cette précision extrême, d'après laquelle chaque espèce particulière de fonction serait exclusivement le propre d'un organe, et chaque organe devrait être séparé des autres organes (...)* », Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, II^e partie, *op. cit.*, p. 314.

³⁶ « (...) *théorie d'une séparation des pouvoirs qui, selon eux, présentait ce double caractère d'être institutionnelle – séparation des organes législatif, exécutif et judiciaire – et absolue : sans interférence aucune des organes dans le fonctionnement les uns des autres* », Gérard TIMSIT, « M. le maudit, Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 618.

³⁷ « *Réduite à ses éléments simples, la théorie de la séparation des pouvoirs consiste à créer dans l'état plusieurs organes distincts, n'ayant aucun rapport entre eux, aucune action réciproque, et à confier à chacune des catégories des fonctions déterminées, qu'elle accomplit sans le concours des autres. (...) séparation absolue des pouvoirs (...)* », Léon DUGUIT, « *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789* », *loc. cit.*, p. 1.

³⁸ *Ibidem.*, p. 116.

³⁹ « *Mais la malheureuse théorie de la séparation des pouvoirs a pénétré si profondément dans les esprits que depuis un siècle nous avons peine à nous dégager des idées fausses qu'elle a entraînées à sa suite. La doctrine formaliste en est la conséquence ; et l'imprécision de ces termes, pouvoirs, fonctions, qu'à défaut d'autres on est obligé d'employer, est venue achever la confusion* », Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 437.

⁴⁰ « *Mais jamais Montesquieu n'a pensé que les organes investis de ces trois fonctions de l'État seraient trois organes représentant le souverain, investis d'une partie de la souveraineté, absolument indépendantes l'un de l'autre et sans action l'un sur l'autre* », Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 665.

⁴¹ *Ibidem.*, p. 666.

⁴² *Ibidem.*, p. 673-674.

⁴³ « *Cet article n'est plus une déclaration des droits, c'est un acte d'applaudissement des législateurs sur leur propre ouvrage, joint à un anathème contre tous les gouvernements qui existent* », Jérémie BENTHAM et Étienne DUMONT, *Tactique des assemblées législatives, suivi du Traité des sophismes politiques*, t. II, 2^e éd, Bossange frères, Paris, 1822, ch. VI, p. 324.

ESMEIN critique tant MONTESQUIEU que LOCKE sur des théories ne découlant pas de leurs écrits⁴⁴. Ainsi, ESMEIN attribue à MONTESQUIEU la « *séparation nécessaire* » des trois pouvoirs comme la conséquence aussi nécessaire de la différenciation des fonctions⁴⁵. N'offrant pas des garanties de « *désintéressement* »⁴⁶, propres aux juges et rendues possibles par la séparation des pouvoirs⁴⁷, l'administration serait interdite de la fonction judiciaire. De même, ESMEIN considère comme des « *déviations* », aussi bien le pouvoir de veto législatif, que les fonctions administratives des chambres législatives.⁴⁸

Cependant, le travail de théorisation complète de cette interprétation de la séparation des pouvoirs est le fait de Raymond CARRE de MALBERG. Il décrit les idées de MONTESQUIEU comme une désagrégation absolue du pouvoir et en fait un découpage tripartite, aux fins de son assignation à des organes indépendants entre eux⁴⁹, exerçant exclusivement l'une des trois fonctions étatiques. Cette séparation prend l'allure d'un « *isolement* »⁵⁰ des pouvoirs en raison de leur scission⁵¹. Or, CARRE de MALBERG reconnaît lui-même que dans *l'Esprit des lois*, il n'y a pas clairement une doctrine séparatiste expresse. Néanmoins, il s'efforce de la déduire, tout d'abord, à partir de l'énonciation que MONTESQUIEU fait de « *trois pouvoirs* » différents, ensuite, de l'absence d'une argumentation en faveur de l'unité de l'État et de la collaboration des autorités dans l'État et, finalement, de l'idée qu'un pouvoir arrête un autre. Par conséquent, la séparation des pouvoirs serait une théorie déduite de l'essence de *L'esprit des lois*⁵².

Tous ces auteurs⁵³ ont élaboré l'interprétation séparatiste et exclusiviste de la séparation des pouvoirs dans l'intérêt de la critiquer et de démontrer de quelle manière, en réalité, la scission absolue en trois pouvoirs n'a point d'application dans la réalité⁵⁴ et cela en raison de risques de paralysie et d'inefficacité entraînés par un tel schéma. Pour CARRE de MALBERG, afin de séparer les pouvoirs dans la forme qu'il considère comme prescrite par

⁴⁴ Adhémar ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd. t. I, Sirey, Paris, 1927, p. 499.

⁴⁵ « *Les trois pouvoirs étant ainsi dégagés, Montesquieu en prononce la séparation nécessaire : ils doivent, dans le gouvernement représentatif, recevoir des titulaires distincts et indépendants les uns des autres* », *ibidem*, p. 497.

⁴⁶ « (...) *l'exécutif ne pourra point directement modifier la loi; mais, il n'offrira pas toujours les garanties suffisantes quant à son application contentieuse, car parfois il sera lui-même partie en cause ou, tout au moins, il aura un intérêt à ce que la loi soit appliquée dans tel ou tel sens* », *ibidem*, p. 499.

⁴⁷ « *Il faut reconnaître que ce système comme tout autre exercice de la justice retenue, répugne au principe de la séparation des pouvoirs* », *ibidem*, p. 547.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 514 et 517.

⁴⁹ « (...) *le trait essentiel de cette doctrine, (...) consiste en ce que Montesquieu décompose et sectionne la puissance de l'État en trois pouvoirs principaux, susceptibles d'être attribués séparément à trois sortes de titulaires constituant eux-mêmes, dans l'État, trois autorités primordiales et indépendantes (...)* », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Sirey, Paris, 1922, p. 20.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 38.

⁵¹ « *il est indispensable que les titulaires des trois pouvoirs soient, non seulement investis de compétences distinctes et séparées; mais, encore rendus, par leur constitution organique, indépendantes et comme égaux les uns vis-à-vis des autres* », *ibidem*, p. 8.

⁵² « *Mais il convient de répliquer que, si le mot de séparation ne se trouve pas dans le chapitre De la Constitution d'Angleterre, l'idée de séparation ressort certainement de l'ensemble de la doctrine qui s'y trouve exposée* », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, *op. cit.*, p. 21. CARRE de MALBERG résume sa théorie de la théorie de la séparation des pouvoirs comme la division de la puissance en trois pouvoirs, la spécialisation des fonctions matérielles, réparties entre titulaires différents, indépendants entre eux et égaux à tous égards. Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, *op. cit.*, p. 109.

⁵³ « (...) *tous représentants de l'austère discipline du « droit public », de la Staatsrechtswissenschaft* », Charles EISENMANN, « *La pensée constitutionnelle de MONTESQUIEU* », *loc. cit.*, p. 135.

⁵⁴ Paul LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, *op. cit.*, p. 5.

MONTESQUIEU, il faut procéder d'emblée à une séparation des fonctions, sur la base d'une conception matérielle de celles-ci⁵⁵, qu'il considère, par ailleurs, comme impossible.

§2. La matérialité des fonctions, à la base de la séparation des pouvoirs

L'assignation exclusive des fonctions résulte nécessairement de la définition matérielle de celles-ci. Or, la définition matérielle de la fonction juridictionnelle peut conduire à des conséquences opposées : elle peut être utilisée afin de reconnaître l'existence des fonctions matériellement juridictionnelles dans l'administration. Mais, elle permet aussi d'exclure l'administration active de la fonction contentieuse et de la réserver aux juridictions. Dans les deux cas, la fonction contentieuse, considérée comme la fonction matériellement juridictionnelle⁵⁶, ne serait pas une fonction administrative.

La définition matérielle de la juridiction, construite à partir de l'exercice de la fonction contentieuse, était acceptée sous l'Ancien Régime comme après la Révolution. Cela a déterminé le fait que la reconnaissance du caractère juridictionnel dépendait de l'exercice d'une fonction considérée comme matériellement juridictionnelle, sans tenir compte des conditions organiques et formelles dans lesquelles cette fonction était exercée.

CARRE de MALBERG s'efforce de démontrer tant l'inutilité que l'impossibilité de trouver une définition matérielle pouvant fonder la séparation des fonctions. Les essais d'ARTUR, de DUGUIT et de JEZE (A) n'ont pas convaincu CARRE de MALBERG qui considère que donner une définition matérielle est un défi impossible à relever. La thèse de BONNARD (B) sur la fonction matériellement juridictionnelle tente de relever ce défi.

A. Les essais d'Artur, de Duguit et de Jèze

D'après ARTUR, la séparation des fonctions précède la séparation des pouvoirs et elle ne peut être que matérielle : « *Les fonctions de la puissance publique (et les actes de ces fonctions) existent avant qu'on les sépare, et si on peut les séparer, c'est justement parce qu'il y a entre elles une différence de nature* »⁵⁷. Il définit matériellement la fonction juridictionnelle par son but principal⁵⁸, consistant en l'application du droit lorsqu'il est méconnu⁵⁹.

⁵⁵ « Ainsi, il est indéniable que Montesquieu a construit son système de séparation des pouvoirs en vue de l'appliquer à des fonctions matériellement déterminées : c'est pourquoi sa théorie apparaît, dans une très large mesure, comme une théorie de séparation des fonctions », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, op. cit., p. 29.

⁵⁶ En 1878, JOUSSERANDOT définissait matériellement la fonction juridictionnelle et plaidait pour le monopole : « (...) du moment où l'élément contentieux entre en scène, le Pouvoir législatif lui-même ne peut pas se soustraire à sa puissance. Que la contestation s'élève à propos d'un intérêt privé, d'une mesure administrative ou d'une loi, ce n'est ni le particulier, ni le magistrat, ni le Législateur qui peut en décider, c'est le juge après débat contradictoire », Louis JOUSSERANDOT, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, A. Marescq Ainé, Paris, 1878, p. 12.

⁵⁷ Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 1^{er} article, *R.D.P.* 1900, mars-avril, p. 224.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 237.

⁵⁹ « Juger, c'est dire le droit à l'effet d'en assurer le respect, quand il y a lieu, c'est-à-dire quand il est violé ou contesté », *ibidem*, p. 226.

ARTUR accepte que l'administration soit conduite à trancher sur des « *questions de nature contentieuse* »⁶⁰ afin d'assurer les services publics ; toutefois, dans ce cas, la fonction n'est pas juridictionnelle, mais administrative en raison du but poursuivi. L'administration cherche à garantir la continuité des services publics, et non à assurer le respect du droit. Or, malgré la décision *Cadot*, ARTUR affirme que la décision préalable est une forme de décision de ministre-juge, en raison du caractère obligatoire de sa saisine⁶¹. Pour ARTUR, toute la fonction matériellement juridictionnelle doit appartenir aux juridictions.

La définition matérielle de la fonction juridictionnelle donnée par ARTUR n'est pas convaincante. En essayant de trouver une définition matérielle de la fonction juridictionnelle, il s'appuie, en réalité, sur des éléments formels et présuppose l'existence d'un tribunal⁶², dans ses termes, d'une autorité contentieuse⁶² pour l'exercice de la « *fonction de juger* »⁶³. Il exige que l'autorité contentieuse soit indépendante⁶⁴ et qu'elle statue après une instruction contradictoire⁶⁵. La définition matérielle est alors tentée par DUGUIT.

Après avoir critiqué profondément la séparation des pouvoirs, tel qu'il la comprenait, et de l'avoir jugé responsable de l'adoption d'un critère formel qu'il considère comme irréal pour la différenciation des fonctions⁶⁶, DUGUIT essaie de définir matériellement la juridiction⁶⁷. Pour DUGUIT, la seule façon de prouver l'existence de la fonction juridictionnelle consiste à démontrer l'existence d'actes publics différents des actes conditions ou des actes subjectifs. Ainsi, pour démontrer la fonction matériellement juridictionnelle, il faut relever l'existence d'un acte juridictionnel matériellement singulier⁶⁸.

⁶⁰ Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *loc. cit.*, p. 250. Ainsi, « *Un administrateur, usant de pouvoirs qui lui appartiennent incontestablement, tranche au nom de la puissance publique, tout comme les tribunaux, des questions susceptibles d'être déferées aux tribunaux : il paraît remplir le même office qu'un tribunal* », *ibidem*, p. 266.

⁶¹ La juridiction ministérielle « *ne disparaîtra que le jour où l'on dispensera le plaideur de s'adresser au ministre* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *R.D.P.* 1900, novembre-décembre, p. 446.

⁶² Pour l'existence d'un contentieux administratif il exige, notamment, une matière contentieuse et une autorité contentieuse – juridictionnelle-, différente de la judiciaire. Cf. Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *loc. cit.*, p. 246.

⁶³ « *Pour que la fonction de juger s'exerce, il faut non seulement un droit violé ; mais, il faut que l'intéressé, celui dont le droit a été violé, saisisse un tribunal* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 1^{er} article, *loc. cit.*, p. 228.

⁶⁴ « *Justice administrative et justice judiciaire peuvent être organisées de façon à être ou à ne pas être plus la justice ; l'une et l'autre, pour être une vraie justice, doivent satisfaire aux mêmes conditions, particulièrement conditions d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif et législatif ; l'une et l'autre, si elles satisfont à ces conditions, sont un type de pouvoir juridictionnel « distinct et séparé des autres pouvoirs »*, Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 3^e article, *R.D.P.* 1900, juillet - août, p. 35.

⁶⁵ « *On impose au juge de ne statuer qu'après une instruction contradictoire réglée (...)* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 1^{er} article, *loc. cit.*, p. 229.

⁶⁶ Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 437.

⁶⁷ « *Quoi qu'il en soit, nous repoussons sans hésiter toutes ces doctrines formalistes. Nous ne comprenons pas comment le caractère d'un acte peut varier suivant l'organe ou l'agent qui fait cet acte* », Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 435.

⁶⁸ Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, 3^e éd. E. de Boccard, Paris, 1928, p. 418-419.

Pour DUGUIT, l'acte juridictionnel est un acte complexe qui procède à une constatation et à une éventuelle condamnation, pris selon la méthode du syllogisme⁶⁹ : une prémisse majeure constituée par les normes ou par les principes, une prémisse mineure constituée par les faits de l'espèce et une conséquence à tirer de la jonction des prémisses. DUGUIT prétend dépasser l'apparente distribution organique des fonctions donnant lieu à des apparents monopoles des fonctions⁷⁰. Par conséquent, la conception matérielle de la fonction juridictionnelle de DUGUIT permet d'identifier des actes matériellement juridictionnels, en dehors de la juridiction organiquement et formellement parlant⁷¹. La découverte d'actes matériellement juridictionnels, en dehors des juridictions, n'a conduit DUGUIT ni à les qualifier d'anomalies ni à proposer l'assignation de tout le contentieux devant les juridictions⁷².

Or, JEZE démontre que le syllogisme est aussi utilisé par l'administration pour l'application du droit. C'est pourquoi, cette façon de raisonner ne peut nullement définir l'acte juridictionnel⁷³. C'est à son tour, alors, de tenter une définition matérielle des actes propres aux juridictions. L'intention de JEZE de laisser de côté tout élément formel est mise en tête dans son discours⁷⁴. Sa définition ressemble à celle de DUGUIT : JEZE définit aussi le juridictionnel comme un acte composé d'une constatation et d'une décision⁷⁵ (constatation - décision et condamnation selon DUGUIT) ; mais, à la différence de DUGUIT, JEZE donne une place fondamentale au contentieux dans la définition de l'acte juridictionnel. D'après lui, la finalité de l'acte juridictionnel, réservé aux juges et aux tribunaux, est de mettre fin à des contestations et, de surcroît, de le faire de façon définitive⁷⁶.

C'est précisément dans le caractère définitif de la décision que se trouvent, à la fois, la vertu et le défaut de la pensée de JEZE : il considère que l'élément essentiel et caractéristique de l'acte juridictionnel est la force de vérité légale qui s'attache à la décision, ce qui constitue un critère sûr pour identifier l'acte juridictionnel. Or, en cherchant à établir une définition exclusivement matérielle, JEZE cible la définition sur la chose jugée, c'est-à-dire sur un critère formel, et même organique. Ce critère formel est confirmé et nourri d'arguments dans son ouvrage *Les principes*

⁶⁹ Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *loc. cit.*, p. 467.

⁷⁰ « *La condition pour établir une théorie solide des fonctions étatiques est de faire abstraction complète, comme nous nous y efforçons, de l'organisation de l'État et de la structure de ses diverses organes* », Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 451.

⁷¹ Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1906, p. 467.

⁷² La théorie de DUGUIT sera étudiée dans la section réservée à l'étude de l'activité contentieuse de l'administration comme une forme d'exercice d'une fonction matériellement juridictionnelle. (I^{re} partie. Chapitre II, Section I.)

⁷³ « *Je ne puis accepter que le mode de raisonnement entre dans la définition de l'acte de juridiction. (...) le juge n'est pas le seul qui doit raisonner par voie de syllogisme. Le sous-préfet qui délivre ou refuse un permis de chasse, le maire qui accorde ou refuse à un industriel une autorisation d'entrepôt à domicile en matière d'octroi, prennent aussi des décisions qui sont des syllogismes* », Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.* 1909, note I, p. 673-674.

⁷⁴ « *À mon avis, il faut mettre de côté, pour résoudre cette question, la qualité de l'auteur de l'acte, les formes dans lesquelles l'acte est accompli, les facilités données par la loi pour assurer l'exécution de l'acte, et, d'une manière générale, tous les éléments formels. Le critérium doit être cherché dans la mission du juge* », Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *loc. cit.*, p. 667.

⁷⁵ « *En général, - sauf dans les questions préjudicielles, - le juge a deux choses à faire : 1° procéder à une constatation ; 2° prendre une décision. Les deux choses n'ont pas la même nature, ni la même importance. (...), ibidem*, p. 668.

⁷⁶ « *Le but social poursuivi par l'institution des juges et tribunaux est de mettre fin à une contestation. Le juge a été créé pour placer hors de toute discussion un point débattu ; désormais, la solution donnée par le juge sera tenue pour certaine et incontestable* », *idem*.

*généraux du droit administratif*⁷⁷ où, contradictoirement, JEZE confirme que la définition de l'acte juridictionnel ne peut pas être laissée aux critères formels.

ARTUR et JEZE essaient de définir la fonction qui devra être exclusivement exercée par des juridictions ; mais, leurs définitions sont, en réalité, construites à partir d'éléments formels. DUGUIT, quant à lui, formule une définition matérielle des juridictions fondée sur la façon syllogistique de raisonner, tout en négligeant que cette façon de raisonner soit aussi propre à l'administration. Dès lors, on comprend que CARRE de MALBERG affirme l'impossibilité de la définition matérielle de la fonction juridictionnelle⁷⁸. L'édition de la *Contribution à la théorie générale de l'État* de CARRE de MALBERG semblait avoir condamné définitivement les définitions matérielles. Cependant, la thèse de BONNARD tente encore de justifier matériellement la vision juridictionnelle du contentieux.

B. La thèse de Bonnard

C'est un disciple de DUGUIT, Roger BONNARD qui, en 1933, dans les *Mélanges offerts à CARRE de MALBERG*, essaie de trouver cette définition matérielle de la fonction juridictionnelle qui pourrait donner sens à la répartition tripartite du pouvoir en législatif, exécutif et juridictionnel et, notamment, à la vision juridictionnelle du contentieux⁷⁹. Pour BONNARD, s'il existe une séparation des pouvoirs, c'est parce qu'elle a comme fondement une séparation des fonctions expliquant cette répartition⁸⁰.

BONNARD définit la fonction juridictionnelle par la contestation qui, d'après lui, est propre aux juridictions. La juridiction serait alors la fonction de redressement du droit qui est sollicitée lorsqu'il existe une demande de constater le droit et de faire cesser des atteintes portées aux droits subjectifs⁸¹. Pour BONNARD, la présence de deux parties n'est pas nécessaire dès lors qu'il existe une certaine résistance ou opposition à la prétention émise⁸². À partir de la contestation et de la prétention, la juridiction devra procéder à un constat de droit qui aura en soi la vertu de faire cesser la contestation, mais aussi elle pourra procéder à une décision si le

⁷⁷ Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1. 3^e éd. Paris 1925, Réimpression, Dalloz, 2005, p. 48 et 226.

⁷⁸ Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit. p. 785.

⁷⁹ « *la séparation organique des fonctions n'a été conçue que bien après leur distinction matérielle* », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », loc. cit., p. 7.

⁸⁰ « *Car à une séparation organique de compétences correspond toujours une distinction matérielle entre ces compétences, vu qu'autrement la séparation organique n'aurait pas de raison d'être* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration, étude de droit administratif comparé*, éditions Delagrave, Paris, 1934, réimpression Dalloz, Paris, 2006, p. 7.

⁸¹ « (...) *il faut que l'attente au droit constitue une atteinte à un droit subjectif. (...) La fonction juridictionnelle ne peut donc intervenir que lorsqu'un droit subjectif peut être mis en cause. (...) Par conséquent, la décision sur recours hiérarchique n'aura pas le caractère juridictionnel au point de vue matériel si le recours soulève une question d'exercice de pouvoir discrétionnaire* », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », loc. cit., p. 28. Cf. Roger BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *R.D.P.* 1932, p. 695.

⁸² « *On peut, en effet, considérer qu'il y a contestation dès lors que, sans formuler expressément une prétention opposée et sans figurer comme partie au procès, il y a de la part d'un tiers, opposition et résistance à la réalisation de la prétention émise. (...) alors il faut prendre cette idée dans le sens large d'opposition et de résistance, et non pas dans le sens étroit qu'elle possède dans le procès entre parties* », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », loc. cit., p. 22.

constat n'y suffit pas⁸³. L'organe qui est chargé des contestations, ainsi que les formes dans lesquelles les juridictions agissent, ne seraient que des conséquences de l'exercice de la fonction matériellement juridictionnelle.

De prime abord, la tâche que se propose BONNARD est celle de donner une explication non formelle de la séparation des pouvoirs qui devrait conduire à la reconnaissance des fonctions matériellement juridictionnelles au sein même de l'administration et, en conséquence, à une théorisation de ce constat. BONNARD donne la notion de recours administratifs et celle de décision préalable comme des fonctions matériellement juridictionnelles⁸⁴. De plus, BONNARD affirme que l'exercice de la fonction matériellement juridictionnelle ne transforme pas l'organe en juridiction et, de cette façon, reconnaît que la fonction juridictionnelle n'est pas limitée aux juridictions⁸⁵. En réalité, BONNARD ne réussit pas à s'extraire de son temps et de ses prédécesseurs et, même s'il essaie de contredire CARRE de MALBERG, il partage son point de vue bien plus qu'il ne le croit : chez BONNARD, la définition matérielle de la fonction juridictionnelle n'a pas pour fonction de démontrer combien la vision juridictionnelle de la fonction contentieuse, qu'il appelle juridictionnelle, est irréaliste et artificielle. L'identification matérielle de la fonction juridictionnelle doit servir, au contraire, à transformer en juridiction au sens formel, notamment organique, toutes les fonctions matériellement juridictionnelles⁸⁶. Ainsi, il affirme que le contrôle exercé sur l'administration devrait « *échapper à l'administration* »⁸⁷ pour être confié à des tribunaux. La juridictionnalisation de la fonction matériellement juridictionnelle est, pour lui, une sorte d'idéal-type⁸⁸. BONNARD cherche à identifier matériellement la fonction juridictionnelle afin de la placer organiquement⁸⁹ et de la faire se développer suivant les formes du « *type juridictionnel* »⁹⁰. De surcroît, après avoir reconnu l'existence des fonctions « *matériellement*

⁸³ « *En effet, la constatation est par elle-même un acte juridique, car elle produit des effets de droit. Elle produit notamment cet effet de droit de faire cesser la contestation soulevée devant le juge* », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 24.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁸⁵ « *Ce n'est pas le fait d'exercer la fonction juridictionnelle qui donne à un organe la qualité de juge. Un organe qui par sa situation est administratif un organe administratif reste tel, même lorsqu'il accomplit des actes qui sont matériellement juridictionnels. Ce qui constitue exclusivement la qualité de juge, c'est une certaine situation spéciale qui lui est faite (...)* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, note 1. p. 93.

⁸⁶ La définition matérielle de la fonction juridictionnelle « (...) sert à dire ce qui doit être juridictionnel au point de vue organique ou formel », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 5.

⁸⁷ « (...) il semble que normalement le contrôle où intervient la fonction juridictionnelle devrait échapper à l'administration et revenir à un organe ayant la qualité de juge et constitué en tribunal, et cela, à raison du principe tiré de la séparation des pouvoirs au sujet de la fonction juridictionnelle d'après lequel cette fonction doit être exercée par des tribunaux(...) Ce contrôle de l'administration qui est matériellement juridictionnel devrait, en même temps qu'il est juridictionnel au point de vue formel, c'est-à-dire comme s'exerçant suivant des procédures de nature juridictionnelle, être aussi juridictionnel au point de vue organique, c'est-à-dire exercé par un organe juridictionnel, par un tribunal (...) Or cette organisation normale du contrôle juridictionnel de l'administration ne se trouve à l'état pur dans aucune législation administrative », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁸ Le concept d'idéal type, cher à Max WEBER, a été d'abord formulé par JELLINEK qui présente les idées de MONTESQUIEU comme un idéal type d'État. Cf. Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, 1^{re} partie, trad. par Georges FARDIS, V. Giard & E. Brière, Paris, 1911, p. 105.

⁸⁹ « *On a vu que la décision disciplinaire avait tout comme la décision pénale le caractère matériel d'acte juridictionnel, et on en a conclu qu'il fallait lui appliquer des formes et procédures juridictionnelles et même en attribuer compétence à des organes juridictionnels* », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *op. cit.*, p. 10.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 9.

juridictionnelles » en dehors des juridictions, notamment les fonctions du Sénat constitué en Haute Cour de Justice⁹¹ et, en particulier, le contentieux tranché au sein de l'administration, BONNARD affirme que « *cela est la conséquence de ce que la séparation des pouvoirs n'est pas rigoureusement appliquée* »⁹².

En France, la vision juridictionnelle du contentieux ne pourrait être le résultat ni de la vision classique de la séparation des pouvoirs ni de l'identification matérielle de la fonction juridictionnelle aux fins de sa progressive juridictionnalisation. Les faits contrediraient ces théories « (...) *non seulement le système français est autre chose que la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire, à vrai dire il en est tout l'opposé* »⁹³. Ces constructions de la doctrine cherchent à expliquer théoriquement et rationnellement des faits davantage politiques que technico-juridiques. Or, c'est dans ce contexte qu'il faut trouver les raisons de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux en France.

Sous-section 2. Les raisons de la vision juridictionnelle du contentieux

N'étant pas le résultat de la version classique de la séparation des pouvoirs, les juridictions judiciaires sont, en principe⁹⁴, exclues du contentieux administratif⁹⁵. Cependant, une partie de la première doctrine du début du XIXe siècle plaidait pour la suppression de la juridiction administrative, en faveur d'un monopole juridictionnel du contentieux dans le sens de la séparation classique des pouvoirs⁹⁶. C'était notamment l'idée de CORMENIN et de MACAREL. Pour CORMENIN, le Conseil d'État n'offre pas assez des garanties en tant que juridiction et, par conséquent, il propose que les affaires contentieuses soient assignées à un tribunal administratif spécial⁹⁷. Quant à MACAREL, il relève le besoin d'instaurer une Cour de justice administrative, tout en conservant le Conseil d'État

⁹¹ « *Le Sénat peut être constitué en Cour de justice pour juger, soit le Président de la République, soit les ministres, et pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'État* », article 9 de la loi du 24 février 1875.

⁹² *Idem.*, p. 12.

⁹³ René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁴ Mis à part, par exemple, le contentieux d'accidents causés par des véhicules publics ou privés, concentré dans des juridictions judiciaires (loi du 31 décembre 1957); il existe aussi tout un contentieux des autorités indépendantes qui est laissé à la compétence du juge judiciaire Cf. Roland DRAGO, « Le juge judiciaire, juge administratif », *loc. cit.*; Pierre DELVOLLE, « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *loc. cit.* Selon les termes du professeur GOHIN, les juridictions judiciaires seraient toujours exclues du contentieux administratif, mais non du contentieux de l'administration : cf. Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1.

⁹⁵ « *Si le pouvoir judiciaire avait été ce pouvoir investi de la fonction qui consiste à juger (au sens que donne Artur à ce mot), l'ordre judiciaire, qui était investi de ce pouvoir (Const. De 1791, tit. III, pr., art. 5), aurait en toute la fonction de juger, en matière civile et en matière administrative, ou, du moins, c'est par exception qu'on lui aurait soustrait la connaissance des affaires administratives* », Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, *op. cit.*, p. 678.

⁹⁶ Cette idée s'est renforcée pendant le XIXe siècle par les libéraux qui plaidaient la suppression de la Juridiction administrative, en faveur de la compétence absolue des juridictions judiciaires et qui a finalement conduit à la création du tribunal des conflits. Cf. René FRILEUX, *La question de la suppression de la justice administrative*, thèse, éd. Jouve, Paris, 1903.

⁹⁷ « *C'est que n'offrant pas aux citoyens assez de garanties, elle ne leur inspire pas non plus assez de confiance* », Louis Marie DE CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, éd. Hérisant Le Doux, Paris, 1818, p. 124. En conséquence, il propose : « *Laissons donc le Conseil d'État à ses éminentes et utiles fonctions : qu'il soulage les ministres ; qu'il prépare les lois, les règlements, les ordonnances ; qu'il se mêle des affaires publiques et non des affaires particulières ; qu'il soit un conseil, et non un tribunal : c'est l'intérêt véritable des citoyens et du gouvernement, c'est l'esprit de son institution qui le veulent ainsi* », *ibidem*, p. 136.

comme un organe simplement consultatif⁹⁸. Il s'appuie directement sur des idées de MONTESQUIEU pour affirmer que les attributions contentieuses des administrateurs, qu'il dénomme attributions de « *juridiction contentieuse* », sont « *contraires aux vrais principes* » dont on déduit facilement celui de la séparation des pouvoirs⁹⁹. Ainsi, pour MACAREL, une contestation appelait nécessairement un juge et, dans la logique du monopole juridictionnel du contentieux qu'il proposait, le règlement d'un contentieux fait présumer le caractère juridictionnel de la compétence et de la décision¹⁰⁰. D'autres auteurs ont aussi appelé la mise en conformité de la juridiction administrative à la séparation classique des pouvoirs, comme ce fut le cas de BERENGER qui alla même proposer l'assignation du contentieux administratif à la juridiction judiciaire¹⁰¹ et de HUET DE COËTISAN qui resta dans la logique d'une Cour suprême d'administration, mais séparée de la juridiction judiciaire¹⁰².

Aucune de ces propositions, fondées sur une certaine séparation des pouvoirs, n'a été mise en œuvre. Or, c'est précisément l'existence de la juridiction administrative qui explique la vision juridictionnelle excluant l'administration active du contentieux. Il s'agit d'une vision qui sert d'abord à la justification de la juridiction administrative (§1) et qui s'affermite par la consolidation même de la juridiction administrative (§2).

§1. La justification de la juridiction administrative

Pour justifier la juridiction administrative, l'activité contentieuse de l'administration a été condamnée. Cette affirmation est le résultat d'un paradoxe : à partir d'un système où le contentieux administratif est majoritairement tranché par un tribunal placé au sein de l'administration, et non à l'intérieur de la branche juridictionnelle du pouvoir¹⁰³, on pourrait être conduit à penser que ce serait

⁹⁸ Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, J.-P. RORET, Paris, 1828, p. 492 et s. notamment p. 524.

⁹⁹ « (...) je dis que l'ordre présent des choses est contraire aux vrais principes », *ibidem*, p. 113, et, en critiquant le Ministre - juge, aussi considéré comme étant contraire « *aux principes* », à partir des idées de MONTESQUIEU, (*cit.* p. 143) il ne cache pas son effarement : « *Quel chaos ! Quelle large source de désastres politiques !* », (*ibidem*, p. 144.)

¹⁰⁰ « Remarquez ensuite que le décret ne porte pas le mot *contravention*, qui pourrait offrir matière à quelque équivoque ; mais bien le mot *contestation*, qui, par lui-même, suppose un litige et un juge. (...) Le maire (...) a nécessairement le droit et le devoir d'informer sur le fait, d'entendre le prévenu, de connaître de la cause, et de statuer enfin secundum allegata et probata. Or, ce sont précisément là tous les caractères de la *juridiction contentieuse* et ce qui la sépare de la *juridiction volontaire* ou de *pur commandement* », *ibidem*, p. 176-177.

¹⁰¹ « Il faut ensuite à la France des juridictions chargées de juger solennellement les *matières contentieuses* », BERENGER, *De la Justice criminelle en France*, L'huillier, Paris, 1818, p. 353. Et, entre l'option de créer un tribunal administratif suprême ou des tribunaux administratifs « *comme sous l'ancienne monarchie* » (*cit.* p. 353) et celle de renvoyer le contentieux administratif aux juridictions judiciaires, il tranche pour la seconde option : « *Les décisions de cette justice ordinaire seraient plus régulières, plus honorées, et auraient un caractère plus respectable* », (*cit.* p. 355). Pour lui, une des vertus de ce système serait la « *destruction* » pour toujours, des conflits de juridiction (*cit.* p. 356).

¹⁰² « Il faut ramener le Conseil d'État à sa destination primitive. Qu'il ne soit qu'un conseil aulique et n'ait point de juridiction ; qu'il discute en secret ; qu'il rédige les projets de loi ; qu'il donne des avis dans toutes les affaires où le monarque juge à propos de le consulter ; mais, qu'il cesse de s'occuper des affaires privées et de rendre des jugements. Le comité du contentieux doit en être détaché pour former une cour suprême d'Administration (...) Elle serait composée comme les cours judiciaires (...) », HUET DE COËTISAN, *De la puissance civile*, p. 357, *cit.* par Louis Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, *op. cit.*, p. 355.

¹⁰³ L'existence du pouvoir juridictionnel en France où, dans le contexte de l'unité du pouvoir, de la branche juridictionnelle du pouvoir, est très discutée : MICHEL TROPER, « *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?* », *in Pouvoirs*, n° 16, *La justice*, 1981, p. 6 ; Dominique TURPIN, « *Le pouvoir judiciaire* » *in Constitution et justice, Onzième session de l'Académie de Droit constitutionnel*, Tunis, 1995, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1996, p. 155.

là le contexte le plus propice à la reconnaissance des fonctions contentieuses non juridictionnelles. Cependant, le fait que le contentieux administratif soit confié à des institutions organiquement administratives, a joué historiquement à l'encontre de l'activité contentieuse de l'administration active. Même si c'est dans l'activité contentieuse de l'administration que l'on situe les origines de la juridiction administrative (A), la rationalisation du système (B) a entraîné la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux.

A. Les origines de la juridiction administrative

La juridiction administrative française ne constitue pas une exception à la séparation des pouvoirs puisqu'elle la précède¹⁰⁴. Bien qu'il existe, dans la doctrine, une discussion sur le caractère révolutionnaire ou prérévolutionnaire de la juridiction administrative¹⁰⁵, il est incontestable que la juridiction administrative ne découle pas des idées de MONTESQUIEU, mais de la décision politique, prérévolutionnaire, de confier la résolution du contentieux administratif à l'administration elle-même. En d'autres termes, la juridiction administrative française naît d'une activité contentieuse de l'administration, et elle devient juridictionnelle. Cette décision, davantage politique que technique, a été confirmée et garantie par les interdictions faites aux juridictions de s'immiscer dans le contentieux administratif¹⁰⁶. Ces prohibitions, d'abord déséquilibrées¹⁰⁷, sont connues comme le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires¹⁰⁸.

Or, il paraît artificiel de justifier la juridiction administrative sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, et encore plus difficile à croire, sur celui de la séparation des pouvoirs. L'interdiction aux juridictions judiciaires de prendre connaissance du contentieux administratif aurait pu être aménagée par la création d'une juridiction spéciale chargée de trancher le contentieux administratif, différente de la juridiction judiciaire, mais en dehors de l'administration, ce qui a été proposé à la Constituante. En effet, le représentant THOURET a déposé le 22 décembre 1789 une proposition portant sur la création d'un « *tribunal d'administration* », chargé de « (...) *juger d'après les lois précises et des formes déterminées les affaires contentieuses qui peuvent s'élever à*

¹⁰⁴ « (...) *la séparation des autorités précède de trois siècles au moins la séparation des pouvoirs et s'implante de façon effective dans un pays précisément caractérisé par la plus totale concentration des pouvoirs* », Francis-Paul BENOIT, « Les fondements de la justice administrative », in *Le Juge et le Droit public, Mélanges offerts à Marcel WALINE*, t. I, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 285.

¹⁰⁵ Jean-Louis MESTRE *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 61-107.

¹⁰⁶ Lorsque la loi du 16-24 août 1790, dispose à l'article 13 que « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ces soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* », elle ne fait en réalité que reprendre l'édit de Fontainebleau du 8 juillet 1661, qui à son tour avait confirmé l'édit de Saint-Germain interdisant aux juges de gêner l'administration, en 1641. Ce principe a été aussi confirmé par la Constitution de 1791, titre II, chap. V, art. 3, par l'instruction législative du 8 janvier 1790, par la loi des 7-14 octobre 1790, par la loi du 16 fruct. an III et par l'art. 127 du Code pénal de 1810, section IV, de l'« *Empiètements des autorités administratives et judiciaires* ».

¹⁰⁷ Même si la doctrine affirme que ces dispositions ont séparé les autorités administratives et judiciaires, cette séparation se trouvait déjà dans les faits. De ces dispositions ne découle qu'une interdiction, dirigée aux corps judiciaires, de se mêler aux affaires administratives, mais non à l'inverse. Seules des dispositions postérieures sont venues équilibrer la séparation, par des interdictions réciproques, notamment la Constitution du 3 septembre 1791, titre III, chapitre V, art 1 et 4 et le Code pénal.

¹⁰⁸ Pour JACQUELIN, la juridiction administrative ne trouve pas sa base dans la séparation des pouvoirs, mais dans « *la règle de l'indépendance absolue de l'administration vis-à-vis de la justice* », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif, op. cit.*, p. 33.

l'occasion de l'impôt ou relativement à l'administration »¹⁰⁹. Toutefois, cette option qui aurait, dès la Révolution, permis de créer un système beaucoup plus conforme à la vision classique de la séparation des pouvoirs¹¹⁰, était porteuse de mauvais souvenirs pour les révolutionnaires¹¹¹. Il ne fallait pas réinstaurer des juridictions d'exception, entachées d'indépendance à l'égard de l'administration¹¹². L'option prise fut alors celle d'assigner le contentieux administratif à l'administration elle-même¹¹³. L'administration s'est ainsi vue confier le contentieux administratif par un ensemble de décisions d'espèce, motivées par le besoin présent de régler un contentieux qui, par le fait de la Révolution et, particulièrement, de la confirmation des interdictions aux juridictions, n'était attribué à aucune autorité. La décision de principe sur le contentieux administratif a été prise par la loi des 6-7 septembre 1790 après le rejet des projets instaurant une juridiction spéciale du contentieux administratif.

La décision semblait être la plus naturelle, marquant la continuité avec l'Ancien Régime : avoir recours à l'activité contentieuse de l'administration. Ce fut alors une administration qui délibérait et qui agissait, mais aussi une administration qui, de façon permanente et normale, le cas échéant, tranchait les contestations soulevées par sa propre action. Pendant toute cette époque et nonobstant la reconstitution napoléonienne du Conseil d'État, l'activité contentieuse de l'administration était la règle dans la résolution des litiges du contentieux administratif¹¹⁴. Nul principe ne créait encore l'idée de l'exclusivité juridictionnelle sur le contentieux, qui entraînerait l'exclusion de l'administration qui viendrait être ultérieurement qualifiée d'« active ».

L'an VIII marque la reconstitution d'institutions monarchiques dans le contexte du consulat : NAPOLEON, tout comme le roi, voulait se faire assister d'un Conseil que devait consulter le premier Consul, puis l'Empereur, tant dans les affaires d'administration ordinaire qu'en vue de la décision du contentieux administratif. La renaissance du Conseil d'État n'a pas signifié pour autant une rupture avec la règle générale de l'activité contentieuse de l'administration¹¹⁵ : seulement, désormais, il

¹⁰⁹ *Archives Parlementaires* 1 série, t. 10 p. 725. Un deuxième projet du 5 juillet 1790 a repris cette idée d'un Tribunal suprême d'Administration.

¹¹⁰ « le principe de séparation des pouvoirs, conçu comme un principe ayant « une valeur métaphysique et absolue » lui conférant « l'auréole dogmatique » (P. Sandevour, *ibidem*, p. 47, et aussi Jacquelin, thèse, *op. cit.*, p. 48 à 5.1.), implique en effet l'unité de la fonction juridictionnelle (...) le tribunal d'Administration n'est qu'un tribunal judiciaire spécial », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., Paris, 1970, p. 69.

¹¹¹ Les juridictions d'exception appelaient des mauvais souvenirs de l'ancien régime : Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, *op. cit.*, p. 442-443.

¹¹² « Leur inadaptation chronique aux nécessités de la gestion des intérêts publics ainsi que leur indépendance vis-à-vis de l'administration active, ont fini par discréditer irrémédiablement ces juridictions, au même titre que les parlements (...) », Eugénie PREVEDOUROU, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 31.

¹¹³ Le député PEZONS, du Tarn, plaide à la Constituante de 1790 pour assigner le contentieux administratif aux directeurs de département et de district pour ne pas : « couvrir la France de juges, accabler les peuples de frais et les tourmenter encore par des questions de compétence », *Archives parlementaires*, t 17, p. 675. ARTUR doute que ce discours ait été prononcé et il prétend qu'il a été seulement imprimé et distribué entre le 5 juillet et le 9 août 1790 et il aurait été arbitrairement introduit aux *Archives parlementaires* : Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 7^e article, *R.D.P.* 1902, p. 241, note 1.

¹¹⁴ Qui admettait des exceptions, car la loi de 1790 a directement assigné une part du contentieux administratif aux juridictions judiciaires, notamment les matières du domaine, les contrats privés, la voirie, les eaux et forêts, les monnaies, les contributions indirectes et les taxes, les droits de douane et de timbre.

¹¹⁵ L'an VIII marque la naissance d'une administration consultative en matière contentieuse qui a finalement pris pour elle, la décision du contentieux administratif. Cf. Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 157.

existait une nouvelle procédure pour la résolution du contentieux, une garantie additionnelle d'une décision appropriée. La réforme a installé une administration consultative auprès de l'administration qui devait trancher les litiges, afin de mieux informer l'autorité contentieuse. Cela permettait par ailleurs, d'œuvrer contre le préjugé de partialité à l'encontre d'une administration qui se jugeait elle-même¹¹⁶.

Le Conseil d'État, d'après les textes, tranchait lui-même les contestations¹¹⁷ ; mais, dans la pratique, il n'était qu'un organe d'instruction des affaires, la décision ne lui appartenant pas, même si dans les faits les projets d'ordonnance en matière contentieuse semblent être majoritairement adoptés¹¹⁸. Le Conseil d'État contribue à la résolution des litiges par la consultation, cependant, la prérogative de décision appartient encore à l'administration. Il s'agissait d'une justice retenue, propre à l'Ancien Régime.

En revanche, l'instauration des conseils de préfecture¹¹⁹ a signifié un véritable changement. À la différence du Conseil d'État, les conseils de préfecture étaient de véritables juridictions, les « *premiers juges du contentieux administratif* »¹²⁰, disposant d'un pouvoir propre de décision des affaires de contentieux ou de justice déléguée, alors même qu'ils étaient présidés par le préfet. Cependant, les conseils de préfecture étaient des juges d'exception dont la compétence se limitait à certaines affaires¹²¹ et, par conséquent, l'activité contentieuse de l'administration continuait à être la règle générale pour le règlement du contentieux administratif.

La juridiction administrative, fréquemment contestée sous l'Ancien Régime par les Parlements devait, après la Révolution, répondre aux questionnements de la séparation des pouvoirs. La réponse est donnée par la rationalisation du système, ayant contribué décisivement à la vision juridictionnelle du contentieux.

¹¹⁶ « (...) on estime aussi que, pour obtenir une meilleure justice, il fallait faire participer au jugement du contentieux administratif des organes administratifs consultatifs, parce qu'ils pouvaient passer comme ayant moins pris parti dans les affaires à juger que les organes de l'administration active », *idem.*, p. 157.

¹¹⁷ La Constitution de l'an VIII disposait « *Sous la direction des Consuls, un Conseil d'État est chargé de (...) résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* » Reproduit à l'article 50 de la Constitution de 1852. Pour VIVIEN, la Constitution prévoyait dès l'origine, une justice déléguée et, en conséquence, la justice retenue serait une espèce d'usurpation : Auguste VIVIEN, *Études administratives, op. cit.*, p. 22.

¹¹⁸ « *Aucune décision du Conseil d'État ne fut jamais altérée, toutes reçurent la sanction. On prétend seulement qu'en une ou deux occasions, cette sanction ne fut donnée qu'après un long retard et avec hésitation* » Auguste VIVIEN, *Études administratives, op. cit.*, p. 159. Cf. Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, J.-P. RORET, Paris, 1828, p. 281-282. Néanmoins, JACQUELIN affirme qu'en deux opportunités le projet présenté a été rejeté « (...) *le chef du pouvoir exécutif ne refusait jamais pour ainsi dire son approbation aux décisions rendues par cette juridiction ; à peine peut-on citer trois ou quatre cas, anciens du reste, où il en fut autrement* », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif, op. cit.*, p. 184.

¹¹⁹ Loi du 28 pluviôse an VIII, 17 fév. 1800.

¹²⁰ Bernard PACTEAU, « Les Conseils de préfecture au XIXe siècle. Installation, implantation et interrogations », in *Les conseils de préfecture (an VIII-1953)*, Université de Poitiers, L.G.D.J., Poitiers, 2005, p. 7.

¹²¹ Les conseils de préfecture étaient compétents en matière des travaux publics, des contributions directes, du contentieux de grande voirie et des domaines nationaux. « *Les compétences contentieuses des conseils de préfecture, pour revenir à leurs fonctions principales de juge, étaient en tout cas expressément énumérées, donc circonscrites quand bien l'Exposé des motifs de la loi eût pour ambition de leur attribuer le jugement du contentieux dans toutes les parties de l'administration* », Bernard PACTEAU, « Les Conseils de préfecture au XIXe siècle. Installation, implantation et interrogations », *loc. cit.*, p. 5.

B. La rationalisation du système

La juridiction administrative a été créée à la suite de la décision politique d'attribuer le contentieux administratif aux autorités administratives et d'interdire aux juridictions de prendre connaissance des affaires administratives. Il s'agit de réponses qui s'expliquent en raison de décisions politiques motivées par des circonstances historiques. Or, cela a appelé dans la doctrine une explication théorique, c'est-à-dire une rationalisation. Il faut noter que la vision classique de la séparation des pouvoirs allait à l'encontre d'un système excluant les juridictions d'une partie importante du contentieux, pour la confier à l'administration. La séparation des pouvoirs s'est ainsi constituée en obstacle théorique à la juridiction administrative. La façon de répondre à un tel obstacle devait être également théorique.

C'est ainsi que la doctrine a élaboré la théorie d'après laquelle juger l'administration serait encore administrer¹²² : il ne s'agirait pas de méconnaître la séparation des fonctions puisque, lorsque l'administration tranche un litige, elle ne ferait qu'administrer. Le règlement du contentieux administratif serait « encore » une activité administrative et, comme telle, interdite aux juridictions judiciaires¹²³. La juridiction juge et l'administration administre ; et en cela, elle agit aussi quand elle tranche le contentieux¹²⁴. La juridiction ne serait donc pas seulement administrative à partir de son champ de compétences, mais aussi en raison du fait qu'elle administre¹²⁵.

L'administration n'exercerait aucune fonction juridictionnelle. Si tel était le cas, cela pourrait être considéré comme contraire à la séparation des pouvoirs. Elle respecterait, au contraire, une certaine séparation des pouvoirs à la française dont juger l'administration ne serait pas vraiment juger. Pour CHAUVEAU, la séparation des pouvoirs renverrait alors aux deux pouvoirs constitués, législatif et exécutif, tandis que la séparation des autorités administratives et judiciaires serait une

¹²² La systématisation du principe « Juger l'administration, c'est encore administrer », est l'œuvre de HENRION de PANSEY, pour qui « (...) le pouvoir administratif s'exerce de deux manières : par des ordonnances et par des décisions. Pourvoir, par des ordonnances, à l'exécution des lois, à la sûreté de l'État, au maintien de l'ordre public, aux différents besoins de la société, c'est administrer. Statuer, par des décisions, sur les réclamations auxquelles ces ordonnances peuvent donner lieu, et sur les oppositions que des particuliers se croiroient en droit de former à leur exécution, c'est encore administrer », Pierre-Paul-Nicolas HENRION de PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Théophile Barrois, Paris, 1827, t. II, p. 311.

¹²³ « Ce sont d'abord des raisons pratiques dont la principale est tirée de cette idée qu'il faut des aptitudes particulières pour juger le contentieux administratif, parce qu'il y a lieu d'y appliquer ce droit spécial qu'est le droit administratif et d'y résoudre ces questions techniques que soulève le fonctionnement des services publics. Des raisons théoriques ont aussi agi, notamment et surtout le principe de la séparation des pouvoirs et ses interprétations », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 91.

¹²⁴ « Mais l'administration elle-même n'est point renfermée dans son unité ; elle agit ou elle juge. (...) Elle juge, lorsque son action, qui ne s'exerce jamais qu'à profit des intérêts généraux et de l'intérêt public, rencontre des oppositions légitimes ; lorsqu'il faut qu'elle décide (...) », Réponse du comte Jean-Étienne-Marie PORTALIS, garde des Sceaux, en Réponse au Compte Gaëtan de LA ROCHEFOULD qui, en 1828, demandait au roi en chambre des députés, l'élaboration d'un projet de loi sur le statut et les compétences du Conseil d'État in Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., p. 440-441.

¹²⁵ « Mais si l'on ne doit voir qu'une branche de l'administration dans le contentieux administratif, il faut reconnaître que, pour exercer cette espèce de juridiction, il n'est pas nécessaire d'être revêtu du caractère de juge, qu'il suffit d'être administrateur », Pierre-Paul-Nicolas HENRION de PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, op. cit., p. 312. « Jurisdiction administrative parce qu'elle administre (...) », Andrés OSPINA GARZÓN, *De la Jurisdicción administrativa a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, ¿Un viaje de ida y vuelta?*, t. V Série de Droit administratif, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2009, p. 37.

disposition arbitrant les relations au sein du pouvoir exécutif¹²⁶. Même si cette idée de la version française de la séparation des pouvoirs met en évidence un lien artificiel¹²⁷ entre un principe prérévolutionnaire et une certaine interprétation de la séparation des pouvoirs, elle est acceptée par le Conseil constitutionnel afin d'asseoir constitutionnellement la compétence de la juridiction administrative¹²⁸. En suivant le Conseil constitutionnel, la conception française de la séparation des pouvoirs viserait la compétence de principe de la juridiction administrative à l'égard de la décision définitive du contentieux administratif¹²⁹. Le principe, *juger l'administration c'est encore administrer*, et la conception française de la séparation des pouvoirs sont des justifications théoriques *a posteriori*¹³⁰ de la juridiction administrative et, « (...) rien n'est plus dérisoire qu'une présentation de logique abstraite d'un problème qui se pose en réalité dans les faits, et dont la solution n'est donc jamais qu'une affaire de choix, et donc de volonté»¹³¹.

Or, ce principe, *Juger l'administration c'est encore administrer*, qui pourrait fonder *a priori* la règle générale de l'activité contentieuse de l'administration tantôt active, tantôt juridictionnelle, est progressivement nié à l'administration active et il est devenu exclusif de l'administration juridictionnelle, dans le processus de consolidation de sa fonction contentieuse exclusive¹³². L'administration contentieuse est ainsi devenue un concept réservé à la juridiction administrative¹³³. *Juger l'administration c'était encore administrer*; mais, administrer ne signifiait pas pour autant, détenir le pouvoir de juger. MACAREL propose alors : « "Administrer est le fait d'un seul, juger est le fait de plusieurs" (...) Qu'il nous soit permis d'ajouter que juger, entre les administrateurs et les

¹²⁶ « J'admets la division tripartite qu'enseigne le célèbre Rossi : Pouvoir législatif, pouvoir exécutif, pouvoir judiciaire » : Adolphe CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, t. I, Cotillon, Paris, 1841, p. XVIII. En conséquence, l'auteur interprète que la séparation des autorités c'est la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire « Le pouvoir administratif, l'autorité administrative, c'est le pouvoir exécutif. Il y a donc eu proclamation d'indépendance réciproque entre ces deux grands pouvoirs, le pouvoir exécutif, et le pouvoir judiciaire », *op. cit.* p. XIX.

¹²⁷ Le doyen VEDEL, membre du Conseil constitutionnel et rapporteur de la décision sur la compétence de la cour d'appel de Paris sur certains contentieux administratifs, explique pourquoi le Conseil constitutionnel n'a pas pu étayer la compétence de la juridiction administrative sur la séparation des pouvoirs : « *Le recours au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs comme fondement de la séparation des autorités administratives et judiciaires s'avérait inopérant. D'abord parce que cette filiation était d'une inauthenticité criante : les pays qui pratiquent le mieux la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, la Grande-Bretagne et les États-Unis, subordonnent leurs autorités et leurs juridictions administratives (ou l'équivalent) aux Cours de justice ; la France a appliqué la séparation des autorités administratives et judiciaires sous des régimes constitutionnels de confusion des pouvoirs* », Georges VEDEL, « préface » à la thèse Pierre ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique t. 80, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 4 de la préface.

¹²⁸ « (...) conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises (...) », C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.* p. 7, § 15.

¹²⁹ Il s'agit d'une matière qui « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative (...) », C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 15, *Rec.* p. 7.

¹³⁰ À l'égard de la doctrine qui a justifié la juridiction administrative, le doyen VEDEL se prononce : « *Sa spécificité, puisqu'il y tient, est de fournir généralement une couverture logique honorable à des péripéties souvent contingentes et à s'applaudir de si bien raisonner* », Georges VEDEL, « Hasard et nécessité », *Revue Administrative*, Numéro spécial n° 3, 2000, p. 208.

¹³¹ Francis-Paul BENOIT, « Les fondements de la justice administrative », *loc. cit.*, p. 294.

¹³² Le principe *juger l'administration, c'est encore administrer* cherchait à justifier la juridiction administrative et non à expliquer l'activité contentieuse de l'administration. Donc, pour justifier la juridiction administrative, il a dû être accompagné de l'idée de l'exclusivité contentieuse de la juridiction administrative.

¹³³ « *La pure administration était synonyme d'administration active : elle est celle qui ne peut se prononcer sur les droits. L'administration contentieuse empruntait en revanche le canal de l'administration érigée en juridiction (conseils de préfecture et Conseil d'État)* », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, P.U.F. Paris, 2002, p.92.

*administrés, doit être le fait de plusieurs, parmi lesquels aucun n'administre*¹³⁴. La séparation n'a pas été complètement suivie : les conseillers n'ont pas une compétence exclusivement contentieuse, en raison de la règle de la double appartenance¹³⁵.

En outre, le concept même du contentieux administratif¹³⁶ s'est constitué en une barrière pour l'activité contentieuse de l'administration : en tant que concept fonctionnel, il sert à déterminer le domaine propre et exclusif de la juridiction administrative et cela non seulement à l'égard de la juridiction judiciaire¹³⁷, mais aussi selon une certaine interprétation de l'arrêt *Cadot*¹³⁸, à l'égard de l'administration. Le concept du contentieux administratif devient l'instrument fondamental de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux. Par conséquent, il en résulte l'étroitesse de la notion du contentieux administratif, faisant référence exclusivement aux affaires tranchées par la juridiction administrative¹³⁹.

La doctrine la plus avisée a expliqué de quelle manière la justification de la juridiction administrative ne se trouve nullement dans les principes abstraits dont celui de la séparation des pouvoirs. La justification de la juridiction administrative se trouve dans une volonté politique de confier ce contentieux à l'administration elle-même. Or, il reste à préciser comment cette volonté de confier ce contentieux aux autorités administratives et gouvernementales se transforme en une volonté de le confier à des structures simplement «*proches*»¹⁴⁰ de l'administration, qui désormais n'est qualifiée que d'*active*. C'est dans le processus de consolidation de la juridiction administrative que l'on peut expliquer le refus du contentieux à l'administration simplement active.

¹³⁴ Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., p. 57. Il faisait référence en l'espèce au fait que le préfet présidait les conseils de préfecture, avec une voix prépondérante en cas de partage des voix, ce qu'il trouvait inconcevable et qui détruisait le plus grand bienfait de la loi de l'an VIII de création des conseils de préfecture : « *C'est-à-dire la séparation de ces deux choses : administrer et juger* », op. cit., p. 60.

¹³⁵ La règle de la double appartenance (section du contentieux et une section administrative) a été adoptée par le décret du 30 juillet 1963. « (...) il est un des symboles de la spécificité du système français de contrôle juridictionnel de l'administration », Roland DRAGO, « Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public - Mélanges offerts à Marcel WALINE*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 388. Or, si le décret du 6 mars 2008 réduit radicalement la représentation des sections administratives à l'intérieur des formations contentieuses, la règle, bien qu'affaiblie, reste en vigueur.

¹³⁶ Les origines de l'idée d'un contentieux différent se trouvent dans la « *summa divisio* » médiévale entre les causes « *touchant le roi* », et les causes entre parties privées ou « *de partie à partie* », Katia WEIDENFELD, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIVe – XVe siècles)*, thèse, Paris II, De Boccard, Paris, 2001, p. 543. Cf. Jean-Louis MESTRE, « Le traitement du contentieux administratif au XVIIIe siècle », *La revue administrative*, édition spéciale *Le Conseil d'État avant le Conseil d'État*, 1999, p. 83.

¹³⁷ « (...) le développement de la notion de contentieux administratif, qui est une notion fonctionnelle, forgée pour opposer une barrière aux investigations judiciaires et pour étendre la compétence des corps administratifs », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 48.

¹³⁸ C.E.f. 13 de déc. 1889, *Cadot*, Rec., 1148, concl. JAGERSCHMIDT ; S., 1892, 3, 17, note HAURIU.

¹³⁹ La thèse du professeur GOHIN, d'après laquelle l'activité contentieuse de l'administration fait partie de ce qu'il nomme le « *contentieux administratif au sens large* », s'oppose à la doctrine qui a mésinterprété l'arrêt *Cadot* comme une interdiction du contentieux faite à l'administration active. Cf. Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 1.

¹⁴⁰ « (...) le choix que ces requêtes soient adressées aux autorités elles-mêmes, administratives et gouvernementales, et non point devant les juges (...) », Francis-Paul BENOIT, « Les fondements de la justice administrative », loc. cit., p. 290. « *une volonté politique, constante et positive, d'accepter un contrôle (...) par des structures contentieuses proches d'elle (...)* », *ibidem*, p. 294.

§2. La consolidation de la juridiction administrative

La juridiction administrative devait se consolider par l'absorption absolue de sa matière réservée : le contentieux administratif. Pour cette consolidation, deux instruments ont servi à donner l'impression d'une exclusivité de la juridiction administrative, dans le règlement du contentieux administratif : d'un côté, l'assimilation du contentieux à la juridiction (A), accompagnée, d'un autre côté, de l'occultation de l'activité contentieuse de l'administration dite « active » (B).

A. L'assimilation du contentieux à la juridiction

Inspirés directement des textes relatifs au Conseil d'État¹⁴¹, cinq auteurs ont construit l'assimilation du contentieux à la juridiction¹⁴² et, en conséquence, ont mis en relief le caractère non contentieux des recours administratifs. Il s'agit d'Émile-Victor FOU CART, de VIVIEN, de Théophile DUCROCO, d'Émile ARTUR et de Léon MAIRE pour lesquels l'assimilation n'est pas seulement linguistique, mais aussi, réelle : dès qu'il existe un contentieux, nécessairement il doit être tranché par la juridiction, « *ce qui est aberrant* »¹⁴³. Placé au milieu de ce courant, LAFERRIERE a mis en relief la fiction qui était en train de se forger. Mais, sa doctrine, malgré sa clarté, n'a pas été suivie et la vision du monopole juridictionnel du contentieux a continué à se construire en France.

1. Les origines de l'assimilation

Tout d'abord, FOU CART réserve le terme *administration contentieuse* à la juridiction administrative car, dans les recours administratifs, l'administré n'invoque qu'un intérêt¹⁴⁴ : « *Il n'y a là rien de contentieux, tout est discrétionnaire* » tandis que, devant la juridiction administrative, « *l'administration alors est revêtue d'une juridiction ; elle est vraiment contentieuse* »¹⁴⁵. La simple invocation d'un droit comme moyen du recours détermine, pour lui, l'incompétence de l'administration active¹⁴⁶. L'équation : question contentieuse = juridiction = contradiction¹⁴⁷ était déjà acquise.

¹⁴¹ Même si l'art. 52 de la Constitution de l'an VIII n'utilise pas le terme contentieux – « *difficultés qui s'élèvent en matière administrative* », ce terme est introduit par l'arrêté des consuls du 5 Nivôse an VIII qui attribue au Conseil la connaissance des « *affaires contentieuses dont la décision était précédemment remises aux Ministres* ». Le décret du 11 juin 1806 parle des « *affaires contentieuses* » et, pour cela, il crée une commission du contentieux. Le règlement du Conseil d'État (décret du 22 juillet 1806) utilise aussi l'expression affaires contentieuses. Or, aucune de ces normes n'affirme qu'en dehors du Conseil d'État il n'existe pas de contentieux.

¹⁴² Auparavant le terme « *juridiction* » pouvait être assimilé au pouvoir ou à compétence : « (...) *l'ordre administratif se compose de plusieurs juridictions : administrative, gracieuse et contentieuse* », Louis-Antoine MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative*, op. cit., p. 3.

¹⁴³ Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 233.

¹⁴⁴ Notamment lorsqu'il résulte affecté par l'acte : C.E.f. 4 mars 1809, *David c. Giraud*, Jean-Baptiste Sirey, *Jurisprudence du Conseil d'État, depuis 1806... Jusqu'à la fin de septembre 1818*, t. IV, p. 81.

¹⁴⁵ Émile-Victor FOU CART, *Éléments de droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du Droit public positif avec l'indication des lois à l'appui*, 3^e éd. t. I, Videcoq, Paris, 1843, p. 174.

¹⁴⁶ Dans le cas où l'administré invoquerait un « droit », « *La question est portée devant des juges administratifs, (...) leurs décisions sont des jugements* », *idem*.

¹⁴⁷ « (...) *une question contentieuse qui doit être jugée par les tribunaux administratifs (...) après une instruction contradictoire (...)* », *ibidem*, op. cit., p. 176.

VIVIEN, quant à lui¹⁴⁸, justifie pleinement le monopole juridictionnel du contentieux, sur la base de l'argument du besoin d'un contentieux centralisé, à l'image même du gouvernement¹⁴⁹. De ce fait, logiquement, VIVIEN se présentait en contradicteur du ministre-juge qu'il qualifie comme une « *monstrueuse confusion des pouvoirs !* »¹⁵⁰ puisque, pour lui, la séparation ne devait pas s'opérer entre l'administration active et la juridiction administrative, ce qui ferait penser simplement à l'indépendance des deux *organes*, mais entre l'administration active et le jugement du contentieux¹⁵¹. Pour VIVIEN, tout jugement du contentieux devrait être juridictionnel afin de préserver les garanties et la sécurité des citoyens¹⁵².

Théophile DUCROQC, le successeur de FOUCART à la chaire de droit administratif de l'Université de Poitiers, continue l'élaboration de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux. Il définit le contentieux administratif comme celui porté devant la juridiction administrative¹⁵³. Les recours portés au Conseil d'État sont, pour lui, la seule « *voie contentieuse* »¹⁵⁴, qu'il oppose aux « *matières d'administration pure* »¹⁵⁵ où les recours ne sont soumis à aucune règle ou formalité ou rigueur¹⁵⁶. DUCROQC se rallie à la critique des « *attributions contentieuses des administrateurs* » et il présente la juridictionnalisation¹⁵⁷ complète du contentieux comme quelque chose de nécessaire au progrès¹⁵⁸, sans préciser véritablement de quel progrès il s'agit.

2. Laferrière : à contre-courant, mais isolé

À travers ces contributions, le programme de monopolisation du contentieux avait déjà pris le bon chemin. En 1887, est publié la première édition de l'ouvrage d'Édouard LAFERRIERE : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Tout comme les auteurs qui l'ont précédé, LAFERRIERE utilise le terme de recours « *contentieux* » dans le sens des recours juridictionnels et limite

¹⁴⁸ Même s'il se montrait isolé à son époque en affirmant déjà le caractère exclusivement juridictionnel de la juridiction administrative et l'artificialité du principe juger l'administration, c'est encore administrer : « (...) *on pouvait ne voir qu'une satisfaction donnée à des théories qui, pour être fausses, ne s'en montraient pas moins exigeantes* », Auguste VIVIEN, *Études administratives*, 3^e éd. t. I, *op. cit.*, p. 135.

¹⁴⁹ « *Le contentieux de l'administration a besoin d'être centralisé comme le gouvernement lui-même, et déféré, au moins sur l'appel, à un tribunal unique* », *ibidem*, p. 143. Et de cette façon on garantit « *l'unité dans l'application des lois (...)* », *ibidem*, p. 157.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 134

¹⁵¹ « *C'est aux ministres qu'appartient la juridiction administrative universelle de premier ressort (...)* On peut s'étonner à bon droit que le principe de la séparation entre l'administration active et le jugement du contentieux (...) soit ainsi méconnus », *ibidem*, p. 153.

¹⁵² « *Le jour où la justice tomberait entre les mains de l'administration, il n'y aurait plus pour les citoyens ni garanties, ni sécurité* », *ibidem*, p. 17.

¹⁵³ « *On appelle contentieux administratif l'ensemble des matières de la compétence des tribunaux administratifs* », Théophile DUCROQC, *Cours de Droit administratif*, 1^{re} éd. Auguste Durand Libraire-éditeur, Paris, 1862, p. 64.

¹⁵⁴ Théophile DUCROQC, *Cours de Droit administratif*, 5^e éd. *op. cit.*, p. 225.

¹⁵⁵ « *Mêler le contentieux administratif aux matières d'Administration pure, ce serait exagérer la puissance des agents de l'administration active et enlever aux administrés leur plus efficace garantie contre l'abus de pouvoir* », *ibidem*, p. 227.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 224.

¹⁵⁷ Ici le terme est utilisé dans le sens d'assignation d'une compétence à une juridiction ; juridictionnalisation de la compétence.

¹⁵⁸ « *Un pas de plus dans la voie du progrès consisterait, suivant nous, à faire complètement disparaître les attributions contentieuses des administrateurs, et à réaliser le principe de séparation posé depuis l'an VIII entre l'action et la juridiction administrative* », Théophile Ducroqc, *Cours de Droit administratif*, 5^e éd. *op. cit.*, p. 373.

le terme juridiction à la fonction de dire le droit, comme une fonction étrangère à l'administration active et propre à la juridiction administrative¹⁵⁹. De même, il limite le contentieux administratif à celui qui est « (...) *déféré à la juridiction administrative (...)*»¹⁶⁰. Or, une lecture attentive de son *Traité* montre qu'il n'acceptait pas un monopole juridictionnel du contentieux, mais une sorte de *monopole juridictionnel de la juridiction* (pas des fonctions juridictionnelles des administrateurs)¹⁶¹. Sa pensée, à l'encontre des administrateurs dits « *juges* », ne se fondait pas sur une certaine usurpation de la fonction contentieuse. Au contraire, il montre la véritable nature contentieuse, et non juridictionnelle, des fonctions des ministres. Ainsi, LAFERRIERE a clairement séparé les termes de juridiction et de contentieux, et, en conséquence, il redéfinit le contentieux administratif comme « *l'ensemble des contestations juridiques auxquelles donne lieu l'action administrative* » et il reconnaît que sa résolution peut être répartie « *entre l'administration active, les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires*»¹⁶².

Malgré la netteté et le poids de la pensée de LAFERRIERE, après lui la doctrine et la jurisprudence¹⁶³ vont tomber, à nouveau, dans la confusion des concepts de juridiction et de contentieux. En effet, en dépit du dépérissement de la théorie du ministre-juge, pour JACQUELIN, quelques ministres conservaient encore des compétences juridictionnelles pour trancher certains contentieux électoraux¹⁶⁴. Selon lui, juridiction et contentieux sont des synonymes et un monopole juridictionnel du contentieux existe. Mais les ministres peuvent, exceptionnellement, avoir des fonctions « *juridictionnelles* »¹⁶⁵. De même, pour ARTUR, recours contentieux signifie juridictionnel et autorité contentieuse signifie juge¹⁶⁶. Il n'y a de « *contentieux administratif* » que si une autorité juridictionnelle¹⁶⁷ intervient. Par conséquent, il nie tout caractère « *contentieux* » aux recours administratifs¹⁶⁸. Or, ARTUR reconnaît que l'administration est normalement conduite à décider sur des « *questions contentieuses* »¹⁶⁹. Mais, dans ces cas, l'activité de l'administration est administrative, non *contentieuse*, car le contraire signifierait, semble-t-il, qu'elle est *juridictionnelle*¹⁷⁰. En réalité, ARTUR ne pouvait pas faire autrement : en acceptant que *contentieux* signifiait *juridictionnel*, il devait affirmer la nature administrative afin de ne pas soutenir que les recours administratifs étaient des recours

¹⁵⁹ « *C'est ce que l'on appelle la juridiction gracieuse de l'administration ; - expression d'ailleurs impropre, car le mot de juridiction (jus dicere, juris dictio) ne saurait exactement s'appliquer lorsqu'il n'y a point à dire le droit; mais, seulement à trancher des questions d'équité et d'opportunité* », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, op. cit., p. 6.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 8.

¹⁶¹ Les attributions d'ordre juridictionnel « (...) *résident tout entières dans les tribunaux administratifs* », *ibidem*, p. 15.

¹⁶² Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, op. cit., p. 10.

¹⁶³ Ainsi, la jurisprudence reconnaît l'existence des juridictions administratives spécialisées sur le fondement de l'exercice de la fonction contentieuse ou des garanties en découlant.

¹⁶⁴ René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, op. cit., p. 196.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 192.

¹⁶⁶ « (...) *des recours contentieux, c'est-à-dire un recours par devant des juges* », Émile ARTUR, « *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions* », 1^{er} article, *loc. cit.*, p. 235.

¹⁶⁷ « *D'après nous, pour qu'il y ait contentieux administratif, il faut : 1° une matière contentieuse, c'est-à-dire un droit violé ; 2° une autorité contentieuse (juridictionnelle), c'est-à-dire une autorité qui ait mission d'affirmer le droit violé à l'effet de le faire respecter, 3° une autorité contentieuse distincte des tribunaux judiciaires (juge administratif) ; 4° il faut que celui dont le droit a été violé ait saisi cette autorité* », Émile ARTUR, « *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions* », 4^e article, *R.D.P.* 1900, sept. – oct., p. 246.

¹⁶⁸ Émile ARTUR, « *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions* », 1^{er} article, *loc. cit.*, p. 245.

¹⁶⁹ Émile ARTUR, « *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions* », 4^e article, *loc. cit.*, p. 250.

¹⁷⁰ « *On pourrait dire : « Attributions administratives qui ont été autrefois considérées comme contentieuses »*, *ibidem*, note 2, p. 265.

juridictionnels. En s'éloignant de la séparation entre la juridiction et le contentieux, signalée par LAFERRIERE, ARTUR avait été conduit à construire un discours compliqué, souvent tautologique.

Le groupe des auteurs contribuant à la consolidation de la juridiction administrative par l'exclusivité dans la fonction contentieuse, en dépit des explications de LAFERRIERE, est complété par Léon MARIE. Pour lui, il était « *indispensable* » qu'une autorité juridictionnelle tranchât les recours contentieux qui ont pour fonction la résolution des « *litiges* »¹⁷¹. Tout d'abord, seul le juge dit le droit et cela le différencie de l'administration¹⁷² ; ensuite, lorsque l'administration décide sur un recours administratif, elle n'agit que motivée par une « *bonne volonté* »¹⁷³. Finalement, la juridiction est la seule qui puisse assurer les garanties processuelles, le contentieux n'étant fait que pour être décidé par une juridiction¹⁷⁴. Le critère organique d'identification du contentieux était alors très simple, car pour être contentieux, il suffisait d'être confié à une juridiction¹⁷⁵.

Paradoxalement, la contribution décisive de LAFERRIERE contre le ministre-juge¹⁷⁶ aurait eu comme conséquence le perfectionnement jurisprudentiel de la vision du monopole juridictionnel du contentieux. L'abandon définitif, par l'arrêt *Cadot*¹⁷⁷, de la théorie du ministre-juge qui faussait l'activité contentieuse de l'administration, va contribuer radicalement à l'occultation de l'activité contentieuse de l'administration. Si l'on considérait que contentieux et juridiction avaient le même contenu, le refus de confier la fonction juridictionnelle à l'administration active, opérée par l'arrêt *Cadot*, aurait définitivement écarté toute activité contentieuse de l'administration active et, par conséquent, la juridiction administrative aurait acquis, à partir de cette décision, une fonction propre et surtout exclusive¹⁷⁸ : le contentieux administratif¹⁷⁹.

Or, ni l'assimilation des termes contentieux et juridiction ni les arguments en faveur de la

¹⁷¹ « (...) dans les litiges qui naissent entre l'administration et les particuliers ou entre les diverses personnes administratives, il est indispensable qu'une autorité juridictionnelle intervienne pour trancher la difficulté conformément à la règle de droit (...) Cette intervention, c'est au moyen du recours contentieux qu'elle se produit (...) », Léon MARIE, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », 1^{er} article, *R.D.P.* 1901, p. 266-267.

¹⁷² « Dans notre organisation juridictionnelle (...) le juge est investi d'une double mission : d'une part, il est chargé de juger, de dire le droit, jus dicere ; d'autre part, il est chargé de rétablir le droit, jus restituer (...) C'est en remplissant le premier de ces rôles que le juge, (...) se distingue surtout d'un administrateur (...) », Léon MARIE, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », 1^{er} article, *loc. cit.*, p. 277-278.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 276-277.

¹⁷⁴ « (...) que l'observation de ces règles ne peut être assurée d'une manière efficace que par l'intervention d'une autorité investie d'un pouvoir juridictionnel », *ibidem*, p. 294.

¹⁷⁵ « Le recours pour excès de pouvoir est sans contredit, compris parmi ces recours que le Conseil d'État « juge » et qui ont par cela même un caractère contentieux », *ibidem*, p. 285.

¹⁷⁶ LAFERRIERE est cité par le commissaire du gouvernement JAGERSCHMIDT en appui de ses conclusions sur l'affaire *Cadot* : Henri JAGERSCHMIDT, Conclusions sur l'arrêt *Cadot*, *Rec.* 1889, p. 1151.

¹⁷⁷ C.E.f. 13 de déc. 1889, *Cadot*, *Rec.*, 1148, concl. JAGERSCHMIDT ; S., 1892, 3, 17, note HAURIU.

¹⁷⁸ « C'est depuis que le Conseil d'État l'a formulée qu'on peut vraiment le dire juge de droit commun en premier ressort en matière administrative », Maurice HAURIU, note sous C.E.f. 29 avril 1892, *Wotting c/Ville de Limoges*, S. 1892, III partie, p. 17.

¹⁷⁹ « (...) partout où il existe une autorité ayant un pouvoir de décision propre, pouvant rendre des décisions administratives exécutoires, un débat contentieux peut naître et le Conseil d'État peut être directement saisi », Henri JAGERSCHMIDT, Conclusions sur l'arrêt du C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot*, *Rec.*, p. 1152. Dans les conclusions, le terme recours contentieux est utilisé comme recours juridictionnel « Il existe une décision émanée d'une autorité ayant un pouvoir de décision propre qui est susceptible d'un recours contentieux, et qui pouvait vous être directement déféré », *idem*.

juridictionnalisation absolue du contentieux ni la condamnation de la théorie du ministre-juge n'ont condamné l'activité contentieuse de l'administration. La consolidation de la juridiction administrative a provoqué, donc, l'occultation de l'activité contentieuse de l'administration.

B. L'occultation de l'activité contentieuse de l'administration dite « active »

L'existence de l'activité contentieuse de l'administration active se montrait en soi comme un argument à l'encontre de la juridiction administrative : non seulement l'administration active réalise, en principe, la même fonction que la juridiction administrative, malgré la reconstruction opérée par la loi du 28 pluviôse an VIII¹⁸⁰, mais aussi elle le fait souvent dans un contexte de protection des droits processuels. Tant le maire que les conseils de préfecture réalisaient la même fonction de résolution des litiges. La situation du Conseil d'État était différente dans la mesure où, formellement, elle ne décide pas les litiges, sous la logique de la justice retenue. La spécificité du système français déterminant que le juge est issu du sein même de l'administration a commandé un effort important de spécialisation et de différenciation, voire d'indépendance. En vue d'acquiescer son statut juridictionnel, la juridiction administrative devait s'emparer d'un domaine propre, ainsi qu'exercer sa fonction de la même façon que les juridictions judiciaires quant à la procédure et les garanties, tout en marquant une différence profonde avec la façon d'agir de l'administration dite non contentieuse¹⁸¹, à l'égard de laquelle elle devait être indépendante. Les instruments de l'occultation (1) de l'activité contentieuse de l'administration se sont montrés efficaces : l'occultation a été réussie (2).

1. Les instruments de l'occultation

Les instruments accomplissant la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux ont été adaptés à la finalité d'occultation de l'activité contentieuse de l'administration.

Tout d'abord, il fallait neutraliser la nature contentieuse des recours administratifs. Bien que ces derniers soient l'origine historique de la juridiction administrative, c'est la juridiction administrative qui s'emparait désormais du contentieux, les dépouillant de toute forme contentieuse. Pour coexister avec la juridiction administrative, les recours administratifs devaient remplir une fonction considérée comme non contentieuse¹⁸². Pour répondre à ce défi d'occultation

¹⁸⁰ Concernant la construction progressive de la juridiction administrative, à partir du principe de séparation de l'administration active et la juridiction administrative, « *Trois grandes périodes se dégagent donc nettement. Jusqu'en l'an VIII, la justice administrative reste confondue avec l'administration active ; de 1799 à 1872, le principe de séparation se forme lentement ; de 1872 jusqu'au début du XXe siècle, on peut considérer qu'il reçoit une consécration éclatante ; mais, parvenant mal à dissimuler ses failles et ses ambiguïtés* », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁸¹ En ce sens, on ne peut pas vraiment parler d'une procédure, mais d'une façon d'agir de l'administration puisque la procédure serait désormais réservée à la juridiction : cf. Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸² La section du rapport et des études du Conseil d'État affirme clairement que reconnaître la nature contentieuse aux recours administratifs, comme règle générale, aurait des conséquences profondes sur la division des tâches et sur le binôme contentieux et précontentieux : « *ou le Gouvernement et le Parlement estiment qu'il faut se prévaloir de ces exemples, et modifier assez profondément la division des tâches entre l'administration et le juge,*

de l'activité contentieuse de l'administration, les recours administratifs sont considérés comme un moyen de demander à l'administration, par la voie d'une pétition, d'exercer ses pouvoirs d'autocontrôle dont elle dispose d'office¹⁸³.

Ensuite, il fallait que la juridiction administrative absorbe les garanties processuelles qui seraient progressivement démantelées en faveur de la juridiction administrative¹⁸⁴. L'activité contentieuse de l'administration est dès lors vouée à être un moyen majoritairement inefficace, peu respectueuse des droits processuels des administrés et considérée comme l'un des privilèges de l'administration. Le souci principal n'était pas de protéger les administrés à tout moment, mais de réserver cette protection à la juridiction administrative¹⁸⁵ ou aux juridictions administratives.

Enfin, la transformation des autorités ou commissions administratives remplissant des fonctions contentieuses en juridictions administratives spécialisées annonce aussi un instrument efficace d'occultation de l'activité contentieuse de l'administration¹⁸⁶.

Néanmoins, l'ampleur de l'activité contentieuse de l'administration a poussé l'abandon de la reconnaissance massive des juridictions administratives spécialisées, au risque de transformer en juridiction une partie importante de l'administration active : l'administration contentieuse. Le Conseil d'État plaide, dès 1975, en faveur de la fin de cette dérive¹⁸⁷. Dès lors, il existerait une présomption jurisprudentielle du caractère administratif, et non juridictionnelle des autorités administratives¹⁸⁸, garantissant la prolongation des acquis de l'arrêt *Cadot* comme sauvegarde contre le retour du

entre le pré-contentieux et le contentieux, comme cela a été fait avec grand succès, il y a plus d'un demi-siècle, en matière fiscale », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude de la section du rapport et des études, La documentation française, Paris, 1993, p. 25. Cette prétendue modification de la division des tâches entre l'administration et la juridiction a pour point de départ, la vision juridictionnelle du contentieux dont la matière fiscale constitue une exception.

¹⁸³ « (...) l'auteur de l'acte (...) et le supérieur hiérarchique, en réformant ou annulant l'acte, ne fera rien autre que ce qu'aurait pu faire l'auteur de l'acte lui-même : il fera fonction d'administrer et non de juger ; son acte, pour avoir été provoqué par la demande d'un particulier, n'en aura pas moins la même nature que s'il avait été fait d'office (...) », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 1^{er} article, *loc. cit.*, p. 245.

¹⁸⁴ Les garanties processuelles dont disposait le ministre-juge ont été progressivement enlevées avant d'être niées définitivement par le caractère juridictionnel de la décision préalable du ministre. Par exemple, le Conseil d'État a décidé que les décisions du ministre en matière de liquidation des dettes ne devaient pas être motivées : C.E.f. 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, *Rec.*, p. 419 ; *Concl. LEVAVASSEUR DE PRECOURT*, *Rec.*, p. 431 et C.E.f. 2 juillet 1880, *Maillard*, *S.*, 1882, III, p. 3.

¹⁸⁵ « Car il est apparu, au fur et à mesure des progrès du contentieux, que les garanties préalables, avec leur lenteur et leur poids étaient d'autant moins nécessaires qu'après coup le contrôle du juge venait, en cas de besoin, rétablir le particulier dans ses droits », Jean RIVERO, *In Mélanges Jean DABIN*, Bruylant, Bruxelles, 1963, p. 813-836. Reproduit in *Pages de doctrine*. L.G.D.J., Paris, 1980, p. 820.

¹⁸⁶ Par exemple, les commissions paritaires instituées pour décider sur le contentieux de certains contrats de travail ont été reconnues comme des juridictions « eu égard au pouvoir qui a été ainsi conféré de statuer sur des litiges », C.E.f. 16 oct. 1953, *Bosc*, *Rec.*, p. 440. Le professeur CHAPUS dresse une liste non négligeable d'autorités qui, jusqu'à en 1975, ont été reconnues jurisprudentiellement comme des juridictions, en raison de la fonction contentieuse dont elles étaient chargées ou « de la liaison usuelle entre juridiction et contentieux » : René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *In Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*. éd. Cujas, Paris, 1975, p. 274.

¹⁸⁷ « (...) ce n'est, en définitive, que dans des domaines limités et au cas très exceptionnel (...) qu'il serait possible de substituer à l'administration, un organisme juridictionnel (...) », CONSEIL D'ÉTAT, *Étude sur les organismes à caractère juridictionnel*, imp. Nationale, 1975, cit. par Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, Bibliothèque de droit public, t. 186, L.G.D.J., Paris, 1996, p. 1.

¹⁸⁸ « Dans le doute, il est à présumer qu'à ces autorités organisées administrativement, le législateur n'a entendu attribuer que le pouvoir de prendre des décisions administratives », Julien LAFERRIERE, « Chronique législative, 2^e étude », *R.D.P.* 1921, p. 138.

ministre-juge, dans la logique d'un contentieux administratif « *centralisé entre les mains du Conseil d'État* »¹⁸⁹. De même, pour les professeurs AUBY et DRAGO, l'exclusion absolue de l'administration active du règlement du contentieux administratif constituerait un principe dont la violation entraînerait des sanctions contre l'administration qui le méconnaîtrait¹⁹⁰.

2. L'occultation réussie

L'occultation de l'activité contentieuse de l'administration a fait fortune en France¹⁹¹, comme à l'étranger¹⁹² à un point tel que les fonctions contentieuses non juridictionnelles de l'administration sont couvertes d'une présomption d'archaïsme¹⁹³. Sous ce préjugé, accompagné de l'essor de la juridiction administrative, l'activité contentieuse de l'administration va disparaître des ouvrages consacrés au contentieux administratif et les recours administratifs ne seront que traités rapidement, comme des conditions d'accès au contentieux, c'est-à-dire, à la juridiction. Après la négation de la décision ministérielle comme première instance juridictionnelle, il n'y aurait plus de place pour réfléchir sur le contentieux réglé par l'administration¹⁹⁴.

Il y aura encore des auteurs qui seront intéressés par la résolution administrative des litiges, malgré son occultation. Cependant, la confusion était née et, désormais, la doctrine aura du mal à étudier l'activité contentieuse de l'administration : comblée des préjugés de la modernité¹⁹⁵ et de la séparation des pouvoirs et émerveillée par le rayonnement de la juridiction administrative, la doctrine a dû affronter cette tâche, moyennant les maladresses propres à la vision juridictionnelle du

¹⁸⁹ « *Ce qui tranche la question, c'est qu'aujourd'hui le contentieux administratif est centralisé entre les mains du Conseil d'État, et que les autorités nouvelles qui sont créées sont présumées être purement administratives, à moins que le législateur ne leur confie expressément des attributions contentieuses en employant le terme consacré de recours contentieux* », Maurice HAURIUO, note sous C.E. 20 juin 1911, *Directeur de l'Assistance publique*, S. 1913, 3, p. 65. Sur la Commission centrale de l'Assistance publique. C'est précisément cette jurisprudence, celle renversée par la reconnaissance en masse des juridictions administratives, qui est intervenue après.

¹⁹⁰ « *La jurisprudence administrative a fait plusieurs fois application de ce principe en annulant par exemple les actes d'autorités administratives intervenant pour trancher un litige* », Jean-Marie AUBY, « *Autorités administratives et autorités juridictionnelles* », A.J.D.A. 1995, *Numéro spécial du cinquantième*, p. 95.

¹⁹¹ JEZE prend déjà acte du monopole et il affirme « *Le contentieux administratif, dans les États contemporains, est l'ensemble des recours juridictionnels organisés pour la protection des individus contre les excès de pouvoir de l'administration* », Gaston JEZE, « *préface* » à *Le Contentieux administratif des États modernes*, (Stratis ANDREADES), Sirey, Paris, 1934, p. VII.

¹⁹² La version française de l'ouvrage de MAYER, parue à Paris en 1903 affirme : « *Nous appelons matières administratives contentieuses les rapports juridiques qui devront être réglés dans la forme de la justice administrative* », Otto MAYER, *Le droit administratif allemand*, éd. française, t. I., Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, p. 229. Mais, il semble que l'idée du monopole juridictionnel en Allemagne ne soit qu'une des autres influences françaises sur ce droit public ; le même auteur déclare, dans la préface de son livre : « *La formation du droit allemand a, de tout temps, été ouverte aux influences étrangères. Pour ce qui concerne le droit public moderne, c'est surtout le droit français qui a servi de guide et de modèle* », *op. cit.*, p. XIII.

¹⁹³ « *Tous les peuples civilisés ont chargé les juges de maintenir les principes fondamentaux du droit national* », Raphaël ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès du pouvoir*, Payot, Paris, 1926, p. 11 ; Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 16-17.

¹⁹⁴ « *Lorsque l'administration, sans transgresser la loi, porte atteinte à l'intérêt de certains particuliers, ceux-ci peuvent bien en appeler de l'administration mal informée à l'administration mieux informée, solliciter une décision qui leur soit plus favorable au moyen d'un recours gracieux ; mais, il ne leur est pas permis d'user de la voie contentieuse, de saisir de leur réclamation la juridiction administrative* », Jean APPLETON, *Traité élémentaire du Contentieux Administratif*, Dalloz, Paris, 1927, p. 2.

¹⁹⁵ « (...) celui qui doit « *administrer la justice* » dans un État moderne est l'organe judiciaire (...) », Andrés BOTERO, « *El órgano ejecutivo como ente administrador de justicia* », *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, U.P.B. Medellín, n° 95, 1995, p.49.

contentieux. Ainsi, il est affirmé que quand l'administration tranche un contentieux « (...) *il ne manque rien pour que l'on ait affaire à du contentieux administratif, qu'une autorité contentieuse* »¹⁹⁶ ; « *sophisme* » qui « *ne veut rien dire* »¹⁹⁷ pour le professeur Jacques CHEVALLIER. De même, HAURIUO n'a pas échappé aux maladroites propres de la vision juridictionnelle du contentieux. Alors que son intérêt était d'établir une « *définition du contentieux qui soit purement sociale* », il affirme qu'« *une contestation appelle un juge* »¹⁹⁸.

La preuve de la consolidation de la vision juridictionnelle du contentieux allait être donnée par la décision du 22 juillet 1980 du Conseil constitutionnel qui affirme que le caractère spécifique des fonctions de la juridiction administrative est garanti, et que ni le législateur ni le gouvernement ne peuvent empiéter sur ces fonctions : l'exercice par l'administration des fonctions spécifiques, au sein d'exclusives de la juridiction administrative ou judiciaire, aurait constitué une inconstitutionnalité¹⁹⁹. Néanmoins, le doute est toujours possible : le contentieux n'est pas précisé par la décision comme l'une des fonctions spécifiques de la juridiction administrative.

En dépit de l'activité contentieuse de l'administration, frappée par l'occultation, la juridiction administrative s'est justifiée et consolidée par un ensemble de théories et de décisions. Davantage que la séparation des pouvoirs, juridiquement, l'exclusion de l'administration active de l'activité contentieuse aurait acquis en France un fondement précis, résultant de trois idées : tout d'abord, le contentieux administratif n'est pas réglé par la juridiction judiciaire (séparation des autorités administratives et judiciaires). Ensuite, il est jugé par l'administration (juger l'administration, ce n'est pas encore ; mais, c'est aussi administrer²⁰⁰). Enfin, à l'intérieur de l'administration, le contentieux serait réservé à la juridiction administrative (séparation entre l'administration active et la juridiction administrative). Ce dernier principe signifierait non seulement une indépendance réciproque²⁰¹, mais aussi des fonctions différentes et exclusives. La vision juridictionnelle du contentieux, en Colombie, s'est construite différemment.

¹⁹⁶ « *Comme c'est l'autorité administrative qui prononce, en qualité d'autorité administrative, et par conséquent dans l'exercice de la fonction administrative, on est en dehors du contentieux administratif* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *loc. cit.*, p. 250-251.

¹⁹⁷ Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *op. cit.*, p. 233.

¹⁹⁸ Maurice HAURIUO, *Les éléments du contentieux*, *op. cit.*, p. 41. « *D'un point de vue sociale, un contentieux est une contestation que les parties ont accepté de soumettre à un juge public, afin que celui-ci trouve une solution pacifique* », *ibidem*, p. 13.

¹⁹⁹ « *Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement (...)* », C.c.f. Décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, § 6, *Rec.*, p. 46.

²⁰⁰ Pierre SANDEVOIR, *Études sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J., Paris, 1964, p. 88.

²⁰¹ « *S'il n'a pas de fondement textuel, le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active ne peut être qu'un principe logique (...)* Car, si le juge administratif n'est pas indépendant de l'administration, l'administration se juge elle-même et c'est le règne de l'arbitraire », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *op. cit.*, p. 17.

Section II. La vision juridictionnelle du contentieux en Colombie

Le système colombien décrit une vision juridictionnelle du contentieux aussi éloignée que le système français du modèle classique d'exclusivité juridictionnelle du contentieux. Néanmoins, la Colombie dispose des conditions nécessaires pour se rapprocher de l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs : la Colombie, à la différence de la France, dispose constitutionnellement d'un pouvoir juridictionnel constitué²⁰², regroupant, non seulement la juridiction ordinaire (judiciaire en France), mais l'ensemble des autres juridictions spécialisées qui sont reconnues dont la juridiction du contentieux administratif²⁰³. La juridiction du contentieux administratif, dans la branche juridictionnelle du pouvoir, n'est pas le résultat d'une exclusion historique des juridictions ordinaires du contentieux administratif : avant l'importation de l'idée française du contentieux administratif, celui-ci était entièrement tranché par la juridiction ordinaire. Et, l'administration acceptait le contrôle exercé par les juges, dans la continuité des institutions hispaniques²⁰⁴, après l'indépendance de la Colombie²⁰⁵. La création d'une juridiction du contentieux administratif en Colombie est le résultat de la quête de modernité²⁰⁶ des institutions colombiennes, dans une logique d'imitation des États considérés comme développés²⁰⁷. Toutefois, l'exemple français n'a pas été suivi à la lettre et, dès le premier projet, la nature juridictionnelle et l'emplacement au sein du pouvoir juridictionnel n'ont fait aucun doute en faveur, non d'une juridiction administrative, mais d'une juridiction du contentieux administratif. Par conséquent, la vision juridictionnelle du contentieux en Colombie n'a ni les mêmes

²⁰² Art. 113 de la Constitution de 1991 « *Ce sont des branches du Pouvoir politique, la législative, l'exécutive et la judiciaire* ».

²⁰³ Chap. III De la Juridiction du contentieux administratif, art. 236 « *Le Conseil d'État sera conformé par le numéro impair des magistrats qui détermine la loi (...)* » ; art. 237 « *Ce sont des attributions du Conseil d'État : 1. Remplir les fonctions de tribunal suprême du contentieux administratif, conformément aux règles signalées par la loi (...)* »

²⁰⁴ Le fait que la légalité administrative était contrôlée par les juges ordinaires était le résultat de l'« *influence coloniale espagnole qui l'a toujours assigné aux audiences royales, c'est pour cela notre thèse selon laquelle l'influence française d'une justice spécialisée, ce n'est qu'une étrange imposition, d'ailleurs tardive, au droit colombien* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *Contencioso administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, note 58, p. 53. Néanmoins le professeur SANTOFIMIO oublie que dans les institutions espagnoles le contentieux administratif était aussi tranché par des autorités administratives.

²⁰⁵ Pendant l'époque coloniale, les tribunaux supérieurs de justice étaient appelés *Audiences Royales*, remplissant notamment des fonctions de résolution des litiges, mais qui remplissaient aussi des fonctions administratives et de gouvernement. La Cédule Royale de Valladolid du 17 juillet 1549 a créée l'Audience Royale de Santa fe de Bogota devant laquelle on pouvait exercer, notamment, le recours dit « *d'agravios* » afin de se défendre des excès de l'administration, si la décision touchait le « *statut* » d'une personne. Le recours « *d'agravios* » a été créé par la Pragmatique Royale des Rois catholiques du 26 juillet 1502 qui séparait les fonctions de gouvernement et de justice et, en conséquence, attribuait la justice aux *audiencias*. Cf. Miguel MALAGÓN, *Vivir en Policía, una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007, p. 270-271 ; Cf. Fernando MAYORGA, *La Audiencia de Santa Fe de Bogota en los siglos XVI y XVII*, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogota, 1991.

²⁰⁶ Il est intéressant de voir comment la juridiction administrative française fonde ses origines dans l'Ancien Régime ; mais, en raison du rayonnement qu'elle a connu au XIXe siècle, l'assignation de l'ensemble du contentieux administratif à une juridiction administrative était considérée comme le propre des États modernes.

²⁰⁷ Les explications sur les origines historiques de la juridiction administrative française n'apparaissent nulle part lors des discussions des projets de création de juridiction du contentieux administratif et les membres de la Commission rédactrice du projet citent BERTHELEMY et AUCOC qui justifient la nécessité de la juridiction administrative à partir des idées de spécificité de la matière, des risques de laisser le contentieux administratif aux juridictions judiciaires et de la logique « *juger l'administration c'est encore administrer* ». Néanmoins, les auteurs font une suppression qui sera fondamentale : tout en « *citant* » les auteurs français, les membres de la Commission suppriment toute référence à l'administration *active* et, en conséquence, les références servent à soutenir son projet non de séparer la juridiction administrative de l'administration 'active', mais de séparer la juridiction de l'administration tout court, ce qui conduira à la création d'une juridiction spécialisée dans le contentieux administratif, en dehors de l'administration. Cf. Andrés OSPINA, *De la Jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo*, *op. cit.*, p. 52.

fondements ni les mêmes instruments.

Malgré l'existence du pouvoir juridictionnel, se conjuguent, en Colombie, deux formes de vision juridictionnelle du contentieux. Une vision classique dépourvue de fondement (**Sous-section 1**), mais jouant comme un préjugé à l'encontre de l'activité contentieuse de l'administration, et une vision différente constitutionnellement fondée (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Une vision classique dépourvue de fondement

La vision classique du monopole juridictionnel du contentieux équivaut à reconnaître l'existence d'un pouvoir juridictionnel qui, en raison de la séparation des pouvoirs, assume la totalité de la fonction contentieuse. Cette vision, qui ne se base nullement sur la Constitution colombienne de 1991, est, pourtant, celle qui est la plus répandue. Les fondements de cette vision se trouvent dans la difficile définition de la juridiction (§1), ce qui permet la définition contentieuse de la juridiction (§2).

§1. La difficile définition de la juridiction

En droit colombien, la juridiction est un terme dont la définition reste ambiguë. Des discussions importantes s'engagent dans la doctrine autour du phénomène juridictionnel et, cependant, aucun des auteurs ne tranche la discussion. Deux facteurs principaux expliquent la difficulté dans la définition : d'un côté, la polysémie du terme juridiction (A) et, d'un autre côté, l'absence de définition normative du terme (B).

A. La polysémie du terme juridiction

Le terme juridiction appelle, en droit colombien, différentes significations, ce qui se traduit parfois par de grandes difficultés pour celui qui s'y intéresse²⁰⁸. La raison fondamentale des discussions doctrinales autour de la juridiction et de sa relation avec l'administration réside dans le fait que, souvent, les auteurs défendent un concept différent car, en réalité, ils pensent à un objet différent.

Cinq acceptions du terme juridiction sont répertoriées en droit colombien : premièrement, comme un synonyme de la compétence ; deuxièmement, comme l'ensemble des pouvoirs ou des fonctions d'un organe du pouvoir ; troisièmement, comme le territoire où un État exerce sa souveraineté ou un juge exerce ses fonctions ; quatrièmement, comme l'ensemble de la matière attribuée à une des structures juridictionnelles : par exemple, la juridiction du contentieux

²⁰⁸ « Parce que le terme "juridiction" est trop ambigu, tant en Droit français, qu'en colombien », Leopoldo UPRIMI, « La ambigüedad e inconveniencia de los términos « jurisdicción », « función jurisdiccional » y « rama jurisdiccional del poder público » en torno de una reforma constitucional propuesta por la comisión Echandía », *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*, n° 215-216-217, janvier-juin 1977, p. 392.

administratif, et cinquièmement, comme une partie du pouvoir de l'État²⁰⁹. Eu égard à cette polysémie, Leopoldo UPRIMI proposait en 1977 l'abandon des termes juridiction et juridictionnel : « *par conséquent* », - disait-il, « *à notre avis, on doit reprendre l'ancienne terminologie très claire et scientifique, c'est-à-dire à la place d'utiliser les termes juridiction et juridictionnel nous devons parler à nouveau d'organe judiciaire et de fonction judiciaire et que le Titre XV de la Constitution continue à s'appeler Administration de la Justice* »²¹⁰.

« *Juridiction* », en Colombie, au sens organique, ne correspond pas à un organe individuellement considéré. La juridiction, en ce sens, consiste en une structure composée de juges, organisée et réunie sous un critère de spécialité de la compétence. Ainsi, la Constitution prévoit cinq juridictions²¹¹, composées d'organes individuels (juge-unique) ou collectifs (tribunaux) dont l'une d'elles est la juridiction du contentieux administratif. La loi statutaire de l'administration de la Justice utilise le mot juridiction dans ce sens organique en disposant que « *la branche judiciaire du pouvoir public est constituée par : les organes qui intègrent les différentes juridictions (...)* »²¹². De même, le Code de Procédure civile entend l'« *absence de juridiction* » dans ce même sens, c'est-à-dire l'absence de compétence d'un juge pour décider une affaire dont la matière correspond à une autre spécialité juridictionnelle²¹³.

La pluralité de juridictions instaurée par la Constitution colombienne est critiquée par la doctrine pour qui, en suivant les auteurs italiens et surtout la Constitution italienne, (article 102 paragraphe 1)²¹⁴, la juridiction est une seule²¹⁵, tout en négligeant l'absence d'une seule véritable Cour suprême en Colombie²¹⁶. Le principe italien de l'unité des juridictions est une décision de la

²⁰⁹: « (...) la souveraineté en faisant référence à la fonction d'administrer la justice et dans un sens précis et technique comme la fonction publique de faire justice (...) », Pedro CARDONA, *Manual de Derecho procesal civil*, t. I, 4^e éd. Leyer, Bogota, 2003, p. 52.

²¹⁰ Leopoldo UPRIMI, « La ambigüedad e inconveniencia de los términos « *jurisdicción* », « *función jurisdiccional* » y « *rama jurisdiccional del poder público* » en torno de una reforma constitucional propuesta por la comisión Echandía », *loc. cit.*, p. 406-407.

²¹¹ Juridiction ordinaire 234 suiv. Juridiction du contentieux administratif art. 236 et suiv. Juridiction constitutionnelle art. 239 et suiv. Elle prévoit aussi un groupe de ce qu'elle considère des juridictions 'spéciales' : juridiction spéciale indigène art. 246 ; juridiction des juges de paix, art. 247 et aussi la 'Justice pénale militaire'.

²¹² Loi statutaire de l'administration de justice n° 270 de 1996, art 11.

²¹³ La doctrine critique l'expression « absence de juridiction » et on propose à la place, l'expression d'incompétence pour spécialité. Cette situation se présente, notamment, lorsque l'action en nullité ou prétention en nullité d'un acte administratif (recours pour excès de pouvoir) est présentée devant la juridiction constitutionnelle ou devant la juridiction ordinaire. L'article 85 du Code de la procédure civile, applicable également devant la juridiction du contentieux administratif, prévoit que, lorsque la demande est présentée en dehors de la juridiction globalement compétente (et non du juge compétent), il y aura « absence de juridiction ». Dans ce cas, le juge ne pourra pas recevoir le pourvoi et il devra le rejeter sans l'instruire. En revanche, lorsque la demande est présentée devant la juridiction appropriée, mais devant un juge qui n'était pas celui compétent pour cette affaire en particulier, le juge devra admettre la demande et l'envoyer au juge compétent, au sein même de sa structure juridictionnelle. Afin de mettre fin aux rejets des pourvois pour « absence de juridiction », le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif dispose à l'article 168 que, dans les deux cas, d'absence de juridiction ou de compétence, le juge devra envoyer l'affaire au juge ou à la juridiction compétente..

²¹⁴ « (...) *On ne peut instituer des juges extraordinaires ou des juges spéciaux. On ne peut instituer auprès des organes judiciaires normaux que des sections spécialisées pour des matières déterminées (...)* » texte traduit in *La Constitution italienne de 1948*, Emilio CROSA (dir), Cahiers de la fondation nationale des sciences politiques, Armand Colin, Paris, 1950, p. 262.

²¹⁵ « *Chaque État n'a qu'une juridiction, car il n'y a qu'une fonction d'adopter des décisions sur les conflits* », Miguel ROJAS, *Introducción a la teoría del proceso*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1997, p. 44.

²¹⁶ Le professeur Didier TRUCHET confirme qu'il n'y a une unité de juridiction que lorsqu'il n'y a qu'une seule Cour suprême : « (...) *il faudrait 'seulement' proclamer que la juridiction française est unique et omni-compétente et instituer une cour suprême qui réunirait la Cour de cassation et le Conseil d'État* », Didier TRUCHET, « Plaidoyer pour

Constituante italienne de 1947, ayant abandonné le projet de pluralité juridictionnelle. Par ailleurs, en Italie, le principe de l'unité juridictionnelle n'a jamais empêché l'assignation des fonctions juridictionnelles en dehors du pouvoir juridictionnel²¹⁷. Cette discussion met en évidence l'un des problèmes que pose la polysémie du mot juridiction : la Constitution colombienne l'utilise dans un sens organique, tandis que la doctrine critique à l'égard de la Constitution a plutôt à l'esprit l'idée de l'unité du pouvoir étatique de résolution des litiges²¹⁸, c'est-à-dire un concept de fonction contentieuse qui s'appelle, pour eux, fonction juridictionnelle²¹⁹. Ainsi, la doctrine ne sépare pas les concepts de juridiction et de fonction juridictionnelle. Elle prétend qu'en définissant l'une, nécessairement on pourra définir l'autre²²⁰.

Dans un langage courant, juridiction peut aussi signifier compétence *ratione loci* ou *ratione materiae*, d'une autorité même administrative²²¹ ou même d'un État, comme équivalent de souveraineté. Juridiction signifie aussi fonction juridictionnelle. La difficulté dans la définition de la juridiction et, par là, l'identification de sa relation avec le contentieux, s'est nourrie de l'absence de définition normative de la juridiction.

B. L'absence de définition normative de la juridiction

Il n'existe, en Colombie, une définition normative ni de ce que l'on entend par juridiction ni de la fonction qu'elle exerce, bien que la Constitution en présuppose une. En effet, l'article 113 de la

une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », A.J.D.A. 2005, p. 1768. Dans le même sens : René JACQUELIN, « L'évolution de la procédure administrative », R.D.P. 1903, p. 377.

²¹⁷ « (...) dans l'organisation italienne, une effective concentration de toutes les activités de justice dans une organisation unitaire n'a pas été réalisée ; des fonctions juridictionnelles sont attribuées à des organes encadrés dans d'autres pouvoirs et de toute façon ne sont reliés ni entre eux ni à la magistrature ordinaire », M. DEVOTO, « Ordinamento giudiziario », *Enciclopedia Giuridica*, Roma, p. 4 cité par Isabel BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Paris, 2005, p. 72.

²¹⁸ Le professeur JULIO essaie de concilier la donnée constitutionnelle avec la doctrine de l'unité des juridictions : « (...) des raisons de nature politique et le besoin d'assurer la plus grande efficacité de l'administration de la justice, légitiment l'existence de juridictions différentes formant partie de la branche judiciaire ; mais l'existence de ces juridictions n'implique pas l'émiettement de l'unité ontologique du pouvoir de l'État », Alexei JULIO, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución de 1991*, op. cit., p. 170.

²¹⁹ « D'un point de vue éminemment théorique, la juridiction étatique ne peut être qu'une, compte tenu de l'unicité propre au concept d'État et de ses manifestations de souveraineté », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción : estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 172.

²²⁰ « (...) se demander ce qu'est la juridiction oblige à se demander, en même temps, qui exerce la juridiction et à quoi consiste l'activité exercée, de façon que de tels concepts doivent, nécessairement, former partie de sa définition », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, op. cit., p. 95-96.

²²¹ C'est le sens utilisé par les auteurs français des principes du XVIII^e siècle, notamment MACAREL : « La juridiction administrative (l) comprend tout ce qui est réglementaire et de police ; les actes des préfets ; la répartition de l'impôt ; les travaux d'arts et de sciences ; les établissements d'usines ; le régime des prisons (...) tout ce qui établit et distribue l'ordre dans la société (...) En un mot, toutes les matières qui intéressent l'ordre public, où l'administration agit seule par voie d'autorité, et où elle a pleine science, pleine propriété, plein pouvoir, appartiennent à la juridiction administrative proprement dite. La juridiction gracieuse comprend tout ce qui est pure faveur du souverain (...) La juridiction contentieuse comprend tout ce qui fait légalement obstacle à l'administration, lorsqu'en marchant elle froisse sur sa route les intérêts des particuliers (...) enfin tout ce qui présente, entre l'administration et les citoyens, en matière d'ordre public, un conflit d'oppositions et d'intérêts résultant non pas de pure convenance ; mais, d'un droit anéanti, diminué ou seulement gêné », Louis-Antoine MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative*, op. cit., p. 3-6.

Constitution²²² dispose qu'excepté les organes des branches du pouvoir, exécutive, législative et judiciaire, il existe d'autres organes chargés des « *autres fonctions de l'État* ». Cette disposition reconnaît clairement que les termes législatif, exécutif et judiciaire sont fondés sur une séparation non seulement organique, mais, surtout, fonctionnelle.

À partir de cette séparation des fonctions que présuppose la Constitution, il devrait être possible de définir constitutionnellement la fonction juridictionnelle. Un principe de réponse est donné par l'article 116 qui détermine quels organes « *administrent la justice* »²²³. La fonction juridictionnelle serait, d'un point de vue constitutionnel, celle d'administrer la justice, c'est-à-dire la fonction exercée par les organes qui, d'après la Constitution, administrent la justice. Mais la réponse n'est pas absolue, car le même article utilise aussi l'expression « *fonctions judiciaires* » du congrès de la République²²⁴ qui n'est pas dans la liste des organes qui administrent la justice, alors que l'expression « *fonction juridictionnelle* » est utilisée pour nommer l'attribution exceptionnelle à des autorités administratives. La référence constitutionnelle est encore plus complexe à partir du moment où elle inclut, dans la « *fonction d'administrer la justice* », des fonctions des citoyens désignés comme des jurés dans des causes pénales ou même des conciliateurs dont, en réalité, la fonction ne consiste pas à trancher un litige, mais à rapprocher les intérêts en quête d'un arrangement à l'amiable. De même, dans l'administration de la justice, l'article 116 inclut la fonction arbitrale exercée par une sentence motivée exclusivement en équité.

L'inclusion, notamment, de la fonction des conciliateurs dans l'administration de la justice implique soit qu'administrer la justice n'est pas la fonction judiciaire ou juridictionnelle, soit que fonction judiciaire, juridictionnelle et administrer la justice sont des synonymes ; mais, dans ce cas, administrer la justice ne consisterait pas seulement à trancher des litiges. Il s'agirait, en général, d'arriver à une solution du litige, tantôt par la décision unilatérale, tantôt par les bons offices du conciliateur. Par ailleurs, cela impliquerait une idée large de fonction juridictionnelle, de la fonction judiciaire et d'administration de la justice, consistant à donner force de chose jugée à la solution du litige, unilatérale ou à l'amiable²²⁵. Pourtant, le même article inclut deux fonctions qui ne disposent pas, en soi, des effets de la chose jugée : l'instruction des procès pénaux et la fonction des jurés des causes pénales.

Finalement, la Constitution utilise l'expression « *administration de la Justice* » tantôt dans un sens fonctionnel, en disposant que « *l'administration de la justice est une fonction publique* »²²⁶, tantôt dans un sens organique : « (...) *le Conseil Supérieur de la Judicature accomplira les fonctions de*

²²² « *Ce sont des branches du Pouvoir politique, la législative, l'exécutive et la judiciaire. En dehors des organes de ces branches, il existe d'autres organes autonomes et indépendants, remplissant les autres fonctions de l'État. Les différents organes de l'État ont des fonctions séparées; mais, ils collaborent de façon harmonieuse pour la réalisation de leurs finalités* », art. 113 de la Const.c.

²²³ Art. 116 de la Const.c. : « *La Cour Constitutionnelle, la Cour suprême de justice, le Conseil d'État, le Conseil supérieur de la judicature, la 'Fiscalía' (Procureur en matières pénales) générale de la nation, les Tribunaux et les Juges, administrent la justice. Cette fonction est aussi remplie par la Justice Pénale Militaire (...)* ».

²²⁴ « (...) *Le Congrès exercera des fonctions judiciaires déterminées* »

²²⁵ En droit colombien, la conciliation a les mêmes effets que la transaction dont l'art. 2483 du Code civil dispose qu'elle a les mêmes effets que la chose jugée.

²²⁶ Article 228 de la Const.c.

(...) *création, suppression, fusion et mutation des postes dans l'administration de la justice*»²²⁷. Or, cette dernière référence organique de l'administration de la justice semblerait la cantonner aux juridictions organiquement établies.

D'un point de vue constitutionnel, l'administration de la justice consisterait à des fonctions tellement différentes, qu'elle deviendrait un concept très difficile à saisir. Les termes fonction judiciaire, fonction juridictionnelle et administration de la justice ne sont pas utilisés d'une façon rigoureuse. La fonction d'administrer la justice est apparentée aux fonctions du conciliateur, qui, au sens strict, n'administre pas la justice; mais, rapproche les parties en conflit²²⁸. Par conséquent, la Constitution colombienne ne contribue pas, d'une façon définitive, à la définition de la fonction juridictionnelle, ainsi qu'à l'identification de la place du contentieux dans la définition de cette fonction.

La loi n° 270 du 7 mars 1996, loi statutaire de l'administration de la justice, utilise le terme judiciaire dans un sens organique : l'article 11 dresse la liste des différents organes de la branche judiciaire et l'article 5 garantit l'indépendance de ces organes dans l'exercice de sa fonction d'administrer la justice. La loi statutaire reproduit les termes de la Constitution ainsi que ses imprécisions : l'article 8 dispose que la fonction juridictionnelle peut être exceptionnellement attribuée à l'administration, ce qui pourrait laisser sous-entendre que la fonction judiciaire est organique, tandis que la fonction juridictionnelle est fonctionnelle et, par conséquent, peut être attribuée en dehors des juridictions organiques. Or, cet article 8 précise que les autorités administratives prennent des décisions sur des affaires de nature judiciaire²²⁹. Les fonctions juridictionnelles attribuées exceptionnellement à l'administration ne sont pas, ainsi, propres à l'administration²³⁰. En d'autres termes, même si la Constitution et la loi statutaire de l'administration de la Justice prévoient la possibilité pour l'administration d'exercer des fonctions formellement juridictionnelles, « *mécanisme alternatif* », selon l'article 8 de la loi statutaire de l'administration de la justice, il s'agirait d'une bizarrerie institutionnelle ou d'une espèce de modulation, voire d'une trahison de la vision classique de la séparation des pouvoirs.

D'un point de vue positif, constitutionnel et légal, il n'est pas possible de préciser la place du contentieux dans les concepts de fonction judiciaire, juridictionnelle, administration de la justice. La définition de ces concepts est laissée à la doctrine qui, à la différence de la France, est composé majoritairement par des « *processualistes* », tandis que les publicistes ne s'intéressent que rarement au sujet. Cette doctrine place normalement l'idée contentieuse comme l'élément qui caractérise et

²²⁷ Article 257 de la Const.c.

²²⁸ Sauf si elle entendait par administrer la justice, non seulement prendre une décision, mais gérer le conflit.

²²⁹ *Des mécanismes alternatifs : (...) exceptionnellement la loi peut attribuer des fonctions juridictionnelles à des autorités administratives déterminées afin qu'elles décident des affaires dont la nature ou l'importance justifie que l'autorité administrative pourra décider de façon correcte et efficace. La loi doit préciser les compétences, les garanties et les conditions nécessaires au respect des droits des parties. Les sentences prononcées par les autorités administratives sur des affaires judiciaires pourront être l'objet des recours devant la branche juridictionnelle, dans les termes de la loi* », art. 8, al. 2 de la L.S.A.J.

²³⁰ L'article 12 de la L.S.A.J., intitulé « *De l'exercice de la fonction juridictionnelle par la branche juridictionnelle* », détermine quels sont les organes qui exercent la fonction juridictionnelle *comme propre et habituelle et d'une façon permanente*, tandis que l'article 13 prévoit les fonctions juridictionnelles du Congrès, de l'administration et des particuliers, lesquels, *a contrario*, ne les exercent pas « *comme propre et habituelle et d'une façon permanente* ».

définit la juridiction.

§2. La définition contentieuse de la juridiction

L'idée acceptée en Colombie, concernant la fonction juridictionnelle, n'est pas celle du juge qui est la bouche de la loi, mais celle du juge qui tranche les litiges²³¹, ce qui sous-entend une vision matérielle nécessaire à la vision juridictionnelle du contentieux. Afin de cantonner le contentieux dans les contours de la juridiction, il est nécessaire d'assimiler la fonction contentieuse à la fonction juridictionnelle. Cette assimilation prend place au sein d'une définition doctrinale **(A)** qui, même contraire à la Constitution, reste répandue **(B)**.

A. Une définition doctrinale

Une grande partie de la doctrine colombienne entend par juridiction, la fonction contentieuse²³². Cette assimilation fonde une vision classique du monopole juridictionnel du contentieux. Tout d'abord, le professeur ACERO défend une définition selon laquelle la juridiction (fonction) consiste en la résolution des litiges²³³. À la différence du doyen HAURIUO et du professeur CHEVALLIER, le professeur ACERO prétend « *structurer une théorie sociologique de la juridiction*²³⁴ », et non pas du contentieux. Pour lui, la juridiction existe depuis les époques primitives, elle est antérieure à l'État ; elle existait déjà chez les hommes des cavernes²³⁵ et chez les indigènes précolombiens²³⁶ ; mais, ce qui est né postérieurement, c'est le « *procès* » qui formalise la juridiction²³⁷. Ce point de vue non juridique de la juridiction pose le problème d'expliquer un concept notamment juridique, « *juris* » *dictio*, tout en négligeant le droit. Ainsi, le professeur ACERO affirme

²³¹ Cela semble être aussi le concept de juridiction répandu en Amérique latine : « (...) *la juridiction est l'exécution qui s'exerce pour la résolution de "conflits juridiques" entre parties ; l'administration est l'exécution qui s'exerce, par contre, en dehors des « conflits juridiques entre parties »*, Juan LINARES, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, éd. Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 51.

²³² « (...) *la juridiction c'est une fonction qui tranche les affaires qui sont soumises à sa connaissance, lorsqu'elle est demandée pour la résolution d'un conflit (...)* », Hernando MORALES, *Curso de derecho procesal civil*, t. I., 11^e éd. éd. ABC, Bogota, 1991, p. 21-22.

²³³ « *La juridiction, comme activité, consiste à résoudre des litiges (...)* Mais, d'abord, affirmer que la juridiction ne consiste qu'à résoudre des litiges fait qu'on laisse de côté les autres activités qui se trouvent dans l'exercice de la juridiction, qui, (...) ont une nature bien différente à celle seulement contentieuse (...) », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, op. cit., p. 106.

²³⁴ *Ibidem*, p. 111.

²³⁵ « *Il est certain que l'homme primitif, celui que montrent les livres d'histoire, couvert avec la peau des animaux, a connu intuitivement la notion de juridiction. (...) Il n'est pas douteux qu'à ces époques révolues il existait de la juridiction, même si l'État n'existait pas de la façon dont nous le connaissons aujourd'hui. En conséquence, nous pouvons affirmer que la juridiction précède l'État moderne et, par conséquent, l'aspect étatique ne doit pas faire partie de sa définition* », *ibidem*, p. 110.

²³⁶ *Ibidem*, p. 176-177. Le même auteur donne l'argument pour ne pas accepter l'idée de la juridiction des hommes des cavernes : « *La première et la plus usuelle (des fautes) consiste à vouloir faire entrer des phénomènes juridiques du passé, dans des constructions théoriques modernes, tout en négligeant le fait qu'il est presque certain que ces constructions et ces institutions ont pu avoir jadis une signification absolument différente ou, tout simplement elles ont pu ne pas avoir existé* », *ibidem*, p. 51.

²³⁷ « *Certainement, la juridiction a existé depuis les époques les plus primitives de l'humanité, mais non le procès (...)* Et d'autre part, la juridiction se trouve même s'il n'y a pas de procès, tant dans son aspect d'activité que dans sa structure, en conséquence, il n'est pas viable d'affirmer que la fonction juridictionnelle soit née avec le procès (...) », *ibidem*, p. 84.

que la juridiction existe même dans des groupes hors la loi ou des groupes illégaux²³⁸. Cette affirmation hasardeuse et risquée²³⁹ est cernée de contradictions : alors même qu'il reconnaît qu'il peut y avoir des manifestations juridictionnelles contraires à la loi, il soutient en même temps, que c'est l'ordonnancement juridique qui attribue exclusivement la juridiction²⁴⁰ et que celle-ci est le seul mécanisme par lequel le droit se réalise ou par lequel il devient réellement efficace²⁴¹. De plus, il utilise le mot « *juge* », expression qui a une signification formelle et précise, pour désigner tout individu, même particulier, qui exerce la fonction juridictionnelle²⁴². Dès lors, pour lui, l'activité contentieuse de l'administration serait une fonction juridictionnelle et les administrateurs des juges. Cette thèse comporte des incohérences liées à l'absence de différenciation entre la juridiction et le contentieux. Elle méconnaît aussi que le contentieux permet une telle approche sociologique, et non la juridiction²⁴³.

Cette assimilation du contentieux à la juridiction est aussi présente chez d'autres auteurs colombiens. Le professeur ROJAS définit la « *juridiction* » (fonction), à partir du critère contentieux, comme l'adoption des solutions aux controverses par l'application du droit²⁴⁴. Ce critère d'assimilation du contentieux à la juridiction, mais aussi, à ce qui est le « *judiciaire* », conduit le professeur MONTAÑA-PLATA à expliquer le ministre-juge français comme un cas de *contrôle judiciaire*²⁴⁵. De même, sous l'intitulé des « *modèles de contrôle judiciaire de l'activité administrative* »²⁴⁶, il englobe aussi bien les systèmes où les actes administratifs sont soumis aux juridictions « *ordinaires* » ou « *judiciaires* », que ceux où il s'agit d'un contrôle exercé par l'administration elle-même²⁴⁷. Aussi parle-t-il d'une fonction judiciaire pour qualifier l'activité du Conseil d'État français²⁴⁸. En outre, la définition contentieuse de la juridiction utilise parfois l'expression imprécise de l'administration de la justice²⁴⁹, de la fonction de « *faire justice* »²⁵⁰ ou le

²³⁸ « *On sait bien qu'il existe des manifestations de la juridiction dans des scénarios supra-étatiques, notamment la juridiction communautaire ou la juridiction internationale, infra-étatiques, notamment la justice indigène, (...) et extra étatiques, notamment l'organisation de la justice dans des milieux sociaux non liés à l'ordonnancement (groupes délinquants) ou dans des mouvements subversifs* », *ibidem*, p. 74-75.

²³⁹ *Ibidem*, p. 113. Ces affirmations peuvent entraîner des conséquences juridiques importantes, notamment la reconnaissance du statut de belligérance à des groupes illégaux comme les guérillas, car l'institution d'une « *juridiction* » propre est une preuve incontestable d'un contrôle absolu d'un territoire exclusif.

²⁴⁰ Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, *op. cit.*, p. 77-78.

²⁴¹ *Idem.*, p. 67.

²⁴² « *Dans ce sens, nous devons préciser que quand dans le cours du présent travail nous utilisons le mot juge, nous ne faisons pas référence (...) à n'importe quel individu particulier ou corps exerçant la fonction juridictionnelle dans n'importe quel contexte* », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, *op. cit.*, p. 76-77.

²⁴³ « (...) *la juridiction, comme un mécanisme social de coexistence et de résolution des conflits (...)* », *ibidem*, p. 208

²⁴⁴ La juridiction consiste « (...) *à la prise des solutions correspondant par le droit aux différentes situations problématiques ; en d'autres termes, la fonction d'Administration de la justice par l'application du droit (dire le droit)* », Miguel ROJAS, *Introducción a la teoría del proceso*, *op. cit.*, p. 42. Quelques années plus tard, le professeur ROJAS reprend sa définition, en mettant en valeur la chose jugée « (...) *une fonction à la charge de l'État consistant à l'adoption de décisions par lesquelles on doit donner la solution définitive (...) à chaque question ou situation problématique (...)* », Miguel ROJAS, *La teoría del proceso*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2002, p. 43.

²⁴⁵ « (...) *les fonctions du contrôle judiciaire qui sont exercées par les ministres avant que le Conseil d'État lui-même nie cette possibilité* ». Cf. Arrêt Cadot, *cit.*, Alberto MONTAÑA PLATA, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*, *op. cit.*, p. 32.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 33.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 35. L'auteur entend expliquer par là, le modèle français où « *Ce qui devra acquérir progressivement davantage de force, c'est la nécessaire indépendance qui doit exister entre une administration qui exerce des activités courantes de l'administration et celle qui la contrôle ou qui la juge (...)* l'idée de la nécessaire distinction entre les fonctions administratives et judiciaires sera renforcée (...) », *ibidem*, p. 35.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 36.

²⁴⁹ « *Nous comprenons donc la juridiction, comme la fonction publique d'administrer la justice par un procès* », Hernán LOPEZ, *Instituciones de Derecho procesal civil colombiano*, t. I, 8^e éd. Dupré editores, Bogota, 2002, p. 128.

recours à l'étymologie *juris dictio* comme la fonction de dire le droit²⁵¹, ce qui n'est pas, en réalité, une fonction exclusive de la juridiction.

L'assimilation du contentieux à la juridiction est fondée, pour certains, sur l'ancienne conception française de la contestation, exigeant l'existence des deux parties au procès²⁵². Cela conduit des auteurs colombiens à séparer les fonctions de résolution des litiges de celles de sanction des violations à la loi pénale, comme une négation implicite du caractère contentieux de la punition²⁵³. Finalement, une certaine doctrine administrativiste colombienne, tout en définissant la juridiction comme la fonction de résolution des litiges, affirme, comme Gaston JEZE, qu'elle se caractérise par un élément « *matériel* » : la force de la chose jugée²⁵⁴.

En dépit de la donnée constitutionnelle, certains auteurs décrivent un monopole classique du contentieux d'après lequel toute la fonction de résolution des litiges correspond aux juridictions organiquement structurées²⁵⁵. Cette vision juridictionnelle classique du contentieux est, malgré la Constitution, une vision répandue.

B. Une définition répandue

La définition contentieuse de la juridiction est acceptée par la majorité de la doctrine. L'assimilation du contentieux à la juridiction est aussi présente chez les citoyens qui, malgré l'habilitation constitutionnelle pour attribuer des fonctions juridictionnelles aux autorités administratives, soutiennent son encore qu'il s'agit d'une décision inconstitutionnelle, contrariant la compétence des juridictions à l'intérieur de la séparation des pouvoirs.

L'exclusivité juridictionnelle du contentieux est véhiculée par le moyen de la violation de la séparation des pouvoirs. Cet argument a été présenté comme une raison

²⁵⁰ « (...) la fonction ou faculté d'administrer ou d'impartir la justice qui est en tête de l'État, en vertu de sa souveraineté (...) et qu'il exerce par ses agents, afin de garantir l'efficacité de l'ordonnement juridique (...) ainsi que la solution des situations problématiques particulières par l'individualisation de la loi générale et abstraite par une sentence », Horacio CRUZ et Juan NAIZIR, *El Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2006, p. 285.

²⁵¹ « (...) la juridiction (du latin *iuris dictio*), qui étymologiquement signifie déclarer, imposer le droit, a été assignée primordialement à un des organes de l'État, celui qui est précisément nommé juridictionnel, à qui normalement le correspond non seulement déclarer, mais aussi imposer le droit », Hernán LOPEZ, *Instituciones de Derecho procesal civil*, op. cit., p. 127.

²⁵² Cf. Pierre HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification du contentieux », loc. cit., p. 132.

²⁵³ « Cette fonction a pour objet, tout d'abord, la sanction aux violations de la loi pénale, accomplies par les personnes et, ensuite, la résolution des controverses ou litiges qui peuvent naître entre les particuliers ou entre ceux-ci et les entités de Droit Public, à propos de l'existence ou de l'application d'une norme de droit », Jacobo PEREZ, *Derecho constitucional colombiano*, Horizontes, Bogota, 1974, p. 394-395.

²⁵⁴ La juridiction « C'est l'activité de l'État visant à résoudre des controverses, décider ou déclarer le droit. Matériellement il s'agit de la décision des questions juridiques soumises à controverse, par des décisions acquérant la force de vérité définitive ou qui deviennent chose jugée », Jorge AYALA, *Elementos de Derecho administrativo General*, éd. Doctrina y Ley, Bogota, 1999, p. 22.

²⁵⁵ « (...) juridiction, c'est-à-dire de la notion de la faculté que l'État exerce par ses organes juridictionnels afin de l'administrer –la justice– », Pedro CARDONA, *Manual de Derecho procesal civil*, t. I, op. cit., p. 51. Dans le même sens, l'argentin CARLI écrit : « Par la fonction juridictionnelle, on résout des conflits d'intérêt qui pourraient troubler l'ordre social, par une organisation appropriée : le pouvoir judiciaire », Carlo CARLI, *Derecho Procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 99.

d'inconstitutionnalité dès l'examen de la constitutionnalité de la première attribution des fonctions juridictionnelles à la Surintendance de l'Industrie et du Commerce, en matière de procédures de redressement des entreprises²⁵⁶. De même, dans une affaire de 1994, le citoyen demandeur affirme que les fonctions de résolution des litiges du maire et de l'inspecteur de police « *ne se trouvent pas dans le terrain de la collaboration, mais dans celui de l'usurpation des fonctions propres d'une autre branche du pouvoir* »²⁵⁷. Ces deux premières décisions de la Cour constitutionnelle, en matière de fonctions juridictionnelles de l'administration, montraient comment l'habilitation constitutionnelle de cette pratique, antérieure à la Constitution de 1991, n'était pas encore connue des requérants.

Or, dix ans après l'adoption de la Constitution, l'idée classique d'un monopole juridictionnel sur le contentieux est encore exposée devant la Cour constitutionnelle. En effet, en 2001²⁵⁸, la Cour constitutionnelle a décidé la constitutionnalité des fonctions juridictionnelles de la Surintendance de l'Industrie et du Commerce en matière de pratiques restrictives de la concurrence où elle est conduite à trancher des litiges. Le requérant soutenait qu'il s'agissait d'une fonction matériellement juridictionnelle, car la Surintendance était portée à résoudre un « *conflit d'intérêts* » et, pour lui, en conséquence, cette fonction serait propre aux juridictions en raison du principe de la « *division tripartite* » des pouvoirs. Dans cette même logique, dans une affaire de 2002²⁵⁹, le requérant affirmait que la déclaration des revenus, accompagnée de l'auto-liquidation des impôts et des sanctions pour retard pris, ainsi que les pouvoirs de sanction des autorités fiscales, sont contraires à la Constitution parce que, d'après lui, « *le pouvoir d'administrer la justice réside exclusivement dans les autorités juridictionnelles* ». Enfin, dans une affaire de 2005²⁶⁰ concernant la constitutionnalité des fonctions juridictionnelles du Procureur général de la Nation²⁶¹, l'argument est toujours présent. Pour le demandeur, d'après le principe de séparation des pouvoirs, la fonction juridictionnelle réside exclusivement dans la branche « *judiciaire* » du pouvoir, et toute fonction juridictionnelle échappant à l'encadrement de ce pouvoir constitue une violation du principe de la séparation des pouvoirs²⁶².

Même si, dans toutes ces affaires, le moyen tiré de la méconnaissance de la séparation des pouvoirs n'a pas déterminé la déclaration de l'inconstitutionnalité des normes attaquées,

²⁵⁶ C.c.c. Sentence C-592-92, 7 décembre 1992, M.R. Fabio MORON. En l'espèce, l'attribution pré-constitutionnelle des fonctions juridictionnelles à l'administration a été validée par la Constitution de 1991 par le fait de la constitutionnalité survenue.

²⁵⁷ C.c.c. Sentence C-212-94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ.

²⁵⁸ C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

²⁵⁹ C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY.

²⁶⁰ C.c.c. Sentence C-1121-05, 1 de novembre 2005, M.R. Humberto SIERRA.

²⁶¹ La « *Procuraduría general de la nación* » est un organe constitutionnellement autonome, prévu à l'art. 275 de la Constitution. Il est dirigé par le Procureur général de la nation. Il est notamment chargé de la fonction disciplinaire à l'égard des « *serviteurs publics* » et de la défense des droits de l'homme, des intérêts collectifs et des intérêts de l'État pendant les instances juridictionnelles. L'action publique, en matière pénale, est confiée à la « *Fiscalía general de la nación* », faisant partie de la branche juridictionnelle du pouvoir.

²⁶² « *En ce qui concerne la prétendue transgression de l'article 113 de la Constitution, le demandeur argumente que d'après le principe de séparation des pouvoirs (...) la fonction juridictionnelle est exclusive à la branche judiciaire du pouvoir public et, partant, la loi ne peut pas attribuer des fonctions juridictionnelles à celui qui n'appartient pas à cette branche – comme c'est le cas du Procureur général de la nation-* », C.c.c. Sentence C-1121-05, 1^{er} novembre 2005, M.R. Humberto SIERRA.

cela montre à quel point, dans la conscience juridique colombienne, la fonction juridictionnelle, en tant que fonction de résolution des litiges, fait partie du domaine réservé aux juridictions. En réalité, l'ordonnancement juridique colombien, en permettant l'assignation des fonctions juridictionnelles à l'administration, ne décrit nullement une vision classique du monopole juridictionnel du contentieux, mais une vision juridictionnelle du contentieux différente, constitutionnellement fondée.

Sous-section 2. Une vision différente constitutionnellement fondée

La Constitution colombienne prévoit la séparation des pouvoirs comme l'un de ses principes fondamentaux. La fonction juridictionnelle n'est pas, aujourd'hui, exclusivement exercée par la branche juridictionnelle du pouvoir, tout en conservant une vision exclusivement juridictionnelle du contentieux. Cette situation s'explique par l'histoire institutionnelle de la Colombie qui est passée des pouvoirs séparés à l'unité du pouvoir (§1). L'unité du pouvoir a permis l'adoption d'un système dénommé de collaboration entre les branches du pouvoir. Il est dès lors nécessaire de préciser la place du contentieux dans la collaboration entre les branches du pouvoir (§2).

§1. Des pouvoirs séparés à l'unité du pouvoir

D'un point de vue constitutionnel, la Colombie a longtemps consacré formellement une vision classique de la séparation des pouvoirs, donnant naissance au pouvoir juridictionnel constitué. Cela a encore des conséquences à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration. Or, la mise en place de la séparation absolue des fonctions, se matérialisant par une prétendue exclusivité juridictionnelle sur le contentieux, s'est montrée problématique. Le remplacement d'un système d'isolement des pouvoirs par un système de collaboration s'est montré alors comme une nécessité. L'instauration d'un système de séparation des pouvoirs (A) a précédé l'actuel système de collaboration entre les branches du pouvoir (B).

A. L'instauration d'un système de séparation des pouvoirs

Les révolutions libérales, notamment la Révolution française, ont inspiré les libérateurs du Nouveau Royaume de Grenade²⁶³, qui ont cherché à utiliser les mêmes instruments contre l'arbitraire : pour le cas américain, l'Ancien Régime, donc « *l'arbitraire* », était celui de la domination espagnole sous la forme de colonie. Les premiers constituants de la République ont perçu dans les idées révolutionnaires, notamment celle de la séparation des pouvoirs que la Déclaration des Droits

²⁶³ Nom historique de la Colombie ayant été abandonné par la Constitution de 1821 qui a créé la Grande Colombie, réunissant les actuels états de Colombie, Venezuela, Équateur et Panama. Le nom de Nouvelle Grenade est repris en 1830 à la suite de la dissolution de la Grande Colombie. Ce nom a été confirmé par la suite ; mais, la Constitution de 1863 adopte le nom d'États-Unis de la Colombie. La Constitution de 1886 adopte définitivement le nom de République de Colombie.

de l'homme et du citoyen associait à la Constitution²⁶⁴, un élément essentiel à la vie républicaine²⁶⁵. L'ensemble des Constitutions de la première République des « *Provinces-Unies de la Nouvelle-Grenade* »²⁶⁶ ont recours à l'idée de la séparation des pouvoirs dont la conséquence nécessaire serait l'instauration d'un pouvoir juridictionnel.

L'engouement pour la Révolution française et pour ses idées plaçait, dans ces Constitutions, le régime colonial espagnol au même niveau que l'Ancien Régime français, comme des régimes tyranniques²⁶⁷. La quête de liberté, d'indépendance et surtout le désir de rejeter toute forme de soumission étrangère, ont conduit les constituants à pousser au bout de ses conséquences la théorie de la séparation des pouvoirs, considérée comme le seul moyen contre la tyrannie. La Constitution de 1811 de l'État fédéré de Cundinamarca disposait déjà que les trois pouvoirs seraient exercés indépendamment²⁶⁸; mais, l'article 12 va plus loin encore dans la logique d'isolement des pouvoirs : « *La réunion de deux ou trois fonctions des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire dans la même personne ou corporation, est tyrannique et contraire, partant, au bonheur des peuples* »²⁶⁹. Dans le même sens, la Constitution de 1811 de l'État de Tunja s'est prononcée en identifiant la réunion des pouvoirs à la tyrannie²⁷⁰. La Constitution de 1812 d'Antioquia reprend les idées de celle de Tunja; mais, elle ajoute des défenses expresses, notamment à l'exécutif d'exercer la fonction législative et elle ne dit rien en ce qui concerne la fonction « *judiciaire* »²⁷¹. Cette forme de rédaction a été reprise de façon presque identique à l'article 25, titre I^{er} de la Constitution de 1812 de l'État de Carthagène qui, en revanche, a interdit expressément l'exercice de la fonction judiciaire par le pouvoir exécutif. Par ailleurs, elle n'a prévu aucune dérogation expresse à ces interdictions²⁷². Cette première étape constitutionnelle est complétée par la Constitution de 1815 de l'État de Mariquita qui sans autant de

²⁶⁴ L'art. XVI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

²⁶⁵ « *Les principes rigides de l'illustration, dans sa prétention démesurée de diviser tout par des compartiments d'acier, sont acceptés par les premières constitutions, avec l'espoir – maintes fois inutiles –, de se libérer du despotisme de leurs libertés – sous l'immense foi révolutionnaire en la loi, qui n'est que la conséquence du changement de souveraineté, d'après laquelle davantage que des hommes, il existe des institutions* », Luis MORENO, « *La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana* », in *Justicia constitucional*, Ricardo SANIN (Coord), 1^{re} éd., Pontificia Universidad Javeriana – Legis, Bogota, 2006, p. 20.

²⁶⁶ Période connue sous le nom de « *Sotte Patrie* » (*Patria Boba*) en raison du fait qu'elle ne réussira pas à former un pouvoir fort capable d'arrêter la reconquête espagnole. Il faut néanmoins souligner que le nom de *Sotte Patrie* a été créé par les partisans du centralisme dont Simón BOLIVAR, afin de discréditer cette première république libérale et surtout fédérale. Cf. José Manuel RESTREPO, *Historia de la Revolución de la República de Colombia*, Librería Americana, Paris, 1827, 10 vol. Cet ouvrage utilise déjà l'expression « *Sotte Patrie* ».

²⁶⁷ « *Entre les droits qui ont le plus influencé les projets boliviens se trouvent notamment la liberté, la sécurité et la résistance à l'oppression (...)* », Eduardo ROZO, « *Influencia del constitucionalismo francés en Bolívar* », *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n° 541, vol. 81, janv.-mars, 1988, p. 90.

²⁶⁸ Art. 5, titre I « *Les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire seront exercés indépendamment les uns des autres; cependant, le pouvoir exécutif conserve le droit d'objection, le cas échéant, à l'égard des libertés du législateur* »

²⁶⁹ Ce texte « (...) exagère la même tridivision des pouvoirs de Montesquieu, avec la fin évidente de protéger les sacrés et imprescriptibles droits de l'homme » Diego URIBE, *Las Constituciones de Colombia*, t. I., éd. Cultura Hispánica, Madrid, 1977, p. 60.

²⁷⁰ Art. 20 chap. A : « *La réunion des trois pouvoirs : législatif, exécutif et judiciaire, c'est l'origine de la tyrannie, pour cela, dans un gouvernement libre, ils devront être séparés* ».

²⁷¹ Art. 30, titre I, Sect. 2, « *La séparation des trois pouvoirs : (...) constitue essentiellement la liberté, et de sa réunion dans une seule personne ou dans un seul corps, il résulte la tyrannie. En conséquence, le peuple a le droit que le corps législatif n'exerce jamais les fonctions de l'exécutif ou du judiciaire, même pas quelques-unes; que l'exécutif n'exerce les facultés législatives, même pas quelques-unes; enfin, que le judiciaire ne dispose pas non plus du pouvoir exécutif ou législatif, afin que gouvernent les lois, à la place des hommes* ».

²⁷² « *Avec l'important objectif que le gouvernement de l'État soit, quand il est possible, un gouvernement de lois et non d'hommes, le département législatif n'exercera jamais, les pouvoirs exécutif ou judiciaire; ni l'exécutif les pouvoirs législatif ni judiciaire, ni le judiciaire les pouvoirs législatif ni exécutif; hormis quelque cas particuliers prévus dans la Constitution* ».

précision et, surtout, de fermeté, a disposé que les trois pouvoirs ne pourront pas être exercés en même temps, par la même personne ou le même corps, ce qui laissait la place à l'exercice cumulatif de deux pouvoirs, mais non des trois²⁷³.

Cette première République est vite brisée par la reconquête espagnole et l'indépendance définitive n'est formalisée que par les lois constitutionnelles de 1819 et de 1821²⁷⁴, dont l'article 4 disposait de façon moins exaltée : « *Le pouvoir suprême sera toujours divisé pour son exercice en législatif, exécutif et judiciaire* ». Ce texte constitutionnel était moins rhétorique que les précédents. Il précisait, au contraire, de façon nette, que la séparation n'était pas seulement organique, mais fonctionnelle (article 11) : « *Le pouvoir de faire des lois correspond au Congrès ; celui de les faire exécuter, au Président de la République ; et celui de les appliquer aux causes civiles et pénales, aux tribunaux et juges* »²⁷⁵. Cette division fonctionnelle est confirmée par la Constitution de 1832 : la Constitution de l'État de la Nouvelle-Grenade dispose qu'aucun de trois pouvoirs ne pourra exercer des attributions propres aux autres pouvoirs et chacun « *doit se maintenir dans ses limites respectives* »²⁷⁶.

La séparation classique des pouvoirs et des fonctions est confirmée par la Constitution de 1853. Le pouvoir judiciaire est exclusivement attribué organiquement à la Cour suprême de justice, aux tribunaux et aux juges et sa fonction consiste à appliquer les lois aux cas concrets²⁷⁷. La Constitution centro-fédérale de 1858 a continué avec la tradition, et la fonction des juges y est définie de la même façon²⁷⁸. Pour ces Constitutions, la fonction « *judiciaire* » et la fonction exécutive étaient différentes par nature, compte tenu du fait que l'application des lois aux cas concrets n'était pas considérée comme une forme d'exécution des lois.

Ni la Constitution des États-Unis de Colombie de 1863²⁷⁹ ni celle de la République de la

²⁷³ Art 2 du titre 5 : « *Les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire resteront séparés et indépendants et ils ne pourront pas, en même temps, être exercés par une même personne ni par un seul corps* ».

²⁷⁴ Loi fondamentale de la République de la Colombie, adoptée dans la ville de Saint Thomas d'Angostura (appartenant aujourd'hui à l'Équateur), le 17 décembre 1819 et qui a été complétée par la Loi fondamentale de l'union des peuples de la Colombie, adoptée à Villa du Rosario de Cúcuta le 12 juillet 1821.

²⁷⁵ La Constitution de la République de la Colombie de 1830, article 3, n'a pas déterminé directement la séparation des pouvoirs : « *La souveraineté réside radicalement dans la Nation. D'elle émanent les pouvoirs politiques, qui ne pourront s'exercer que dans les termes établis dans cette Constitution* » Cette norme a été développée dans le sens de la séparation classique des pouvoirs : « *Dans les textes complémentaires, les compétences exclusives, privatives et spéciales à chacun d'eux se sont fixées* », Luis MORENO, « La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana », *loc. cit.*, p. 27, note 27.

²⁷⁶ Constitution de l'État de la Nouvelle-Grenade de 1832, art. 13 : « *Le pouvoir suprême sera divisé pour son Administration en législatif, exécutif et judiciaire, et aucun d'eux n'exercera les attributions qui conformément à cette Constitution correspondent aux autres et chacun doit se maintenir dans ses propres limites* ». Cette norme a été transcrite dans la Constitution de la République de la Nouvelle-Grenade de 1843.

²⁷⁷ Art. 12 chap. 2 de la Constitution Politique de la Nouvelle-Grenade : « *Le pouvoir législatif, attribué au Congrès, fait les lois concernant les affaires attribuées au Gouvernement général et il donne son approbation aux traités publics. Le pouvoir exécutif, attribué au Président de la République, exécute les lois et les fait exécuter. Et le pouvoir judiciaire, attribué à la Cour suprême de justice et aux autres tribunaux et juges, applique les lois aux cas particuliers* ».

²⁷⁸ « *Le gouvernement général de la Confédération grenadine sera exercé par un Congrès qui fait les lois, par un Président qui les exécute et par un corps judiciaire qui applique leurs dispositions aux cas particuliers* ».

²⁷⁹ Art. 16 chap. 5, Constitution des États-Unis de la Colombie de 1863 : « *Le Gouvernement général des États-Unis de la Colombie sera, par la nature de leurs principes constitutifs, républicain fédéral, exécutif, alternatif et responsable ; il sera divisé pour son exercice en pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire* ».

Colombie de 1886²⁸⁰ n'ont eu la précision des précédentes constitutions en ce qui concerne la séparation des pouvoirs et des fonctions. Néanmoins, l'idée de l'existence d'un monopole juridictionnel du contentieux s'est répandue, et la version déformée de *l'Esprit des lois* est devenue « *la Bible du droit public interne* »²⁸¹.

Il s'agissait d'un système irréal et artificiel d'exclusivité contentieuse dans les mains du pouvoir judiciaire ; il devait, au moins, affronter la montée grandissante du contentieux devant un pouvoir incapable d'y faire face. Ce système appelait une révision et une correction.

B. L'instauration d'un système de collaboration entre les branches du pouvoir

La Constitution de la République de Colombie de 1886 instituait un système classique de séparation des pouvoirs, ce qui s'est montré rapidement problématique²⁸². En 1936, le Congrès a réalisé la plus profonde révision de la Constitution antérieure²⁸³. L'article 21 de la réforme dispose : « *sont organes du pouvoir public : le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Les organes du pouvoir public sont limités, ils ont des fonctions séparées, mais collaborent harmonieusement à la réalisation des fins de l'État* »²⁸⁴. Pour la première fois, et d'un point de vue constitutionnel, les finalités publiques n'étaient pas assignées différemment à chaque « *pouvoir* » (désormais organe du pouvoir – article 22 de la réforme de 1936); mais, à l'État dans son unité. La collaboration des organes a été reproduite dans la réforme constitutionnelle de 1945. Elle a remplacé l'expression des organes du pouvoir pour l'expression des branches du pouvoir²⁸⁵. De plus, par une influence de DUGUIT dans les institutions colombiennes, la réforme constitutionnelle de 1945 a adopté le terme juridictionnel, à la place de celui de judiciaire. Cette modification a été critiquée par UPRIMI pour qui les idées de DUGUIT n'auraient pas dû être transposées au droit colombien, car il utilisait le terme juridictionnel pour expliquer le fait qu'il comprenait tantôt des organes judiciaires, tantôt des organes administratifs, ce qui était absolument étranger aux institutions colombiennes²⁸⁶. Pour UPRIMI, le terme judiciaire est

²⁸⁰ Art. 57, titre V de la Constitution de la République de la Colombie : « *Tous les pouvoirs publics sont limités et exercent séparément leurs attributions respectives* ». La Constitution utilisait les termes de Pouvoir Judiciaire et d'Administration de la Justice.

²⁸¹ Carlos MELGUZO, « Separación y limitación de los poderes públicos », *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*, an V, 28 juin 1915, n° 49, p. 247.

²⁸² « *Il semble qu'une fausse interprétation de la doctrine de ce célèbre auteur ait conduit son application constitutionnelle à un excès de séparation (...) En réalité, la doctrine demande la collaboration harmonieuse des trois branches du pouvoir, justement puisqu'elles sont séparées* », Eduardo FERNANDEZ, *Las Constituciones colombianas comparadas*, t. II, éd. Universidad de Antioquia, Medellín, 1964, p. 143.

²⁸³ La réforme de 1936 ou la réforme « socialisante » a été entreprise par le parti libéral, majoritaire au Congrès, sous la direction du Président de la République, Alfonso LOPEZ et elle a modifié tellement les institutions colombiennes, que le parti au pouvoir parlait d'une nouvelle république. Cette grande réforme a été connue comme la « révolution en marche » soutenue par un « front populaire » des parties de gauche. Cf. Luis SÁCHICA, *La Constitución colombiana, cien años haciéndose*, Universidad nacional autónoma de México, 1982, p. 68-69.

²⁸⁴ Acte de réforme de la Constitution numéro 1, du 5 août 1936.

²⁸⁵ Des organes et des branches : « *Cette similitude avec le corps animal, a été remplacée par une similitude végétale en 1945. Nous préférons la première des deux* », Eduardo FERNANDEZ, *Las Constituciones colombianas comparadas*, t. II, op. cit., p. 142. « *Maintenant on conçoit le pouvoir public comme un arbre dont son tronc fait naître trois branches. Ce qui ne laisse non plus d'être un peu artificiel* », Jacobo PEREZ, *Derecho constitucional colombiano*, 5^e éd. Temis, Bogota, 1997, p. 399.

²⁸⁶ « (...) les auteurs de la réforme constitutionnelle, en 1944 et qui a été finie en 1945, n'avaient pas bien compris Duguit, qui était l'auteur français le plus important et qui a remplacé la notion de « fonction judiciaire » par celle de « fonction juridictionnelle » ; mais, il a déclaré très clairement et très précisément, que la « fonction juridictionnelle » n'est pas seulement exercée par les autorités judiciaires, mais aussi par celles administratives, par conséquent, nous ne pouvons que qualifier de faute grave le remplacement fait, par la réforme de 1945, du

plus précis, en tant qu'il exprime bien le monopole « *judiciaire* » du contentieux. La collaboration entre les branches du pouvoir a été maintenue dans l'article 113 de l'actuelle Constitution de 1991 qui a préservé, presque inchangé, le principe posé depuis 1936 : « *Ce sont des branches du pouvoir public, la législative, l'exécutive et la judiciaire. (...) Les différents organes de l'État ont des fonctions séparées ; mais, ils collaborent harmonieusement à la réalisation de ses fins* ».

Les origines théoriques de la réforme constitutionnelle de 1936, instaurant la collaboration entre les branches du pouvoir, sont françaises. À l'époque, les publicistes français étaient constamment consultés en Colombie, notamment Léon DUGUIT²⁸⁷ et CARRE de MALBERG. Darío ECHANDIA, ministre du gouvernement, équivalent aujourd'hui du ministre de l'Intérieur, chargé de la rédaction de la réforme de 1936, était un connaisseur des thèses de DUGUIT²⁸⁸. Ainsi, la doctrine n'hésite pas à affirmer que l'unité du pouvoir et la collaboration entre les branches du pouvoir sont issues directement de la pensée de DUGUIT²⁸⁹ ; mais, son influence sur la révision constitutionnelle a été beaucoup plus étendue, notamment en matière de fonction sociale de la propriété privée²⁹⁰.

L'unité du pouvoir était une idée énoncée en France. Dès la Constituante de 1789, le représentant MOUNIER mettait en garde sur les dangers de ce qui deviendrait ultérieurement la version classique de la séparation des pouvoirs : « *Pour que les pouvoirs soient à jamais divisés, il ne faut pas qu'ils soient entièrement séparés* »²⁹¹ Cette idée a été reprise par SAINT-GIRONS pour qui, bien que les pouvoirs soient « indépendants », ils doivent rester « *unis dans leur action pour produire l'harmonie* »²⁹². DUGUIT et CARRE de MALBERG reviendront sur ces idées.

En effet, Léon DUGUIT a utilisé pour la première fois le terme collaboration des pouvoirs, tout d'abord pour l'opposer à la séparation des pouvoirs qu'il délaissait afin d'expliquer les systèmes parlementaires où tous les organes participent à l'accomplissement des fonctions : « *Le gouvernement parlementaire (...) repose non point sur la séparation des pouvoirs ; mais, au contraire*

*terme « fonction judiciaire » par celui de « fonction juridictionnelle », Leopoldo UPRIMI, « La ambigüedad e inconveniencia de los términos « jurisdicción », « función jurisdiccional » y « rama jurisdiccional del poder público » en torno de una reforma constitucional propuesta por la comisión Echandía », *loc. cit.*, p. 390.*

²⁸⁷ DUGUIT a été traduit en espagnol en 1913 et rapidement il a connu un énorme succès en Colombie : Léon DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público*, trad. Adolfo POSADA et Ramón JAEN, éd. FRANCISCO BELTRÁN Librería Española y Extranjera, Madrid, 1913.

²⁸⁸ DUGUIT a été cité tant par le gouvernement que par les parlementaires, dans de nombreux débats au cours de la discussion de la réforme de 1936, notamment en ce qui concerne la fonction sociale de la propriété. Cf. Jaime VIDAL, « Prólogo » à *La reforma constitucional de 1936*, (Álvaro TIRADO et Magdala VELASQUEZ), éd. La oveja negra, Bogota, 1982, p. 9.

²⁸⁹ « *Aujourd'hui on n'admet pas qu'il existe coexistence de plusieurs pouvoirs publics (...) En conséquence (...) on a changé l'expression "pouvoirs publics" par celle de "organes de l'État". À Duguit, à qui on le doit, il a semblé plus confortable (...)* », Jacobo PEREZ, *Derecho constitucional colombiano*, 5^e éd. *op. cit.*, p. 398.

²⁹⁰ Le Recteur HINESTROSA n'hésite pas à affirmer que « *La réforme constitutionnelle de 1936, avec un accent solidaire manifeste, a eu pour référence les Constitutions de Weimar et de la République espagnole ; mais, son mentor idéologique fut le grand théoricien français Léon Duguit (...)* », Fernando HINESTROSA, « La présence de la culture juridique française en Colombie », in *L'ENA hors les murs*, numéro hors série *La Colombie au-delà des clichés*, septembre 2009, p. 13.

²⁹¹ Assemblée constituante, séance du 19 août 1789.

²⁹² « *La distinction de deux organes chargés d'exercer les fonctions législative et exécutive, organes indépendants l'un de l'autre, agissant en toute liberté dans leur sphère propre, unis dans leur action pour produire l'harmonie, et possédant l'un sur l'autre des moyens d'influence, qui leur permettent de se défendre contre tout empiètement, et, dans l'hypothèse de conflit prolongé, de donner le dernier mot à la nation qu'ils représentent* », Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, *op. cit.*, p. 2-3.

sur leur collaboration et leur solidarité (...) tous les organes de l'État participent toujours à l'accomplissement de chaque fonction »²⁹³. Postérieurement, DUGUIT a développé la logique de la collaboration entre les organes du pouvoir, en dehors des systèmes parlementaires. Chaque organe participe différemment aux fonctions étatiques²⁹⁴ ; mais, d'une façon coordonnée, ce qui détermine le « concours » de tous les organes à l'accomplissement des fonctions. Le concours nécessaire s'opposait à l'isolement des pouvoirs et fait nécessairement penser à la collaboration²⁹⁵.

C'est à CARRE de MALBERG que l'on doit la théorisation de l'unité du pouvoir, se traduisant dans la réforme de 1936 par l'idée des organes du pouvoir, à la place des trois pouvoirs séparés. CARRE de MALBERG plaide aussi pour la collaboration des pouvoirs. Il raisonne de la façon suivante : si la puissance était unitaire et si, donc, sa volonté l'était aussi, il fallait que tous les organes de la puissance « collaborent » à l'exercice du pouvoir²⁹⁶. En 1933, BARTHELEMY et DUEZ ont repris les idées de SAINT-GIRONS, de DUGUIT et de CARRE de MALBERG et ils ont complété la théorisation de la collaboration des pouvoirs. La vision déformée de la séparation des pouvoirs, conçue comme l'isolement des pouvoirs, conduirait à l'anarchie ; la collaboration des pouvoirs agirait pour le bien commun de l'État²⁹⁷.

En Colombie, c'est justement l'ensemble de cette doctrine française qui a inspiré l'adoption, en 1936, du système de la collaboration entre les branches du pouvoir. Ce principe aurait des conséquences importantes en ce qui concerne la distribution organique du contentieux.

§2. Le contentieux et la collaboration des branches du pouvoir

Le sens de la collaboration entre les branches du pouvoir n'est retrouvé ni dans la doctrine française ni dans les différents textes constitutionnels qui ont consacré la collaboration des branches du pouvoir. Tout d'abord, on pourrait soutenir que chaque partie du pouvoir conserve une fonction différenciée et exclusive, en ayant des buts particuliers, mais qu'ils concourent à la réalisation des finalités de l'ensemble de l'État, par l'exercice exclusif de sa fonction. Ensuite, la collaboration des branches du pouvoir pourrait aussi demander la participation, dans l'exercice d'une partie des

²⁹³ Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *loc. cit.*, p. 1.

²⁹⁴ « Dès lors il est certain que si tous les organes participent en commun aux diverses fonctions de l'État, ils y participent chacun suivant leur nature propre, et par conséquent d'une manière différente. La question n'est donc pas de diviser les fonctions de l'État entre les différents organes; mais, de déterminer le mode de participation de chacun des organes à chacune des fonctions de l'État », Léon DUGUIT, « Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique », *Revue Internationale de Sociologie*, 2^e année, n° 3, mars 1894, p. 32.

²⁹⁵ « (...) il n'y a pas une fonction de l'État dont l'exercice n'implique le concours de tous les organes politiques (...) », *ibidem*, p. 37.

²⁹⁶ « Ces titulaires multiples reçoivent, avec des compétences diverses, la mission de coopérer à l'exercice d'une puissance unique, et, par suite aussi, de collaborer à la formation d'une volonté étatique unique et commune », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, *op. cit.*, p. 27.

²⁹⁷ « La signification et la portée exacte du principe » (...) « Malheureusement, le principe de la séparation des pouvoirs a subi, dans sa signification exacte, une double altération : 1° sous l'influence de l'esprit logique, il a été exagéré ; 2° sous l'influence de l'esprit juriste, il a été déformé (...) On est arrivé à établir au lieu des pouvoirs séparés, collaborant à l'œuvre commune du bien de l'État, des pouvoirs isolés, fonctionnant sans harmonie entre eux dont l'action engendre nécessairement anarchie (...) L'esprit juriste (...) a voulu en faire une règle supérieure, correspondant à une sorte de réalité métaphysique, une vérité de la science politique révélée », Joseph BARTHELEMY, et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933, réimpression Economica, Collection « classiques », Paris, 1985, p. 142.

fonctions, des autres organes. À ce titre, la sanction et le veto législatif seraient des formes de collaboration de la branche exécutive avec la législative. La collaboration des pouvoirs serait une forme de coexercice des fonctions. Enfin, l'idée de collaboration pourrait être interprétée comme un principe permettant des dérogations à l'exclusivité des fonctions et des organes. La collaboration permettrait, notamment, l'exercice intégral (et non simplement le coexercice ou la participation) d'une des trois fonctions, par des organes normalement étrangers à cette fonction ; mais, n'y étant autorisés que par une nécessité de collaborer. Dans ce cas, la collaboration des pouvoirs expliquerait notamment la délégation législative au Président de la République et les fonctions juridictionnelles de l'administration (A), tout en conservant, de ce fait, la maîtrise juridictionnelle du contentieux (B).

A. Les fonctions juridictionnelles de l'administration

Avant même que la Constitution de 1991 ne l'autorise expressément, l'ordonnancement juridique colombien a attribué à l'administration des fonctions qualifiées expressément de « *juridictionnelles* ». Plusieurs lois assignant ces fonctions à l'administration²⁹⁸ ont été déférées à la chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice sous le grief de contrarier la Constitution²⁹⁹. La constitutionnalité de ces lois a été déclarée selon l'article 88 de la Constitution de 1886, qui, après la révision opérée en 1936, disposait la collaboration des branches du pouvoir. La Constitution de 1991 a confirmé la collaboration de branches du pouvoir comme le fondement des fonctions juridictionnelles assignées à l'administration³⁰⁰. Elle a précisé, par ailleurs, que les fonctions juridictionnelles de l'administration ne sont constitutionnelles que si elles sont exceptionnelles³⁰¹.

La doctrine voit dans la collaboration avec la branche « *judiciaire* » du pouvoir, la justification de l'expression « *juridictionnelle* » proposée par DUGUIT. Collaboration des pouvoirs signifierait que le règlement des litiges n'est pas seulement confié aux autorités judiciaires³⁰², dont l'administration de la Justice serait la fonction principale, mais, plus largement, aux autorités juridictionnelles dont l'administration, chaque fois qu'elle exerce des fonctions juridictionnelles³⁰³. Le « *juridictionnel* » français (juridiction judiciaire et juridiction administrative) serait différent du « *juridictionnel* » colombien (branche judiciaire du pouvoir, Congrès, administration et particuliers). Dans le concept

²⁹⁸ Le Code judiciaire, loi du 5 décembre 1923 disposait à l'article 1^{er} que dans des « *cas spéciaux* », l'administration de la justice est exercée par des autorités administratives.

²⁹⁹ La Cour constitutionnelle colombienne a été créée par la Constitution de 1991. Sous la Constitution de 1886, le contrôle de constitutionnalité était auparavant confié à une chambre spéciale de la Cour suprême de justice.

³⁰⁰ « *Il s'agit de l'application de l'article 116 de la Constitution (...) comme conséquence du postulat de la collaboration harmonieuse entre les branches du pouvoir public (art. 113 C.P.)* », C.c.c. Sentence C-1143-00, 30 août 2000, M.R. Carlos GAVIRIA.

³⁰¹ Art. 116 « (...) Le Congrès exercera des fonctions judiciaires déterminées. Exceptionnellement la loi pourra attribuer la fonction juridictionnelle dans des matières précises à des autorités administratives déterminées. Néanmoins, elles seront défendues d'instruire des affaires pénales et de juger des délits. Les particuliers peuvent se faire attribuer transitoirement la fonction d'administrer la justice comme des jurys dans des causes pénales, comme des conciliateurs ou comme des arbitres autorisés par les parties à prendre des décisions par le droit ou par l'équité, dans des termes qui détermine la loi »

³⁰² Qui, d'après la Constitution, constitueraient la branche judiciaire.

³⁰³ « *On a cherché à distinguer entre branche judiciaire et branche juridictionnelle pour faire allusion au fait que la branche juridictionnelle regroupe des organes qui exercent la juridiction, bien que la juridiction ne soit pas leur fonction propre, mais ils l'exercent par extension, notamment le Congrès de la République, les autorités administratives et les particuliers tandis que la branche judiciaire est celle chargée spécifiquement de la fonction d'administrer la justice* », Eduardo GARCIA et al., *Elementos teórico-prácticos de Derecho procesal civil*, éd. Doctrina y Ley, Bogota, 2008, p. 8.

du juridictionnel colombien, l'administration n'administrerait la justice que d'une façon exceptionnelle. Juger par l'administration n'est, en Colombie, ni encore ni aussi administrer.

Les fonctions juridictionnelles de l'administration doivent alors être identifiées au moment de définir la juridiction en Colombie. Pour le professeur LOPEZ, la fonction d'administrer la justice est « *usuellement* » exercée par les organes du pouvoir juridictionnel ; mais, d'autres organes exercent cette fonction, notamment les autorités administratives³⁰⁴. De même, le Conseil supérieur de la Judicature adopte une définition tant organique que fonctionnelle de la juridiction ; mais, son idée de la fonction juridictionnelle permet son attribution à des organes différents du juridictionnel, compte tenu de l'assimilation du juridictionnel à l'administration de la justice³⁰⁵. En d'autres termes, pour le Conseil de la Judicature, l'activité contentieuse de l'administration, d'un point de vue matériel, serait considérée comme une forme d'administration de la justice.

Dans ce contexte, la question de savoir quel est l'effet de la collaboration des pouvoirs sur l'activité contentieuse de l'administration se pose. De prime abord, d'un point de vue institutionnel, la collaboration des pouvoirs désigne un panorama plus adapté à la reconnaissance et à l'acceptation pacifique de l'activité contentieuse de l'administration. C'est directement la Constitution qui autorise l'exercice de la fonction juridictionnelle, en dehors de la branche juridictionnelle du pouvoir. La fonction juridictionnelle, exercée par l'administration en raison de la collaboration entre branches du pouvoir serait l'acceptation formelle de l'activité contentieuse de l'administration. Elle aurait ainsi une place dans la théorie de l'État.

Aussi n'existerait-il plus de monopole juridictionnel du contentieux puisque celui-ci pourrait être tranché notamment par l'administration ; mais, à la condition de sa reconnaissance formelle comme une fonction juridictionnelle. Or, la collaboration des branches du pouvoir ne jouerait qu'en faveur de la maîtrise juridictionnelle du contentieux.

B. La maîtrise juridictionnelle du contentieux

En dépit des apparences, la collaboration entre les branches du pouvoir, autorisant les fonctions juridictionnelles de l'administration, ne reconnaît pas l'activité contentieuse de l'administration ; en revanche, elle prétend installer une nouvelle forme d'exclusivité juridictionnelle du contentieux. La collaboration entre les branches du pouvoir ne constitue

³⁰⁴ « *Même si la fonction publique d'administrer la justice correspond majoritairement à la branche juridictionnelle, nous ne pouvons pas exiger l'exclusivité de celle-ci, compte tenu du fait que l'exécutif et la législative l'exercent aussi parfois (...) tel est le cas de nombreuses démarches de l'administration ayant un contenu purement juridictionnel, notamment des cas du redressement des entreprises en difficulté et de procédures prévues dans le Statut de la fiscalité, parce que l'on doit savoir que la séparation absolue n'existe pas dans notre pays (...)* », Hernán LOPEZ, *Instituciones de Derecho procesal civil colombiano*, t. I, p. 127-128.

³⁰⁵ « *Au sens large du terme, la juridiction a été définie comme l'ensemble des attributions qui correspondent dans une matière précise et dans un champ de compétence, à une structure organisée et hiérarchisée, appartenant à la branche judiciaire, ainsi qu'elle a été définie comme le pouvoir ou l'autorité dont on dispose afin d'appliquer les lois aux cas particuliers, d'après le concept commun d'administrer la justice* », Cons. S.J., Ch. Jur. Disc., Décision (auto) du 25 janvier 1993, rapporteur Alvaro ECHEVERRY, citée par Pedro CARDONA, *Manual de Derecho procesal civil*, op. cit., p. 57.

pas un système différent de celui de la séparation des pouvoirs. Il s'agit d'une correction faite à la vision classique des pouvoirs isolés, chacun monopolisant une des trois fonctions. La règle de la collaboration entre branches du pouvoir ne signifie pas l'abandon de la séparation des pouvoirs ; au contraire, elle contribue à sa conservation.

Il faut rappeler qu'en Colombie, le juridictionnel est majoritairement défini d'un point de vue contentieux. Le contentieux n'est jamais considéré comme une fonction administrative, mais, bien au contraire, il reste toujours une fonction juridictionnelle, confié parfois à l'administration. En d'autres termes, les fonctions juridictionnelles exercées par l'administration ne sont que des prolongements non organiques de la branche juridictionnelle³⁰⁶ du pouvoir. Il s'agit d'une forme de déconcentration des fonctions juridictionnelles. Ainsi, la branche juridictionnelle exerce cette fonction qui lui est toujours exclusive³⁰⁷, essentiellement par ses propres organes (des tribunaux et des juges), et exceptionnellement par l'intermédiaire d'autres organes dont l'administration. Ces organes exercent la fonction toujours au nom de la branche juridictionnelle. Par ailleurs, les décisions prises par l'administration, mais dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, sont objet d'appel devant les tribunaux.

Il s'agit, par conséquent, d'un système qui, au lieu d'ignorer le contentieux réglé par l'administration en vue de l'occulter, a choisi de le reconnaître, tout en le maîtrisant. Le contentieux n'est formellement tranché par l'administration que par une autorisation « *exceptionnelle* » et formelle du législateur³⁰⁸. Cela détermine le fait que le contentieux soit considéré comme une fonction étrangère à l'administration, une fonction rare qui ne lui est pas propre, mais qu'elle exerce en vue de collaborer avec une autre branche du pouvoir, titulaire de la fonction juridictionnelle. Malgré le fondement constitutionnel de l'attribution des fonctions juridictionnelles à l'administration, cela ne serait qu'une anomalie exigeant une autorisation législative expresse et un encadrement précis³⁰⁹. De plus, cette situation fait l'objet du contrôle attentif de la Cour constitutionnelle qui a, notamment, formulé le « *principe de l'exceptionnalité des fonctions juridictionnelles* » exercées par l'administration, cohérent avec une présomption de compétence juridictionnelle, pour l'exercice de la « *fonction juridictionnelle* »³¹⁰.

³⁰⁶ Cette idée se trouve dans l'étude concernant les AAI, préparée à l'intérieur du Conseil d'État français en 1983 « (...) qu'elles (les AAI) constituent fréquemment des prolongements du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire, et non des organes proprement administratifs (...) », François GAZIER et Yves CANNAC, « Les autorités administratives indépendantes », *Études et Documents* n° 35, Conseil d'État 1983-1984, p. 14.

³⁰⁷ Mme. QUINTERO adopte cette vision juridictionnelle du contentieux ou *principe d'exclusivité de l'administration de la justice*, malgré la collaboration entre les branches du pouvoir : « *La fonction juridictionnelle est une fonction souveraine, par conséquent seulement l'État peut exercer juridiction. Mais, par ailleurs, à l'intérieur de l'État, seulement l'organe juridictionnel doit exercer la juridiction* », Beatriz QUINTERO, « El derecho procesal en la Constitución de 1991 », *Revue Temas procesales*, n° 16, Medellín, mai 1993, p. 84.

³⁰⁸ L'art. 116 de la Constitution c. autorise l'attribution législative de fonctions juridictionnelles à l'administration à condition que les matières soient clairement déterminées et que cette attribution soit exceptionnelle.

³⁰⁹ « *Il s'agit d'une compétence exceptionnelle, déterminée et d'ordre législatif* », Pedro CARDONA, *Manual de Derecho procesal civil, op. cit.*, p. 64. La jurisprudence colombienne a déterminé cet encadrement : « *La loi peut attribuer des fonctions judiciaires aux autorités administratives ; mais, à la condition non seulement que les fonctionnaires qui vont exercer concrètement ces compétences soient préalablement déterminés par la loi et qu'ils disposent de l'indépendance et de l'impartialité propre à celui qui exerce une fonction judiciaire* », C.c.c. Sentence C-1641-00, 29 novembre 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

³¹⁰ Pour la Cour constitutionnelle « (...) *les facultés juridictionnelles doivent être exercées par la branche judiciaire, sauf si le législateur, l'exprimant d'une façon expresse et claire, en a disposé autrement (...)* En vertu du principe de l'exceptionnalité dans l'attribution des fonctions juridictionnelles aux autorités administratives, on doit conclure

L'attribution formelle de la fonction juridictionnelle suppose un système matériel à la base et formel à l'extérieur. Afin d'assigner des fonctions juridictionnelles à des organes administratifs, il est nécessaire, au préalable, de déterminer la nature juridictionnelle de la fonction objet du transfert. Ainsi, serait nécessaire, en principe, son identification matérielle, en tant que fonction contentieuse³¹¹. Lorsqu'il s'agit d'une compétence antérieurement exercée par une juridiction, il existe une sorte de présomption du caractère juridictionnel de la fonction³¹². Or, l'obligation d'assignation expresse et formelle de la fonction juridictionnelle détermine que la fonction juridictionnelle ne soit pas, en définitive, identifiée sous un critère matériel, mais formel : l'attribution législative de la fonction expressément qualifiée comme juridictionnelle. Cette attribution formelle contribue à la vision juridictionnelle du contentieux en Colombie. À partir de l'assimilation absolue du contentieux à la juridiction, l'assignation exceptionnelle et formelle de la fonction juridictionnelle à l'administration fonde la vision juridictionnelle du contentieux, selon laquelle l'administration n'exerce la fonction contentieuse (entendant par là, la fonction juridictionnelle), que quand la loi l'assigne et cela, de façon exceptionnelle. La collaboration entre les branches du pouvoir est tantôt une mesure prise contre l'encombrement du contentieux exclusivement juridictionnel, tantôt un instrument efficace contre l'excès d'activité contentieuse de l'administration, qui permettrait sa maîtrise en tant que fonction résiduelle. L'idée des fonctions juridictionnelles de l'administration occulte ainsi toute l'activité contentieuse, mais non juridictionnelle de l'administration, en même temps qu'elle altère la véritable place du contentieux dans l'unité du pouvoir public.

Conclusion du Chapitre

L'absorption de la fonction contentieuse par les juridictions françaises et colombiennes est un projet, en même temps qu'une façon de regarder la réalité ou de l'interpréter. En raison de la vision juridictionnelle du contentieux, l'image de la réalité de l'exercice de la fonction contentieuse peut être affectée de trois manières déterminées soit par l'abstraction, soit par le jugement de valeur ou encore par l'altération.

- l'abstraction de cette réalité justifie l'affirmation que tout le contentieux est juridictionnel à un point tel que cette fonction définit la juridiction ;
- le jugement porté sur cette réalité conduit à considérer toutes les formes du contentieux

que lorsqu'il n'existe pas de clarté sur l'octroi d'une de ces fonctions, la compétence continue dans la branche judiciaire du pouvoir public », C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

³¹¹ Compte tenu du fait que c'est le contentieux qui, généralement, définit la fonction juridictionnelle.

³¹² Il ne s'agit pas en réalité d'une déjuridictionnalisation d'une compétence car, même si elle sera désormais exercée par l'administration, elle y sera investie de la fonction juridictionnelle. Il s'agit donc d'une déjudiciarisation de la fonction juridictionnelle. Dans ce sens s'est prononcée la Cour constitutionnelle: « *Les normes accusées visent à déjudiciariser la solution des conflits, par des moyens tels que la conciliation, l'arbitrage et l'intermédiation à l'amiable ; elles prévoient également l'exercice des fonctions juridictionnelles par la Surintendance bancaire, celle des sociétés et celle des valeurs, conformément à des règles de compétence précises en matière commerciale et financière et conformément aux procédures qui y sont établies », C.c.c. Sentence C-672-99, 9 septembre 1999, M.R. ANTONIO BARRERA.*

non juridictionnel comme des anomalies ;

- l'altération de cette réalité fait apparaître comme juridictionnelle toute forme de fonction contentieuse.

Dès lors, le contentieux tranché par l'administration, en dehors du label juridictionnel, reste dépourvu de place théorique³¹³, linguistique et institutionnelle. En France, le contentieux et la juridiction seraient des synonymes³¹⁴ tandis qu'en Colombie, la fonction juridictionnelle consisterait en la résolution du contentieux³¹⁵.

À partir des distributions théoriques du pouvoir qui ne sont ni réelles ni absolues, les deux systèmes, français et colombien, décrivent une place fautive du contentieux dans la distribution du pouvoir. Or, le contentieux ne constitue pas un objet exclusivement juridictionnel.

³¹³ L'activité contentieuse, qui n'est pas qualifiée formellement comme juridictionnelle, est considérée comme une fonction administrative ordinaire, sans mettre en valeur sa composante contentieuse car, dans la vision juridictionnelle du contentieux, cela signifierait que la fonction est juridictionnelle.

³¹⁴ Même si une doctrine colombienne a tendance à utiliser aussi comme des synonymes le contentieux et le juridictionnel : « (...) la solution des conflits qui pourraient ou devraient être résolus dans la voie administrative sans besoin d'arriver au contentieux », Dolly PEDRAZA, « Descongestión de la Justicia contenciosa administrativa », Organisation des États Américains, Département de Droit International, in http://projusticia.org.pe/Informes/Reforma/Descongestion_Justicia.pdf, p. 3.

³¹⁵ « (...) conformément aux normes constitutionnelles, la 'fiscalía' est un organe administrateur de la justice, qui interprète la loi et qui donne application aux cas particuliers et concrets, qui résout des litiges et, en général, qui applique le droit aux cas spécifiques et lorsque ces fonctions exercent ces activités, ils deviennent des juges », Sentence C-037-96 du 5 février 1996, M.R. Vladimiro NARANJO.

Chapitre 2. Le contentieux, un objet non exclusivement juridictionnel

La modernité juridique avait commandé la juridictionnalisation complète du contentieux¹ ainsi que l'occultation de ce qui restait du contentieux réglé par l'administration active. Le résultat de ce programme n'était qu'une apparence. La juridictionnalisation complète du contentieux s'est montrée comme une tâche impossible, tandis que le contentieux géré par l'administration active a résisté à l'occultation. En revanche, l'administration s'est vue progressivement confier davantage de fonctions contentieuses. Tant en France qu'en Colombie, la montée du contentieux a mis à l'épreuve la capacité d'absorption des juridictions². Les dérèglements internes des systèmes en apparence, exclusivement juridictionnels, ont mis en évidence les difficultés d'une juridictionnalisation complète du contentieux.

Des influences issues de systèmes *a priori* étrangers aux principes des droits publics français et colombien sont venues contredire cette vision exclusivement juridictionnelle du contentieux construite, de façon avérée, sur de faibles fondations qui n'ont pas résisté à la réalité de l'exercice de la fonction contentieuse. Des autorités mettant ouvertement en échec le programme de juridictionnalisation du contentieux se sont ainsi installées dans les deux États. L'activité contentieuse de l'administration est ainsi sortie de sa léthargie impliquée par la vision juridictionnelle du contentieux³. La fonction contentieuse latente s'est manifestée.

En démontrant que l'administration active n'est pas exclue de la fonction contentieuse, la définition contentieuse de la juridiction se montre inexacte. La remise en cause de la vision juridictionnelle du contentieux (**Section I**), oblige à adopter une définition de la juridiction (**Section II**), ne méconnaissant pas l'activité contentieuse de l'administration.

¹ D'après le professeur René CHAPUS, « (...) la modernisation de la justice administrative a été engagée avec l'abolition de la justice retenue et menée à son terme par celle de la juridiction ministérielle », René CHAPUS, « La procédure, les aspects procéduraires », *A.J.D.A.* 1988, p. 93.

² Les affaires enregistrées au Conseil d'État colombien entre 1990 et 2002 ont augmenté, en moyenne, de 4300 %, d'après Rafael BALLEEN et al., « Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa », *Revue Prolegómenos – Derechos y valores*, V. IX, n° 18, juillet-décembre 2006, p. 35. L'étude n'explique pas la méthode choisie pour arriver à ce chiffre trop élevé. En prenant cette même période, en France, à l'aide des données insérées dans les rapports publics du Conseil d'État entre 1991 et 2003, la moyenne de croissance des affaires devant le Conseil d'État français a été de 0,052 %. En 1990, la section du contentieux du Conseil d'État a enregistré 8 069 requêtes et en 2010, 10 268 : *Rapport public 1991*, p. 51 et *Rapport public 2011*, p. 34.

³ Cela dévoile que l'activité contentieuse des administrations n'est pas une nouveauté, mais une fonction toujours présente, malgré l'occultation opérée par la modernité : « (...) les éléments du droit post-moderne étaient déjà présents dans le droit moderne (...) Dès lors la post-modernité juridique peut être envisagée sous un autre éclairage : en tant que processus d'adaptation du droit moderne au contexte nouveau des sociétés contemporaines : ou mieux encore, en tant qu'activation de dimensions déjà présentes au cœur de la modernité », Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.* n° 3, 1998, p. 682.

Section I. La remise en cause de la vision juridictionnelle du contentieux

La remise en cause de la vision juridictionnelle du contentieux constitue ce que le professeur BIENVENU appelle, « *une crise sans catastrophe* »⁴ : les juridictions continuent d'être la solution de principe pour le contentieux et elles sont constamment réformées afin de répondre à la proposition selon laquelle tout le contentieux doit être réglé par les juridictions. En même temps, l'administration tranche quotidiennement des litiges sans que cela soit sanctionné au titre de la séparation des pouvoirs. La crise ne serait donc pas un bouleversement profond des institutions à l'égard du contentieux, mais un témoignage actuel de l'évolution de la doctrine⁵ vis-à-vis du phénomène juridictionnel, liée à l'identification du contentieux avec la juridiction et à la mise en évidence des fonctions contentieuses non juridictionnelles. Crise peut signifier alors désordre. « *Instabilité des concepts, concurrence des critères, fragmentation des régimes juridiques (...)* »⁶. La crise de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux s'introduit dans la dialectique⁷ nécessaire à la formulation de la thèse de l'activité contentieuse de l'administration.

La crise de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux (**Sous-section 1**) dévoile l'exercice multi-organique des fonctions étatiques (**Sous-section 2**), notamment de la fonction contentieuse.

Sous-section 1. La crise de la vision exclusivement juridictionnelle

La contestation du bien-fondé de la vision seulement juridictionnelle du contentieux est incitée par les dérèglements des systèmes juridiques français et colombien qui se sont voulus exclusivement juridictionnels. En prétendant que les juridictions étaient la seule solution possible des conflits, les deux États ont formulé un programme qui s'est avéré hasardeux. La difficile juridictionnalisation du contentieux (**§1**) a engendré la mise en cause du modèle exclusivement juridictionnel de résolution des litiges (**§2**).

§1. La difficile juridictionnalisation du contentieux

La stabilité de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux dépend de l'acceptation plus au moins uniforme de la version classique de la séparation des pouvoirs. La simple acceptation doctrinale n'est pas suffisante puisqu'elle doit se réaliser dans les faits. Or, la pratique de cette forme de distribution des fonctions, en ce qui concerne la fonction contentieuse, s'avère problématique, voire impossible, car le flux du contentieux grandit constamment. Les juridictions sont confrontées à des délais de jugement considérés comme non raisonnables. L'encombrement des juridictions (**A**) est

⁴ Jean-Jacques BIENVENU, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, n° 4, 1986, p. 93.

⁵ « (...) la crise est aussi un symptôme de l'état de la doctrine », *ibidem*, p. 93.

⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁷ Francis-Paul BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 25.

un problème majeur de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux, alors que les réformes dans le système juridictionnel (B) se montrent insuffisantes.

A. L'encombrement des juridictions

L'encombrement n'est pas un problème anodin ou accidentel du système juridictionnel, puisqu'il met directement en question sa capacité à réaliser sa mission prétendument exclusive. Tant en France qu'en Colombie, les systèmes juridictionnels ont dû affronter l'encombrement : si les juridictions étaient les seules issues possibles aux conflits⁸, il leur fallait alors la capacité nécessaire pour affronter la masse du contentieux que la société produit. Mais, les deux systèmes ont toujours rencontré des difficultés à gérer la demande croissante de solutions juridictionnelles dans des délais exemptés de faute⁹. Parfois, les réponses sont arrivées si tardivement qu'elles ont pu être assimilées à des « *dénis de justice* »¹⁰, méconnaissant même le droit d'accès à l'administration de la justice¹¹.

Le problème n'est pas récent. Depuis longtemps le Conseil d'État français a fait l'objet de critiques fondées sur la lenteur des décisions, traditionnellement expliquée en raison du nombre d'affaires qu'il avait à gérer. Le Conseil d'État napoléonien donnait ses avis contentieux dans un délai moyen de 15 mois tandis qu'à la fin du XIXe siècle, il fallait attendre cinq ans¹² pour avoir une décision du Conseil¹³. En 1894, JEZE s'alarmait de l'encombrement du Conseil d'État et de la lenteur avec laquelle il décidait les affaires¹⁴, ce qui, à ses yeux, pouvait nuire au prestige et à l'efficacité du contrôle exercé par le Conseil d'État¹⁵. Pour JEZE, la solution se trouvait dans la réforme des conseils de préfecture, « *tribunaux sans prestige* »¹⁶ qui ne filtraient pas le contentieux arrivant au Conseil

⁸ « (...) les associés ont le devoir de soumettre à la considération et à la décision juridictionnelle de l'État toute situation problématique ayant mis en cause leurs intérêts et dont ils désirent une solution », Miguel ROJAS, *La teoría del proceso*, op. cit., p. 41.

⁹ L'art. 8 § 1 de la Conv. A.D.H. reconnaît le droit d'être entendu dans un délai raisonnable. De même, l'art. 6 de la Conv. E.D.H. a reconnu le droit à obtenir des décisions dans des délais raisonnables et, en cas de méconnaissance de ce droit, le droit d'obtenir une indemnisation des préjudés causés par le retard : C.E.D.H. 10 février 2004, *Coudrier c/ France*, n° 51442/99, § 35 ; C.E.D.H. 4 février 2003, *Raitière c/ France*, n° 51066/99, § 21. La France a reconnu ce droit non seulement pour les affaires relevant du champ d'application de l'article 6 de la Conv. E.D.H.; mais, comme un des « principes généraux qui gouvernent le fonctionnement de la juridiction administrative », C.E.f. 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Magiera, Rec.*, p. 248 ; A.J.D.A.2002, p. 596, chron. DONNAT et CASAS ; R.F.D.A., 2002, p. 756, concl. LAMY et 2003, p. 85, note ANDRIANTSIMBAZOVINA. L'indemnisation pour défectueux fonctionnement de la justice n'est pas seulement possible lorsqu'il existe une faute lourde (C.E.f. 29 décembre 1978, *Darmont*); mais, aussi lorsque l'on constate une faute simple (*Magiera, cit.*).

¹⁰ « (...) le déni de justice est notamment le cas où le juge refuse de répondre aux requêtes ou ne procède à aucune diligence pour instruire ou faire juger les affaires en temps utile », C.A.P. 6 sept. 1996, *Gaz. Pal.*, t. 3, 2^e sem., 1996, p. 495.

¹¹ « L'accès à l'administration de la justice, garanti par l'article 229 de la Constitution, n'implique pas seulement la possibilité de se présenter devant le juge pour présenter une demande (...) mais il se concrétise par la réelle et opportune décision judiciaire et, bien évidemment, par l'exécution complète de celle-ci », C.c.c. Sentence T-329-94, 18 juillet 1994, M.R. José HERNANDEZ.

¹² François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, P.U.F., Paris, 1995, p. 209.

¹³ « (...) aujourd'hui il faut attendre plusieurs années – et parfois des très longues années – avant qu'une affaire soit jugée par le Conseil d'État », Gaston JEZE, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *R.D.P.* 1894, p. 64.

¹⁴ « Il est un danger très grave qui, à l'heure actuelle, menace la juridiction administrative française : c'est l'impossibilité, pour le Conseil d'État, de juger dans un temps raisonnable, toutes les affaires portées devant lui », *ibidem*, p. 63.

¹⁵ « Tout procès est un mauvais procès, s'il n'est jugé qu'avec des grands retards », *ibidem*, p. 63.

¹⁶ *ibidem*, p. 64.

d'État, en tant que juridictions d'exception. Cette situation était encore dénoncée en 1920¹⁷. Les réformes les plus importantes (1953, portant création des tribunaux administratifs et 1987, créant les cours administratives d'appel) ont eu justement pour motivation fondamentale le désencombrement du Conseil d'État. En 1989, la France est condamnée, pour la première fois, par la Cour européenne des droits de l'homme pour dépassement du délai raisonnable, en raison d'une durée de quatre ans et trois mois, devant un tribunal administratif, et de plus de trois ans, devant le Conseil d'État¹⁸. En 2006, la moyenne de durée d'une instance devant un tribunal administratif est réduite à un an et trois mois¹⁹.

Concernant le Conseil d'État colombien, la situation d'encombrement n'a pas été remarquée aussi vite. Dès sa création, la juridiction colombienne du contentieux administratif a été organisée selon le modèle français en deux degrés : des tribunaux administratifs, juges de droit commun du contentieux administratif, et le Conseil d'État, juge d'appel et, sur certaines affaires, juge de premier et dernier ressort²⁰. Néanmoins, la juridiction colombienne du contentieux administratif n'a pas été épargnée par l'encombrement²¹, les instances dépassant très souvent le délai de trois ans²². La Colombie a été condamnée par la Cour américaine des droits de l'homme, notamment pour des violations à l'article 8.1 de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, (délai raisonnable des procès), en raison des instances devant la juridiction du contentieux administratif qui se sont prolongées démesurément : entre 3 et 5 ans en moyenne, en premier ressort, et entre 4 et 8 ans, en appel²³. En 2004, la durée moyenne d'un procès en deux instances devant la juridiction du contentieux administratif était de 13,6 ans²⁴.

En France comme en Colombie, l'encombrement a lancé un défi²⁵ d'efficacité²⁶, et plus

¹⁷ « *Seulement, il –le Conseil d'État- a un défaut très grave : la lenteur avec laquelle il juge les affaires* », Julien LAFERRIERE, « Chronique législative, 1^{er} étude », *R.D.P.* 1920, p. 554.

¹⁸ C.E.D.H. 24 octobre 1989, *H. c/ France*, Série A, n° 162 A, *R.F.D.A.* 1990, p. 203.

¹⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Les études du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 2008, p. 37.

²⁰ La juridiction colombienne du contentieux administratif a été prévue pour la première fois par la Constitution de 1886 ; mais, elle n'a été effectivement créée que par la loi 27 de 1904, attribuant compétence au Conseil d'État pour connaître de la validité des 'ordonnances' des Assemblées. Cette compétence a été suspendue et le Conseil d'État fut supprimé peu de temps après. La loi n° 130 du 13 décembre 1913 créa 20 tribunaux du contentieux administratif et un Tribunal suprême du contentieux administratif. Les fonctions de ce Tribunal suprême ont été transférées au Conseil d'État, lors de son rétablissement en 1914 par la révision constitutionnelle du 10 septembre. Cf. Andrés OSPINA, *De la Jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ¿un viaje de ida y vuelta?*, op. cit., p. 44-55.

²¹ La moyenne de croissance des affaires devant le Conseil d'État colombien entre 1990 et 2002 a été de 4 300% : Rafael BALLEEN et al., « Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa », *Revue Prolegómenos – Derechos y valores*, V. IX, n° 18, juillet-décembre 2006, p. 35.

²² Ce qui constituerait un dépassement évident du délai raisonnable pour la C.E.D.H. : « (...) dès lors que l'on passe le cap des trois années de procédure (pour une instance), on bascule pratiquement à coup sûr vers le constat du caractère déraisonnable du délai », Frédéric ROLIN, « Le coût du retard à juger devant les juridictions administratives. L'arrêt qui valait un milliard d'euros », *A.J.D.A.* 2004, p. 2145.

²³ C.I.D.H. Sentence du 1^{er} juillet 2006, affaire *des massacres d' Ituango c/ Colombie*, § 309, § 321 et § 344. De même, la Cour a condamné la Colombie, pour un délai déraisonnable de plus de 14 ans pour un procès pénal : C.I.D.H. Sentence du 5 juillet 2004, *Affaire des 19 Commerçants c/Colombie*, § 203.

²⁴ Diego YOUNES et María MEJIA, *Descongestión de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, t. I, *Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ)*, Colección de reformas a la Rama judicial, Bogota, 2004.

²⁵ « *À l'encombrement (...) qui est en effet un péril grave auquel de toute nécessité il faut mettre fin (...)* », Julien LAFERRIERE, « Chronique législative, 2^e étude », *R.D.P.* 1921, p. 163.

²⁶ Deux sont les conditions d'efficacité de l'intervention juridictionnelle : qu'elle ne soit pas trop tardive et qu'elle soit exécutée. Cf. Jacques ROBERT, « La bonne Administration de la justice », *A.J.D.A.* 1995, p. 117 (p. 12 de l'article).

largement, de survie du système exclusivement juridictionnel de règlement du contentieux administratif. Afin de surmonter ce défi, les deux États ont, dans un premier temps, aménagé le système juridictionnel en cherchant à augmenter la capacité d'absorption des litiges. La vision juridictionnelle du contentieux commandait de trouver des solutions au sein du système juridictionnel. Pour la France, avoir recours à l'activité contentieuse de l'administration active serait perçu comme un retour au système de l'administrateur-juge, tandis qu'en Colombie, c'était la vision classique de la séparation des pouvoirs, avec un pouvoir juridictionnel constitué, qui empêchait, avant 1936²⁷, de penser au contentieux réglé par l'administration.

B. Les réformes dans le système juridictionnel

La foi absolue dans des systèmes de résolution des litiges conçus comme exclusivement juridictionnels exigeait que la lutte contre l'encombrement passe d'abord par l'amélioration du système juridictionnel²⁸. L'optimisation de la capacité des juridictions (1) existantes n'est pas une mesure suffisante. Le déploiement de l'appareil juridictionnel (2) a été choisi comme mesure anti-encombrement.

1. L'optimisation de la capacité des juridictions

Pour mieux gérer les flux d'affaires arrivant aux juridictions existantes, il a été fait recours, tout d'abord, à la réorganisation du travail (a) ; ensuite, à l'engagement de nouveaux agents (b) et, enfin à des mesures cherchant la rationalisation de l'accès au juge (c).

a. La réorganisation du travail

Considérant qu'une des causes de l'encombrement est une mauvaise gestion des affaires, les mesures d'aménagement du système juridictionnel consistent en la réorganisation du travail des juridictions afin de potentialiser leur capacité d'évacuation du contentieux²⁹. En prenant acte de l'encombrement du Conseil d'État français, la loi du 26 octobre 1888 créa une section temporaire du contentieux chargée de juger les affaires fiscales et électorales, à côté

²⁷ Réforme constitutionnelle introduisant le système de collaboration entre les branches du pouvoir qui autorise les fonctions juridictionnelles de l'administration.

²⁸ Pour Gaston JEZE, la réponse à l'encombrement devait rester toujours dans la vision juridictionnelle du contentieux : « (...) créer de nouvelles juridictions administratives, assigner une partie du contentieux des Conseils de préfecture aux juridictions judiciaires ou interdire l'appel de certaines décisions des Conseils de préfecture afin d'éviter la surcharge du Conseil d'État », Gaston JEZE, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *loc. cit.*, p. 64. L'esprit des réformes proposées par LAFERRIERE était aussi à l'intérieur du système juridictionnel : « (...) nous ne voyons en définitive qu'un remède ; la réorganisation de la juridiction administrative », Julien LAFERRIERE, « Chronique législative, 2^e étude », *loc. cit.*, p. 163. « Réorganisation du Conseil d'État, réforme des conseils de préfecture, création des juridictions administratives spéciales, attribution aux tribunaux judiciaires d'une partie du contentieux administratif (...) », Julien LAFERRIERE, « Chronique législative 1^{re} étude », *loc. cit.*, p. 557.

²⁹ « Le Conseil d'État dépérit de faire de la haute couture là où, devant l'afflux croissant des affaires, il faudrait du prêt-à-porter », Alain MARION, « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *in Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 27.

de la section ordinaire du contentieux³⁰. Cette loi s'est montrée utile ; mais, ses effets anti encombrement étaient limités. Dès lors, l'art 24 de la loi de finances du 13 avril 1900 a donné la possibilité de diviser la section du contentieux en deux sous-sections³¹. À son tour, la loi du 17 juillet 1900 a augmenté le personnel de la section temporaire et elle a permis aussi de la diviser en sous-sections³². Ces réformes ont donné naissance à quatre sous-sections chargées du « *petit contentieux* »³³. En Colombie, l'article 133 de la réforme constitutionnelle du 16 février 1945 a disposé la division du Conseil d'État en deux sections ; mais, la réforme cherchait à séparer les fonctions contentieuses des fonctions non contentieuses³⁴. Cinq sections spécialisées existent à l'intérieur du Conseil d'État colombien, comme une mesure visant à garantir une bonne gestion des affaires³⁵. En France, les derniers exemples de ce genre de mesures d'aménagement de la fonction consistent en l'assignation de certaines décisions au juge unique, notamment en matière de référés (loi du 8 février 1995)³⁶, ainsi qu'en la possibilité de décider rapidement par ordonnance, les « *séries* » d'affaires dont un modèle de décision suffit à être appliqué à toute la série³⁷. En Colombie, l'article 115 de la loi n° 1395 du 12 juillet 2010 a autorisé les juges à décider en priorité les affaires sur lesquelles il existe déjà un précédent jurisprudentiel précis, sans avoir à respecter l'ordre d'arrivée de l'affaire. En 2011, le gouvernement a présenté un projet de réforme constitutionnelle visant le désencombrement des juridictions, par la voie, notamment, de l'attribution de compétence aux fonctionnaires juridictionnels pour adopter des ordonnances dans le procès, ne touchant pas au fond de l'affaire³⁸. Or, bien que la meilleure distribution du travail contribue indiscutablement à retarder l'encombrement juridictionnel, il s'agit d'un « *palliatif* »³⁹ sans effets durables, car il n'affecte en rien la source du contentieux.

³⁰ La commission du contentieux avait été créée par l'article 24 du décret du 11 juin 1806. Après plusieurs modifications et changements d'appellation (1814, 1828, 1831, 1839 et 1849), c'est en 1852 qu'est née l'actuelle section du contentieux.

³¹ L'alinéa 2 de l'art. 24 dispose « *La section du contentieux peut être divisée en deux sous-sections qui ont les mêmes pouvoirs que la section elle-même* ».

³² L'art. 1^{er} de la loi du 17 juillet 1900 a modifié la loi du 26 oct. 1888 qui avait créé la section temporaire du contentieux afin d'augmenter son personnel et donner la possibilité d'être divisée en deux sous-sections. Le commentateur de la loi annotait « *Depuis longtemps déjà, les pouvoirs publics, comme les justiciables, se sont émus du long retard apporté par le Conseil d'État dans le jugement des affaires contentieuses soumises à son appréciation (...) La création de cette section temporaire ne fut malheureusement pas suffisante pour permettre d'arriver à juger tous les pourvois en souffrance qui s'accumulaient toujours dans des proportions inquiétantes* », Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, t. 100, Larose, 1900, p. 365.

³³ François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, P.U.F., Paris, 1995, p. 209.

³⁴ « *Le Conseil d'État sera divisé en chambres ou sections afin de séparer ses fonctions en tant que Tribunal suprême du contentieux administratif des autres fonctions que la Constitution ou la loi l'attribue* », art. 133, al. 1^{er} de l'acte de réforme de la Constitution n° 01 du 16 fév. 1945.

³⁵ Art. 36 de la loi n° 270 du 7 mars 1996 ; art. 110 du C.P.C.A.

³⁶ C.c.f. Décision n° 95-360 DC, 2 fév. 1995 ; Claudie BOITEAU, « Le juge unique en droit administratif », *R.F.D.A.*, 1996, p. 10.

³⁷ Art. 1-3 du décret du 28 juillet 2005, (C.J.A. : art. R. 122-12-6 ; R. 222-1-6 ; R. 742-2).

³⁸ L'art. 2 du projet de révision de la Constitution, n° 2 de 2011, modifiant l'art. 116 de la Const. dispose : « (...) *La loi pourra attribuer la fonction juridictionnel dans des matières précises à des employés judiciaires. Ils ne pourront pas adopter des sentences ou des décisions mettant fin aux procès* », Projet de révision de la Constitution n° 07 de 2011, *Gaceta del Congreso*, XX, n° 566, 4 août 2011, p. 8.

³⁹ Julien LAFERRIERE, « Chronique législative 1^{er} étude », *loc. cit.*, p. 555.

b. L'engagement de nouveaux agents

L'encombrement des juridictions peut signifier que les agents dont elles disposent s'avèrent insuffisants face au travail à fournir. Ainsi, les schémas juridictionnels ont fait appel à l'engagement d'agents supplémentaires⁴⁰. En 1981, Jean-Marie WOEHLING décrivait la situation de la juridiction administrative comme une « *crise de croissance* » montrant qu'elle était, non seulement débordée ; mais, aussi archaïque⁴¹. Pour lui, la solution se trouvait dans le recrutement de nouveaux agents, ce qui éviterait la thrombose juridictionnelle, tout en garantissant la qualité de la justice⁴². La Colombie, quant à elle, comme le reste des États d'Amérique Latine, a aussi eu recours plusieurs fois à l'augmentation du personnel attaché aux services juridictionnels et même si les résultats ne sont pas satisfaisants à l'égard de l'encombrement⁴³, le vice-président de la chambre administrative du Conseil Supérieur de la Judicature a affirmé en juin 2009, que la stratégie du Conseil à l'égard de l'encombrement c'est encore de recruter davantage d'agents⁴⁴.

Les mesures de redistribution du travail et l'engagement d'agents, bien que nécessaires compte tenu de la croissance de la demande juridictionnelle, se sont toujours montrés insuffisants à l'égard de la crise du modèle.

c. La rationalisation de l'accès au juge

La rationalisation de l'accès au juge correspond à l'hypothèse selon laquelle les juridictions ne sont pas seulement occupées par des procès méritant l'intervention juridictionnelle⁴⁵. À cette hypothèse, la France a répondu par des moyens de limitation d'accès au prétoire. Afin de rationaliser l'accès au prétoire, en considérant que la juridiction ne peut pas être instrumentalisée par des recours abusifs, une amende sanctionnant cette pratique a été instaurée⁴⁶. De plus, les juges ont été investis du pouvoir de rejeter des recours en appel,

⁴⁰ Comme des mesures contre l'encombrement, « *On a également créé des emplois, non seulement de juges; mais, aussi d'assistants de justice et de personnel administratif (...)* », Bruno ODENT et Didier TRUCHET, *La Justice Administrative*, Que sais-je ?, P.U.F., Paris, 2004, p. 116. Par exemple, la loi du 17 juillet 1900 a augmenté, pour cette motivation, le personnel du Conseil d'État français, conseillers et maîtres des requêtes.

⁴¹ Jean-Marie, WOEHLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Mélanges R.-E. Charlier*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 341.

⁴² « *La juridiction administrative est ainsi confrontée à une alternative : ou bien subir une dégradation sensible de la qualité des jugements rendus, ou bien s'engager dans une réorganisation profonde* », *idem.*, p. 344-345.

⁴³ Carlos GREGORIO, "Gestión Judicial y reforma de la Administración de justicia en América Latina", in www.iabd.org/sds/doc/sdg-Doc13-s.pdf, consulté le 15 déc. 2009.

⁴⁴ Ricardo H. MONROY-CHURCH déclare que le désencombrement va ainsi par le bon chemin: « *Descongestión de procesos requiere planes de avanzada* », in *Corporación excelencia para la Justicia*, 23 juin 2009, <http://www.cej.org.co>, p. 1, consulté le 15 déc. 2009.

⁴⁵ En Colombie, par exemple, l'art. 113 de la loi n° 1395 du 12 juillet 2010, portant des mesures contre l'encombrement des juridictions, a autorisé les notaires à recueillir des preuves pouvant être utilisées ultérieurement lors d'un procès juridictionnel. Notamment, une personne est autorisée à convoquer devant le notaire une autre afin de recevoir son témoignage. Auparavant, cette procédure se déroulait nécessairement devant un juge.

⁴⁶ Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, art. R. 88 et décret du 30 juillet 1963, art 57-2, amende pour recours abusif au Conseil d'État, aujourd'hui prévue article R. 741-12 du Code de justice administrative et avec une portée générale et plafonnée en 3000 euros.

considéré d'emblée comme « *manifestement* » voué à l'échec⁴⁷. De même, comme mesure de restriction d'accès au prétoire⁴⁸, certaines affaires sont privées de l'appel, les assignant à des juges uniques de premier et dernier ressort. De plus, la dispense d'avocat en appel a été réduite ostensiblement⁴⁹ en rendant, par là, plus difficile l'accès au juge du deuxième ressort, en même temps que la qualité juridique des pourvois serait améliorée⁵⁰.

2. Le déploiement de l'appareil juridictionnel

Pour répondre à la demande croissante de décisions juridictionnelles, deux mesures ont été adoptées, toujours à l'intérieur du système juridictionnel de résolution des litiges. La multiplication des juridictions de droit commun (a) s'est ensuite accompagnée de l'instauration de juges à finalité précise (b).

a. La multiplication des juridictions de droit commun

En France, le souci fondamental des réformes institutionnelles a consisté au désencombrement du Conseil d'État au contentieux⁵¹. La compétence restreinte des conseils de préfecture, juges d'attribution du contentieux administratif, laissait la plus grande part de la charge contentieuse au Conseil d'État⁵². Ce dernier se trouvait ainsi dans une situation d'encombrement qui réclamait des mesures urgentes. L'instauration des tribunaux administratifs, en 1953, juges de droit commun du premier ressort du contentieux administratif, s'est montrée comme l'option la plus évidente⁵³.

La réforme de 1953 a eu un effet positif pendant une vingtaine d'années, au cours desquelles le contentieux a été géré dans un délai raisonnable⁵⁴. Cependant, à partir de 1973 et 1974 le contentieux est devenu ingérable⁵⁵, notamment au sein du Conseil d'État⁵⁶. Un

⁴⁷ L'article 2 du décret n° 2003-543 du 24 juin 2003 a modifié l'article R. 122-13 du C.J.A, donnant le pouvoir de « (...) rejeter les requêtes qui ne sont manifestement pas susceptibles d'entraîner l'infirmité du jugement attaqué ».

⁴⁸ « *Après le temps de la cession du contentieux d'appel du Conseil d'État aux cours, celui de sa réduction, de sa restriction* », Bernard PACTEAU, « Le décret du 24 juin 2003, au secours des cours administratives d'appel », *loc. cit.* p. 910.

⁴⁹ Art. 10, III du décret n° 2003-543 du 24 juin 2003, modifiant l'art. R. 811-7 du C.J.A.

⁵⁰ « (...) *l'arbitrage, forcément délicat, entre droit au recours pour tous et efficacité de l'intervention du juge* », Sophie BOISSARD, « Vers un désencombrement des cours administratives d'appel ? », *A.J.D.A.* 2003 p. 1375.

⁵¹ « *Elle s'est imposée comme une nécessité en raison de la grave crise liée à l'encombrement croissant du Conseil d'État qui ne parvenait plus à juger dans un délai raisonnable les recours croissants dont il était saisi* », Bernard EVEN, « Des conseils de préfecture aux tribunaux administratifs », *R.F.D.A.* 2004 p. 475.

⁵² La réforme des conseils de préfecture était depuis longtemps plébiscitée : Gaston JEZE proposait la substitution des conseils de préfecture par des tribunaux administratifs régionaux : Gaston JEZE, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *loc. cit.*, p. 64.

⁵³ La motivation de la réforme est très clairement explicitée par l'exposé des motifs du décret n° 53-934 du 30 septembre 1953, portant réforme du contentieux administratif : il fallait désencombrer le Conseil d'État. Cf. *JO* 1^{er} oct. 1953, p. 8593, *E.D.C.E.* 1953, p. 166.

⁵⁴ Philippe CHIAVERINI et Denis MARDESSON, *Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 8.

⁵⁵ D'après Jacques LEGER, la raison pour laquelle le contentieux a explosé exponentiellement en 1975, c'est parce que les tribunaux administratifs ont été plus connus car on avait imprimé pour la première fois, un « *guide*

premier projet de 1981⁵⁷ visait la création de référendaires au Conseil d'État⁵⁸. Ce projet a été retiré par le garde des Sceaux, car il a été objet d'amendements parlementaires visant à réduire les facultés du gouvernement quant au tour d'accès au Conseil⁵⁹. En 1985, la situation a été débattue et il a été proposé de créer trois « *chambres adjointes* » au Conseil d'État, afin de le désencombrer ; mais, ce projet a été abandonné en 1986⁶⁰, dans un débat qui finalement a conduit le Conseil d'État à proposer la reproduction du mécanisme utilisé en 1953 : un nouvel échelon juridictionnel qui éloigne davantage l'arrivée au Conseil d'État, menacé de « *thrombose* »⁶¹ contentieuse⁶². Le soulagement du Conseil d'État était possible, car les cours administratives d'appel venaient prendre en charge la plupart des recours en appel. Rapidement (dix ans plus tôt que les tribunaux administratifs), les cours administratives d'appel sont devenues l'échelon le plus encombré de la juridiction administrative⁶³. De nouvelles cours administratives d'appel⁶⁴ ont été créées, ainsi que de nouveaux tribunaux administratifs⁶⁵.

Quant à la Colombie, l'encombrement de la juridiction du contentieux administratif a motivé, là aussi, l'instauration d'un troisième niveau juridictionnel⁶⁶ ; mais, ce troisième niveau viendrait s'intégrer non entre le Conseil d'État et les tribunaux, comme c'était le cas français, mais à la base du système, attribuant ainsi aux tribunaux, la fonction de juge d'appel des décisions de double instance, adoptées par les juges de premier degré. L'autre différence fondamentale consiste au fait que le premier degré juridictionnel ne serait pas constitué par des tribunaux, mais par des juges administratifs, juges uniques, ce qui ne surprend nullement

pratique de la justice administrative », Jacques LEGER, « Le constat : une crise salutaire », in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs* », Éditions du C.N.R.S., Paris 1986, p. 20.

⁵⁶ Pierre ORDONNEAU, (Président de la mission d'inspection des juridictions administratives), « Les problèmes posés au cours des 10 dernières années par l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs », in *E.D.C.E. 1977-1978*. 114 ; Jacques LEGER, « Le constat : une crise salutaire », *loc. cit.*, p. 19-28.

⁵⁷ Cf. Paul TEDESCHI, « Quelques aspects de la réforme du contentieux administratif », *J.C.P.* 1988, I, 3342.

⁵⁸ « (...) ils exerceraient ces fonctions dans leur plénitude; mais, sans être membres du Conseil », Marcel LONG, « Création des cours administratives d'appel », *A.J.D.A.* 2008, p. 1241.

⁵⁹ Or le projet « (...) n'était qu'un palliatif transitoire, car il ne traitait pas des causes structurelles de l'engorgement du contentieux », *ibidem*

⁶⁰ Le projet a été critiqué en raison du caractère simplement adjoint des chambres. Adopté par l'Assemblée nationale, il ne fut pas discuté au Sénat en raison de l'ordre du jour et, finalement, il a été abandonné lors du renouvellement parlementaire qui en a changé la majorité. Cf. Daniel CHABANOL, « La réforme du Conseil d'État : une réponse dangereuse à un vrai problème », *Gaz. Pal.* 1985 p. 688.

⁶¹ Daniel CHABANOL, « Les cours administratives d'appel et le Conseil d'État », *A.J.D.A.* 2008 p. 1258.

⁶² « *De fait, affirmer le caractère structurel de la crise de la juridiction administrative relève du truisme* », Olivier DUGRIP et Frédéric SUDRE, « Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 octobre 1989 », *R.F.D.A.* 1990, p. 215.

⁶³ « *Dix ans après leur création, elles étaient en effet engorgées, à leur tour et déjà !* », Bernard PACTEAU, « Le décret du 24 juin 2003, au secours des cours administratives d'appel », *loc. cit.* p. 910.

⁶⁴ Trois cours administratives d'appel ont été créées à Marseille et à Douai en 1999 et à Versailles en 2004. En 1997, la France avait été condamnée par la C.E.D.H. pour violation de l'art. 6 C.E.S.D.H. en raison d'une durée de plus de quatorze ans des divers procès devant les deux juridictions, en matière d'expropriation : C.E.D.H. 21 fév. 1997, *Guillemin c/ France*, n° 105/1995/611/699, *A.J.D.A.* 1997, p. 399, note HOUSTIQU. Or, malgré la création de nouvelles cours, en 2002, le délai moyen d'une affaire devant les cours administratives d'appel, dépassait les trois ans : Bernard PACTEAU, « Le décret du 24 juin 2003, au secours des cours administratives d'appel », *loc. cit.* p. 910.

⁶⁵ Trois autres tribunaux administratifs ont été créés à Nîmes en 2006, à Toulon en 2008 et à Montreuil en 2009.

⁶⁶ Les niveaux juridictionnels ne font pas référence aux degrés juridictionnels dans la mesure où la cassation n'est pas troisième degré juridictionnel. L'expression « *niveaux juridictionnels* » est utilisée pour exprimer l'existence de juridictions de même nature, à l'intérieur de la structure juridictionnelle.

ni la doctrine ni la jurisprudence colombienne⁶⁷. Son instauration a été difficile : même si les juges administratifs étaient prévus depuis 1996, ils n'ont été mis en place qu'en 2006⁶⁸. Compte tenu du fait que les juges administratifs ont reçu 78 % de la charge des tribunaux administratifs, il était logique que ces nouveaux juges fussent encombrés⁶⁹. La mise en place des juges administratifs a signifié l'augmentation de 94,4%⁷⁰ du personnel de la branche juridictionnelle (employés et travailleurs de la branche juridictionnelle et juges).

L'instauration des juges administratifs a eu immédiatement un effet positif incontestable⁷¹ sur les tribunaux administratifs ; mais, la plupart des contentieux qui ont été transférés aux juges administratifs sont déjà objet d'appel et viendront encombrer les tribunaux administratifs. Créés assez récemment, les juges administratifs étaient déjà trop encombrés en 2008⁷² et le diagnostic de l'état des juges administratifs mettait en évidence une congestion dépassant les projections concernant sa capacité d'absorption⁷³.

b. L'instauration de juges à finalité précise

Horizontalement, d'autres mesures ont été également mises en place afin de pallier la crise du système juridictionnel, notamment la création des juges à finalité précise. En France, la création des juridictions administratives spécialisées est considérée comme un moyen de lutter contre l'encombrement des juridictions de droit commun⁷⁴, car des contentieux techniques et souvent transitoires sont assignés à des juridictions ayant pour seule finalité la

⁶⁷ Lors des discussions sur la création de la juridiction du contentieux administratif, en 1911, le Congrès a modifié le projet initial de création de tribunaux administratifs et, à sa place a proposé des juges uniques ; mais, cette idée, qui constitue l'antécédent des actuels juges administratifs, a été abandonnée. Cf. Augusto HERNÁNDEZ, « Alegato en defensa de los jueces administrativos singulares o individuales », in *V Jornadas de derecho constitucional y administrativo -Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo-*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005, p. 337.

⁶⁸ Sa création a été prévue par la loi n° 270 du 7 mars 1996 (art. 11, 42 et 197) Statutaire de l'administration de justice. Sa compétence a été précisée par la loi n° 446 du 7 juillet 1998 (art. 44) ; mais, son implémentation effective a été laissée au Conseil supérieur de la magistrature, qui ne l'a fait qu'en 2006, après des décisions de justice l'obligeant à exécuter la loi, par l'arrêté 'Acuerdo' 3333 du 3 mars 2006 installant 257 juges administratifs.

⁶⁹ « (...) comme il n'a pas été prévu un programme de désencombrement massif, préalable ou simultané à la mise en fonctionnement des juges, l'encombrement s'est déplacé envers eux. Les juges administratifs sont nés encombrés », Exposé des motifs du projet de loi n°189 2009, portant Code de la procédure administrative et du contentieux administratif in <http://www.consejodeestado.gov.co>

⁷⁰ De 1 002 agents, on est passé à 1 948 en 2006 (fonctionnaires et employés) : Chambre administrative du Conseil supérieur de la judicature, « Fortalecimiento de la Jurisdicción contencioso administrativa », *loc. cit.*, p. 460.

⁷¹ *Ibidem*, p. 463.

⁷² Manuel RESTREPO, « Dimensión y causalidad de la congestión en la Jurisdicción contencioso administrativa », *Revista diálogos de saberes*, n° 29, juillet-décembre 2008, p. 256.

⁷³ *Ibidem*, p. 262.

⁷⁴ JEZE proposait la création de juridictions administratives spécialisées, visant à éviter que ces contentieux viennent encombrer les juridictions ordinaires, comme c'était le cas de la Commission supérieure des bénéfices de guerre. Cf. Gaston JEZE, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *loc. cit.*, p. 74. À l'initiative du Président de la République, annoncée le 8 janvier 2008, le ministre français de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Codéveloppement a mis en place une commission pour réfléchir, notamment, sur l'unification du contentieux des étrangers, par la création d'une juridiction spécialisée. La Commission a déconseillé la création de cette juridiction en raison d'obstacles juridiques liés à la compétence de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire, ainsi qu'à la difficile mise en place d'une telle juridiction : Rapport de la Commission présidée par Pierre MAZEAUD, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La Documentation française, Paris, 2008, p. 81-84. Cf. Bernard STIRN et Simon FORMERY, « La déjudiciarisation d'un certain nombre de contentieux est devenue une nécessité », *J.C.P. A.* 2008, n° 10, 2051, p. 21.

résolution de ce contentieux. En Colombie, l'instauration des juges à finalité précise s'est faite sur une autre logique. Des juridictions spécialisées pour des contentieux particuliers n'ont pas été créées ; mais, la politique de désencombrement a eu recours au système des juges de « *désencombrement* » : des doubles des juridictions ordinaires cherchant à les soulager de la masse contentieuse, dans une logique de juridiction parallèle⁷⁵. Ainsi, en 2006, sept des nouveaux juges administratifs étaient si débordés par le nombre d'entrées qu'il a fallu venir à leur secours par la création urgente de juges de désencombrement, à peine quelques mois après sa création⁷⁶. En 2008, par le Conseil supérieur de la judicature qui, après une étude portant sur les moyens de désencombrer la juridiction du contentieux administratif⁷⁷, a instauré des agents transitoires de désencombrement, tant dans les tribunaux administratifs que devant des juges administratifs⁷⁸. Finalement, la loi n° 1285 du 22 janvier 2009 a institutionnalisé la mesure des agents « *itinérants* »⁷⁹ de désencombrement, sous la direction du Conseil supérieur de la judicature⁸⁰. L'encombrement de la juridiction colombienne du contentieux administratif atteint un tel niveau que le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif prévoit un « *Plan spécial de désencombrement* », par lequel certains juges seront dédiés exclusivement à l'évacuation des stocks et d'autres à la résolution des affaires nouvelles⁸¹. Le projet de réforme constitutionnelle présentée en août 2011 prévoit l'attribution des fonctions juridictionnelles aux notaires et même à des avocats pour contribuer au désencombrement des juridictions⁸².

Aux fins du désencombrement, les juridictions devaient être plus performantes, plus présentes, mais, parfois, moins accessibles, plus exigeantes, moins tolérantes et plus restreintes. Ces réformes n'ont pas, pourtant, préservé intacte la confiance dans un système exclusivement juridictionnel.

⁷⁵ Les juges de désencombrement ne sont pas des solutions transitoires. Ils sont si introduits dans le fonctionnement des juridictions, que la loi statutaire de l'administration de la justice fonde leur compétence à l'art. 11, par. 1° : « *L'acte de création des juges de désencombrement signale sa compétence territoriale et matérielle spécifique* ».

⁷⁶ C'était le cas des juges administratifs des villes de Buga, Barrancabermeja, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Girardot et Zipaquirá : Chambre administrative du Conseil supérieur de la judicature, « *Fortalecimiento de la Jurisdicción contencioso administrativa* », in *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogota 7-11 de julio del 2008, imprenta Nacional de Colombia, p. 459.

⁷⁷ Manuel RESTREPO, « *Dimensión y causalidad de la congestión en la Jurisdicción contencioso administrativa* », *loc. cit.*, p. 268.

⁷⁸ Chambre administrative du Conseil supérieur de la judicature, « *Fortalecimiento de la Jurisdicción contencioso administrativa* », *loc. cit.*, p. 473.

⁷⁹ Une certaine mobilité est proposée par le professeur GOHIN pour les juridictions administratives : « *Encore faut-il rappeler que la création de toute juridiction devrait toujours être comprise comme temporaire (...)* », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p.160.

⁸⁰ Article 15, modifiant l'art 63 de la loi 270 1996 : « *b) La Chambre administrative créera les postes de juges et de magistrats d'appui itinérants dans chaque juridiction afin de faire face aux surplus de charge en raison de congestion des bureaux. Ces juges seront compétents pour diriger et instruire les procès à l'intérieur des tribunaux déjà établis (...) les procès et les fonctions seront ceux que la loi signale expressément (...)* ».

⁸¹ Art. 334, f du C.P.A.C.A. Le « *Plan spécial de désencombrement* », prévu à l'art. 304 du C.P.A.C.A. sera piloté par un « *Gérant* » du projet, qui devra être expert en matière de contentieux juridictionnel et d'administration et exécution des projets des grandes entreprises. L'encombrement est ainsi perçu comme un problème de gérance, de *management*. Le plan spécial de désencombrement serait administré par le Conseil supérieur de la judicature et il ne pourra pas s'étendre au-delà de quatre ans. Le plan national de développement 2010-2014 a élargi le champ d'application du plan de désencombrement, à l'ensemble des juridictions colombiennes : art. 197, c de la loi n° 1450 du 16 juin 2011.

⁸² Art. 2 du projet, modifiant l'art. 116 de la Const. c. : *Projet de révision de la Constitution n° 07 de 2011, Gaceta del Congreso, XX, n° 566, 4 août 2011, p. 8.*

§2. La mise en cause du modèle juridictionnel exclusif de résolution des litiges

En essayant de concilier la prétention que tout litige soit confié aux juges avec l'obligation d'adopter des décisions dans des délais acceptables, la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux s'est montrée limitée. Il s'agit d'un modèle critiqué (A) permettant de comprendre que le regard est tourné vers l'administration (B) en tant que moyen pour combattre la crise du système juridictionnel.

A. Un modèle critiqué

Tant en France qu'en Colombie, la crise du système exclusivement juridictionnel a mis en évidence les limitations du modèle prétendant juridictionnaliser l'ensemble du contentieux : les stratégies utilisées contre la crise du modèle se sont montrées inefficaces. Le manque de performance des juridictions (1) n'a pas été remédié par des réformes restées insuffisantes (2).

1. Le manque de performance des juridictions

La performance du système s'analyse par rapport à la mission assignée : les juridictions sont censées décider de tous types d'affaires, complexes, techniques ou simples, des séries ou des cas spéciaux, dans des délais acceptables et moyennant des décisions de bonne qualité. Lorsque ces performances font défaut, les juridictions abandonnent leur image sacrée et incontestable et elles deviennent objet de critiques parfois virulentes.

Le culte qui s'était forgé au Palais-Royal à Paris, « dominé par cette sorte de foi du charbonnier que l'on portait » au Conseil d'État est mis de côté par la doctrine qui désacralise la juridiction administrative, objet de ses critiques⁸³. La doctrine considère les juridictions, non seulement lentes, mais aussi inefficaces⁸⁴, mettant en évidence des « fissures d'une justice vieillotte et controversée »⁸⁵. La lenteur mine alors la confiance des justiciables, et par là, la légitimité du juge⁸⁶. C'est l'État de droit même qui est mis en question par l'encombrement

⁸³ « Le juge a, certes, quelques raisons d'être surpris. Jusqu'ici, la doctrine ne lui avait pas ménagé ses louanges. Un culte du Palais-Royal s'était forgé », Charles DEBBASCH, « Déclin du contentieux administratif », *D.* 1969, p. 97. « C'est au début de la décennie 1950 que l'infléchissement s'est produit ; et, plus on se rapproche de nos jours, moins on éprouve des scrupules à exprimer ses réticences à et à faire part de ses réserves », François BURDEAU, « Du sacre au massacre d'un juge. La doctrine et le Conseil d'État statuant au contentieux », in *La terre, la famille, le juge. Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, Paris, 1990, p. 315.

⁸⁴ Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, p. 37-40

⁸⁵ Malgré les critiques, le professeur ROBERT ne remet pas en cause le modèle juridictionnel dans la quête de la bonne administration de la justice : Jacques ROBERT, « La bonne administration de la justice », *loc. cit.*, p. 117.

⁸⁶ « Parce que son intervention, pour dénouer le procès, est trop souvent inefficace, le juge est privé de la légitimité que confère seule la confiance des justiciables », Yves GAUDEMET, « Crise du juge et contentieux administratif en Droit français », in *la crise du juge*, L.G.D.J., Paris 1996, p. 92. Dans le même sens : Mauricio FAJARDO, « Algunas reflexiones acerca de la racionalización del Proceso Contencioso-Administrativo » in *Memorias – Seminario Franco-*

des juridictions⁸⁷, dans la mesure où l'État de droit serait construit sur un contentieux nécessairement juridictionnel⁸⁸. Les décisions de la juridiction administrative ne sont plus considérées comme le seul moyen de s'approcher de la connaissance de l'administration : elles ne montrent qu'une vision chaotique et certainement résiduelle de la vie administrative⁸⁹. Le recours toujours croissant au juge est seulement perçu comme un gain en confiance dans la juridiction administrative, mais aussi comme un symptôme de la maladministration⁹⁰. La formule expliquant l'encombrement du système est ainsi complétée : les dysfonctionnements de l'administration active doivent passer nécessairement par les juridictions ; la « *judiciarisation* » de la société⁹¹ entraîne ainsi l'encombrement du système⁹².

En Colombie, cette crise du schéma juridictionnel a atteint son paroxysme dans les années 80, lorsqu'un cumul de facteurs a attaqué l'ensemble des juridictions. Considérées comme des structures lentes, inefficaces, corrompues et politisées, les juridictions sont mises en cause et les interventions juridictionnelles sont alors suspectes : « *la lenteur des instances est évidente, les administrateurs de la justice ne sont pas à l'aise à cause de l'absence d'instruments pour appliquer la justice, ce qui est connu par tous et, en général, les conditions dans lesquelles on doit faire fonctionner ce service sont résolument déplorables* »⁹³. La confiance dans le système juridictionnel étant minée, les personnes sont amenées à « *se faire justice elles-mêmes* »⁹⁴. La loi n° 30 du 9 octobre 1987⁹⁵ a cherché à régler ces problèmes en visant à redonner de la confiance aux citoyens dans les juridictions et à lutter contre l'encombrement. Plus de vingt ans après la grande réforme, l'encombrement est encore si important qu'il « *faudrait de nombreuses années sans recevoir de requêtes pour mettre à jour les bureaux judiciaires* »⁹⁶, alors que le diagnostic montre que les stratégies de lutte contre l'encombrement ne sont pas efficaces⁹⁷, le stock des affaires entre 2006 et 2009 a augmenté

Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, imprenta Nacional de Colombia, p. 216.

⁸⁷ « *L'encombrement de la justice française – notamment – n'est donc que la conséquence d'un dysfonctionnement de l'État de droit, en France* », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 147.

⁸⁸ Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, op. cit., p. 3.

⁸⁹ « (...) *il était sans doute nécessaire de se rendre compte que l'activité administrative ne se réduit pas à ce que les instances devant le juge laissent percer (...)* », Charles DEBBASCH, « *Déclin du contentieux administratif* », loc. cit. p. 95.

⁹⁰ Et à son tour la maladministration de la justice est cause d'autres de ses dysfonctionnements : cf. Maryse DEGUERGUE, « *Les dysfonctionnements du service public de la justice* », R.F.A.P. 2008, n° 125, p. 151.

⁹¹ « *La judiciarisation de notre société en quête de justice et d'équité s'est matérialisée par la démultiplication des litiges et, faute de moyens humains suffisants, par l'encombrement des prétoires* », Franck ABIKHZER, « *Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ?* », A.J.D.A. 2005 p. 985.

⁹² « *Conscient de ce que la Justice est toujours, pour la majorité des Français, lointaine, inquiétante, inadaptée, incompréhensible (...)* », Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, coll. Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 243.

⁹³ Rapport pour premier débat au Sénat de la loi 30 de 1987, présenté par le sénateur Horacio SERPA, in *Anales del Congreso*, 19 août 1987, an XXX, n° 54.

⁹⁴ Hernán LÓPEZ, *Instituciones de Derecho procesal civil colombiano*, op. cit., p. 51.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Manuel RESTREPO, « *Dimensión y causalidad de la congestión en la Jurisdicción contencioso administrativa* », loc. cit., p. 262.

⁹⁷ « *Face à la masse croissante de demandes, l'État n'a pas fait des efforts proportionnels pour affermir la juridiction* », entretien avec l'ex-conseiller d'État, Libardo RODRIGUEZ, cité par Rafael BALLEEN et al. « *Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa* », loc. cit., p. 47. La crise provoquée par l'encombrement est telle que la réforme de la loi statutaire de l'administration de la justice, loi 1285 de 2009, prévoit la

de 16,5 %⁹⁸. En 2011, le gouvernement a établi un diagnostic de l'encombrement des juridictions colombiennes, justifiant un projet de réforme constitutionnelle cherchant notamment à résoudre l'encombrement : « *Il y a un certain et indiscutable accord en Colombie sur le fait que la justice n'est pas organisée correctement (...) en Colombie, certes, il y a accès au juge, mais, les décisions ne sont pas rendues dans des termes raisonnables* »⁹⁹.

Or, le manque de performance des juridictions est aussi allégué lorsqu'elles se voient affrontées à des contentieux complexes requérant des connaissances spéciales ou techniques, ou lorsque la résolution du litige n'implique pas une opération syllogistique simple dont la prémisse majeure prévoit fidèlement la prémisse mineure et le juge n'a qu'à en tirer la conséquence. Face à des affaires complexes ou techniques, les juridictions montrent des structures lourdes, excessivement encadrées et pas assez adaptées à ce genre de contentieux¹⁰⁰. Parfois, aussi, les pouvoirs classiques du juge se montrent inefficaces ou trop limités à l'égard de l'affaire, notamment en matière du contentieux économique¹⁰¹. Ainsi, l'interdiction des arrêts de règlement, rappelée par l'article 5 du Code civil français¹⁰², entre autres contraintes juridictionnelles, ferait des juridictions des institutions peu adaptées à certaines matières et surtout à certaines missions complexes dont la régulation.

À l'égard des critiques concernant le système juridictionnel de résolution des litiges, les réformes sont considérées comme insuffisantes.

2. Des réformes restées insuffisantes face à l'encombrement

Les aménagements au sein du système juridictionnel ne contribuent en rien à la réduction de la masse du contentieux juridictionnel par la diminution des entrées. Il ne s'agit que d'y faire face ; mais, la course devient de plus en plus accélérée¹⁰³.

Tout d'abord, l'éparpillement du contentieux dans différentes juridictions est

formulation de la part du Conseil supérieur de la judicature, d'un plan national de désencombrement (art. 15, modifiant l'art 63 de la loi 270 1996). Les mesures prévues par cette loi sont la redistribution des procès, l'instauration des juges et des magistrats itinérants, la création des juges d'instruction, le recrutement des fonctionnaires de mission dans le plan de désencombrement, ainsi que des experts et des auxiliaires d'appui pour le désencombrement.

⁹⁸ Conseil supérieur de la judicature, chambre administrative, Unité de développement et d'analyse statistique, « Evolución de la gestión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa », 14 septembre 2009.

⁹⁹ *Exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional número 07 de 2011, Gaceta del Congreso, XX, n° 566, 4 août 2011, p. 8.*

¹⁰⁰ La naissance des autorités indépendantes est présentée comme le résultat de l'inadaptation des juridictions aux contentieux techniques. Cf. Jean-Louis AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *R.D.P.* n° 5, 1998, p. 1218.

¹⁰¹ Cf. Charles DEBBASCH, « Déclin du contentieux administratif », *loc. cit.* p. 99.

¹⁰² Sur l'application de cette règle à la juridiction administrative : Yves GAUDEMET, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif » in *Juger l'administration, administrer la justice, mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p. 387-403.

¹⁰³ « (...) toute l'histoire de la juridiction administrative a l'allure d'une course incessante, presque infernale, pour tenter de satisfaire à sa fonction », Bernard PACTEAU, « Le décret du 24 juin 2003, au secours des cours administratives d'appel », *loc. cit.* p. 910.

seulement une mesure visant à alléger la charge de certains juges¹⁰⁴, tout en ayant pour conséquence éventuelle l'accélération de la résolution des affaires dont l'entrée restera croissante. Le problème ainsi « *n'est pas réglé, il est repoussé* »¹⁰⁵. Ainsi, la création progressive de juridictions et le recrutement de nouveaux agents, permanents, itinérants ou parallèles de désencombrement, se sont montrés des palliatifs¹⁰⁶. Les équilibres qui sont atteints restent fragiles : le *Rapport public* 2008 du Conseil d'État affirme qu'en 2007, la section du contentieux a atteint l'équilibre entre les entrées et les sorties ; mais, « (...) *les résultats obtenus restent fragiles et appellent une vigilance permanente* »¹⁰⁷.

Ensuite, certaines stratégies contre l'encombrement, notamment la création de juridictions administratives spécialisées dans un contentieux nouveau, touchent aux limites de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux : à chaque contentieux une juridiction ou à chaque autorité son juge. Il s'agit d'un procédé qui, poussé à l'extrême de ses conséquences, déterminerait la création d'un double juridictionnel de l'administration, étant entendu que la résolution des litiges est une activité aussi habituelle que la gestion administrative. Le système juridictionnel prendrait alors allure d'organisation parallèle, répercutant les mouvements de l'administration¹⁰⁸. Afin d'éviter l'encombrement, les juridictions seraient adaptées chaque fois qu'une nouvelle autorité administrative naît¹⁰⁹ ou lorsqu'il est procédé à la suppression de postes puisque les affectés par ces mesures font normalement appel à la justice¹¹⁰. De même, la reconnaissance de nouvelles garanties pour les administrés devrait théoriquement être accompagnée d'une prévision juridictionnelle, en raison des nouveaux moyens d'illégalité découlant de la méconnaissance de la garantie nouvelle¹¹¹.

¹⁰⁴ Par exemple, les créations des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ont été des mesures visant nettement à décharger le Conseil d'État tandis que l'introduction des cours administratives d'appel n'a eu aucune influence sur l'encombrement des tribunaux administratifs. Cf. « Le projet de loi portant réforme du contentieux administratif », *Doc. Ass. Nat.*, n° 890, in *R.F.D.A.* 1987, p. 450.

¹⁰⁵ Alain MARION, « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *loc. cit.*, p. 27.

¹⁰⁶ « *Cela pourrait être une solution conjoncturelle mais aucunement définitive* », Dolly PEDRAZA, « Descongestión de la Justicia contenciosa administrativa », *loc. cit.*, p. 4.

¹⁰⁷ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2008*, La Documentation française, Paris, 2008, p. 11.

¹⁰⁸ M^{me} PEDRAZA se plaint du fait que la réforme administrative opérée en Colombie en 1968 n'ait pas été accompagnée des réformes juridictionnelles visant à préparer la réception des contentieux que cette réforme a provoqué : Dolly PEDRAZA, « Descongestión de la Justicia contenciosa administrativa », *loc. cit.*, p. 1.

¹⁰⁹ La doctrine s'étonnait du fait que les décisions de l'ancien Médiateur de la République, remplacé par le Défenseur des droits, visant à apporter une issue différente au contentieux, pourraient pourtant faire grief devant la juridiction administrative. En conséquence, à l'égard de l'arrêt *Retail* (C.E.f. 10 juillet 1981), il est affirmé : « *Les interventions de celui-ci, les actes de médiation, sous toutes leurs formes, ont été voulus et conçus comme devant rester en dehors du droit, participant au règlement ou à la prévention de litiges par des voies et en des termes extérieurs au droit* », Yves GAUDEMET, « Toujours à propos du médiateur », *A.J.D.A.* 1987, p. 521.

¹¹⁰ « *Toute restructuration d'une autorité publique suppose la suppression des postes ; éliminer dix mille postes implique, dans des termes simples, qu'au futur, ils vont arriver aux tribunaux non les dix mais vraisemblablement sept, cinq ou quatre mille litiges de droit du travail* », Ricardo HOYOS cité par Rafael BALLEÑ et al., « Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa », *loc. cit.*, p. 46.

¹¹¹ Le décret du 28 novembre 1983 sur les relations entre l'administration et ses usagers, reconnaissant des garanties pour les administrés, a été source de contentieux : Jacques LEGER, « Le constat : une crise salutaire », *loc. cit.*, p. 21. En outre, en Colombie, l'ensemble des études sur l'encombrement de la juridiction du contentieux administratif considèrent qu'une des actions qui encombre le plus les bureaux juridictionnels c'est l'action en *tutela* (69 % du travail de la chambre plénière du Conseil d'État en 2002), créée comme moyen de protection des droits fondamentaux, notamment ceux reconnus par la Constitution de 1991. Cf. Rafael BALLEÑ et al., « Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa », *loc. cit.*, p. 46.

Finalement, les réformes visant à augmenter la capacité de résolution des litiges des juridictions, comme seule réponse au contentieux, ont un effet moindre sur la prévention du contentieux juridictionnel futur que celui du recours à l'activité contentieuse de l'administration. Même si la résolution juridictionnelle des litiges reste l'issue de principe¹¹², la prétention de juridictionnalisation complète du contentieux prive l'administration de la possibilité de s'informer directement, par la résolution administrative des litiges, des dysfonctionnements de son action et des moyens d'y mettre fin ; c'est-à-dire, de la possibilité de s'améliorer grâce à la fonction contentieuse. La juridictionnalisation détourne l'ensemble du contentieux de sa tendance naturelle à être tranché dans son contexte d'origine, notamment par l'administration elle-même. La pédagogie devient exclusivement juridictionnelle et la vision juridictionnelle du contentieux oblige à rappeler à l'administration le besoin de connaître, avant tout, la jurisprudence, ainsi que de la respecter¹¹³.

En prétendant absorber tout le contentieux, trop nombreux, et souvent trop technique, la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux aurait provoqué le dépérissement des juridictions. La remise en cause de cette vision est ainsi compréhensible : les solutions à la crise du système juridictionnel ne sont plus seulement cherchées au sein des juridictions ; l'administration, elle aussi, doit contribuer à prévenir et à régler le contentieux¹¹⁴.

B. Le regard tourné vers l'administration

Les administrations des deux États ont toujours exercé des fonctions contentieuses plus au moins importantes, et, par conséquent, l'idée du monopole juridictionnel du contentieux n'est qu'une prétention. Ce n'est pas la crise des juridictions qui a toujours motivé le recours à l'activité contentieuse de l'administration : la loi du 27 décembre 1927 prévoit, pour la première fois, le préalable administratif obligatoire en matière fiscale. Or, cette fonction contentieuse de l'administration¹¹⁵ reste considérée d'une existence « *peu*

¹¹² « Au demeurant, on finit par se demander si ce n'est pas la justice administrative que ses propres lenteurs pourraient venir remettre en question », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 149. On pourrait entendre par là, non la remise en cause de la justice administrative; mais, d'elle en tant que seule issue possible au contentieux.

¹¹³ L'article 10 du C.P.A.C.A. dispose : « Devoir d'application uniforme des normes et de la jurisprudence. Dans les affaires de leur compétence, les autorités doivent appliquer les normes constitutionnelles, légales et réglementaires, uniformément aux cas ayant les mêmes éléments de droit et de fait. À cette fin, elles sont obligées de décider conformément aux sentences d'unification du Conseil d'État, interprétant et appliquant ces normes ».

¹¹⁴ « Qu'il suffise ici de citer le rôle accru qu'on envisage de donner, en matière économique, à des organes « quasi juridictionnels » sui generis, telles que la Commission des opérations de bourse en France et la Commission bancaire en Belgique : ainsi, devant l'inadéquation des modèles classiques, de nouveaux mécanismes régulateurs du marché semblent s'instaurer et exigent une redéfinition du rôle du droit », Jacques LENOBLE, « Introduction : la crise du juge : Mythe ou réalité ? », in *La crise du juge*, L.G.D.J., collection La pensée juridique moderne, Paris, 1996, p. 3.

¹¹⁵ Le préalable fiscal restait un cas isolé d'une activité contentieuse de l'administration effective dont sa nature avait été reconnue par la jurisprudence : C.E.f. Ass., 31 octobre 1975, *Société Coq-France*, Rec., p. 534, D.F. 1975, 51, concl. LATOURNERIE ; A.J.D.A. 1976, II, 314, note CASTAGNEDE ; R.J.F. 1975, p. 373, Chron. MARTIN-LAPRADE. L'arrêt ne laisse aucun doute sur la nature contentieuse de la compétence, car il s'agit d'une « (...) décision prise par le directeur départemental des impôts à la suite de l'introduction d'une instance contentieuse devant lui (...) ».

commune »¹¹⁶. De surcroît, le contentieux fiscal est considéré comme étant d'une toute autre nature que le contentieux administratif en raison de ce préalable administratif dont la nature contentieuse n'est guère contestable¹¹⁷. De son côté, la Colombie prévoit, depuis 1959¹¹⁸, que la voie administrative (les recours administratifs) est le préalable obligatoire des actions juridictionnelles. Malgré cela, on considérait, dans les deux États, que le contentieux devait être tranché par les juridictions et que les solutions aux problèmes des juridictions devaient être cherchées au sein même du système juridictionnel. Face à la crise, l'activité contentieuse de l'administration, jusqu'alors négligée, commence à être étudiée et l'administration à être perçue comme une issue différente au contentieux¹¹⁹. L'administration est vue comme un instrument contre l'encombrement des juridictions (1); mais, cela n'implique pas automatiquement l'acceptation pleine de la fonction administrative de résolution des litiges. Une évolution du rôle accordé à l'administration face au contentieux (2) s'est néanmoins opérée.

1. L'administration, un instrument contre l'encombrement des juridictions

Pour répondre aux problèmes du système juridictionnel, encombré et, peu performant à l'égard de certains contentieux techniques, particulièrement le contentieux économique, la doctrine française a proposé, en 1967, d'avoir recours à des figures différentes des juridictions. L'*Ombudsman* des pays nordiques¹²⁰ est présenté comme un bon exemple d'issue non juridictionnel aux litiges¹²¹. Le Médiateur de la République française, créé par la loi du 3 janvier 1973¹²² qui disposait de pouvoirs assez différents de ceux des juridictions¹²³, s'est montré

¹¹⁶ « (...) en reconnaissant l'existence, peu commune, du pouvoir contentieux échu à une autorité dépourvue des atours dont un juge est habituellement paré », Bernard CASTAGNEDE, note sous C.E.f. Ass., 31 octobre 1975, *Société Coq-France*, A.J.D.A. 1976, p. 317.

¹¹⁷ Concernant le contentieux fiscal, « Son autonomie par rapport au contentieux administratif est marquée, particulièrement en ce que l'administration fiscale est elle-même autorité contentieuse, le juge fiscal étant principalement le juge administratif, mais pouvait être aussi le juge judiciaire », Olivier GOHIN, « Le Contentieux administratif : I. La juridiction administrative », *Documents d'études*, n° 2.09, La Documentation française, éd. 1997, p. 2. En différenciant l'autorité contentieuse du juge fiscal, le professeur GOHIN corrige ainsi les idées de TROTABAS pour qui « le contentieux fiscal permet à l'administration de se juger elle-même, d'après ses propres principes, parce que tout le droit fiscal, par-dessus une armature légalisée, est constitué par le pouvoir même du fisc », Louis TROTABAS, « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, p. 761.

¹¹⁸ Décret n° 2733 du 7 oct. 1959 portant régulation des procédures administratives, notamment de l'exercice du droit de pétition. Cfr. Jaime VIDAL, *Derecho administrativo*, op. cit., p. 511.

¹¹⁹ « La crise de légitimité (...) se traduit aussi par une sorte de repli de la juridiction sur des solutions alternatives ou concurrentes (...) », Yves GAUDEMET, « Crise du juge et contentieux administratif en droit français », *loc. cit.*, p. 95.

¹²⁰ L'Ombudsman suédois est né lors de la Révolution de 1809. Il exerce un contrôle principalement sur la justice mais aussi sur l'administration. Cf. André LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave – études comparées sur le contrôle de l'administration*, L.G.D.J., Paris, 1970, p. 9.

¹²¹ Charles DEBBASCH, « Déclin du contentieux administratif », *loc. cit.* p. 95.

¹²² L'équivalent colombien du Défenseur des droits, c'est le Défenseur du peuple, d'inspiration espagnole ; mais, ses fonctions ne le placent pas comme un grand médiateur entre l'administration et les administrés dans le contentieux. Toutefois, il est comme une autorité menaçante, qui prend d'emblée en charge la défense des administrés et non la simple médiation et qui dispose directement d'un pouvoir disciplinaire sur l'administration, pouvant aussi saisir les instances disciplinaires et pénales. Le Défenseur du Peuple n'est pas, comme le Défenseur des droits, une issue différente au contentieux administratif, mais une source de contentieux et une autorité contentieuse, lorsqu'il sanctionne.

¹²³ Notamment le pouvoir de recommandation et de rapport.

comme une alternative à la voie juridictionnelle¹²⁴. La doctrine était d'accord sur le fait que la création du Médiateur de la République se justifiait en partie en raison de la lenteur et de la formalité de la juridiction administrative¹²⁵.

Or, la création du Médiateur de la République allait à un tel point à l'encontre des fondements du droit public français, apparemment structuré sur le contentieux uniquement juridictionnel, que le professeur Roland DRAGO affirme : « *on connaît la phrase de Calderon : « Le meilleur alcalde c'est le Roi ». Qu'on permette à un juriste français de dire : « Le meilleur ombudsman c'est le Conseil d'État* »¹²⁶. Même si cela montre déjà un affaiblissement de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux, cette instance de médiation, ultérieurement considérée comme administrative¹²⁷, gère le contentieux ; mais, elle ne tranche pas les litiges¹²⁸. La première étape du processus d'acceptation de l'administration comme une solution au contentieux est néanmoins franchie. Le Médiateur de la République a été remplacé par le Défenseur des droits, de création constitutionnelle, héritant notamment des fonctions de médiation à l'égard de l'administration¹²⁹.

La création d'une instance de médiation n'avait pas donné une réponse efficace à l'encombrement juridictionnel. En 1981, les « *réflexions sur une crise* »¹³⁰ montraient le besoin de « *filtrer* » le contentieux administratif français : le contentieux devant le Conseil d'État étant filtré par les tribunaux administratifs, le contentieux devant ces juridictions devrait être à son tour filtré par le bas¹³¹. Deux options se présentaient à cet égard : l'instauration de tribunaux départementaux ou le recours à l'administration par la généralisation des recours préalables (« *précontentieux* »¹³² d'après la doctrine). La proposition n'était pas naïve : la

¹²⁴ Robert PIEROT, « Le médiateur, rival ou allié du juge », in *Le juge et le droit public – Mélanges offerts à Marcel WALINE, op. cit.*, p. 684.

¹²⁵ « *Le comble est atteint dans l'absurdité lorsqu'un requérant se trouve obtenir en fin de procédure une décision dont le contenu lui donne satisfaction ; mais, que le caractère tardif rend parfaitement inopérante* », Patrice VERRIER, « Le Médiateur », *R.D.P.* 1973, p. 945.

¹²⁶ Roland DRAGO, « Préface » à la thèse d'André LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave*, L.G.D.J., Paris, 1970, p. III.

¹²⁷ C.E.f. 10 juillet 1981, *Retail, Rec.*, p. 303 ; *R.D.P.* 1981, p. 1441, concl. FRANC. La nature administrative du Médiateur a été confirmée par le Conseil constitutionnel qui a déclaré contraire au principe de la séparation des pouvoirs et à l'indépendance de l'autorité judiciaire, les compétences que l'on prétendait donner au Médiateur, à l'égard des magistrats en matière disciplinaire : C.c.f. Décision n° 2007-551 DC, 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, § 11.

¹²⁸ « *Le médiateur n'est ni un premier juge, ni le destinataire d'un recours administratif. Il n'intervient pas dans un cadre contentieux, ni même pré-contentieux* », Yves GAUDEMET, « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? À propos des rapports du Médiateur et du juge administratif », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur R.-E. Charlier*, Éditions de l'Université et de l'Enseignement moderne, Paris, 1981, p. 129, note 13.

¹²⁹ Le défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, est prévu à l'art. 71-1 de la Const.f., introduit par l'art. 41 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. Celui-ci a été mis en place par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, relative au défenseur des droits : C.c.f. 29 mars 2011, n° 2011-626, *J.O.* 30 mars 2011, p. 5507 ; loi n° 2011-334 du 29 mars 2011. Le Défenseur des droits a hérité des fonctions du Médiateur de la République, de l'H.A.L.D.E., du Défenseur des enfants, et de la Commission nationale de déontologie de la sécurité.

¹³⁰ Jean-Marie WOEHRING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », *loc. cit.* p. 355.

¹³¹ En 1981, cinq commissions de conciliation ont été créées, sous la proposition du Comité central des enquêtes sur le coût et le rendement des services publics ; mais, elles n'ont pas connu de succès dans la « *prévention* » du contentieux juridictionnel, en tant qu'instances facultatives. Elles ont été supprimées, de même que la Commission de conciliation pour l'administration des Postes et Télécommunications en matière de facturation téléphonique. Cf. CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.* 1988, p. 19.

¹³² « *Aussi, une autre formule semble-t-elle plus favorable au développement de la juridiction administrative. Elle tend à mettre l'accent sur l'intérêt des phases précontentieuses et à rechercher une meilleure insertion du contrôle*

généralisation des recours préalables devrait s'accompagner du renforcement des garanties processuelles des administrés devant l'administration active¹³³. Cela était la condition de l'efficacité des recours administratifs comme filtre du contentieux juridictionnel.

Les institutions juridictionnelles des deux États ont été renforcées en 1987, principalement dans le sens de conforter les systèmes juridictionnels affaiblis par la crise¹³⁴. Même si, là encore, on retouchait les structures juridictionnelles par la création de nouvelles juridictions ou l'engagement de personnel supplémentaire, les limitations du système exclusivement juridictionnel étaient déjà révélées, ce qui a obligé, de façon simultanée, à envisager d'autres réponses à l'encombrement : les administrations sont considérées, par ces réformes, comme un moyen contre l'encombrement des juridictions. L'administration colombienne reçoit, par la technique de la déjuridictionnalisation, compétence sur certaines affaires dont l'intervention de la juridiction n'est pas considérée comme essentielle, tandis que l'administration française pourrait, par des décrets ultérieurs (article 13 loi du 31 décembre 1987)¹³⁵, décider entre des recours administratifs préalables obligatoires à la saisine juridictionnelle ou la conciliation en matière de litiges contractuels ou de la responsabilité extra contractuelle¹³⁶. Un premier projet d'application de l'article 13 de la réforme de 1987 a été présenté à l'Assemblée du contentieux en 1990, laissant de côté l'option des recours administratifs et visant à instaurer un régime de conciliation obligatoire. Mais il n'a pas abouti¹³⁷. Finalement, une procédure de conciliation dans les marchés publics a été instaurée¹³⁸.

L'idée des recours administratifs comme mesure anti encombrement est à nouveau

juridictionnel dans un système d'ensemble de contrôle de l'administration : le filtre recherché pourrait résider dans la généralisation du recours administratif préalable obligatoire et l'examen dans certains cas de ces recours administratifs par des commissions quasi-juridictionnelles », Jean-Marie WOEHRING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », *loc. cit.* p. 355-356.

¹³³ « Aussi, puisqu'il faut bien trouver une réponse à la montée des procès administratifs, il vaut mieux juridictionnaliser la procédure administrative qu'administrativiser la justice administrative », *ibidem*, p. 360.

¹³⁴ Pour la France, c'était la création des cours administratives d'appel, par la loi du 31 décembre 1987. En Colombie la loi n° 30 du 9 octobre 1987 conférait, pendant deux ans, des facultés de législation extraordinaire au Président de la République pour, notamment, créer, supprimer et fusionner des juges, augmenter les agents des juridictions, créer les juridictions de famille et l'agraire, transférer des affaires à des autorités administratives et autoriser, notamment, la célébration du mariage et la déclaration de divorce volontaire devant les notaires.

¹³⁵ La décision de créer les cours administratives d'appel a été prise dans l'urgence ; il fallait juste soigner le malade et après, tranquillement, réfléchir à la guérison : « *Le juge administratif est à la fois l'un des instruments et l'une des illustrations les plus accomplies du droit public français. En débattre donnait une excellente occasion de réfléchir à la place qu'il occupe (...). Cette question est sans doute moins urgente mais elle n'est pas moins brûlante* », Jérôme CHAPUISAT, « Réformé ! », *A.J.D.A.* 1988, p. 75. La rapidité de la réforme a obligé à confier la décision sur les recours administratifs à des décrets en Conseil d'État. L'exposé des motifs du projet de loi justifie cela par le besoin d'étudier la nature des contentieux, ainsi que les domaines où ces procédures existaient déjà. Cf. « *Projet de loi portant réforme du contentieux administratif – Exposé des motifs* », *Doc. Ass. Nat.*, n° 890, *in R.F.D.A.* 1987, p. 450.

¹³⁶ Art. 13, loi du 31 décembre 1987 : « *Des décrets en Conseil d'État déterminent dans quelles conditions des litiges contractuels concernant l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation* »

¹³⁷ Cf. CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude de la section du rapport et des études, La Documentation française, Paris, 1993, p. 39.

¹³⁸ Décret n° 91-204 du 25 février 1991, modifiant le code des marchés publics et relatif au règlement amiable des litiges.

reprise par l'article 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, établissant un recours administratif préalable obligatoire pour les agents publics en matière de situation personnelle, exception faite du recrutement et de l'exercice du pouvoir disciplinaire. La mise en place de ce recours était confiée à un décret. Or, ce recours n'a été d'abord mis en place qu'à l'égard des militaires¹³⁹ En 2011, l'article 23 de la loi a été modifié afin de permettre la mise en place de ce préalable pour les agents civils de la fonction publique. Le recours administratif préalable obligatoire, qui devra être l'objet d'un décret en Conseil d'État, est néanmoins soumis à une période d'expérimentation de trois ans¹⁴⁰.

2. L'évolution du rôle accordé à l'administration face au contentieux

Le regard sur l'administration et la fonction qu'elle peut remplir à l'égard du contentieux a évolué, préparant, à chaque pas, le pas suivant : tout d'abord a été créée une instance de médiation qui, ultérieurement, sera qualifiée d'administrative ; même si le Médiateur ne tranche pas le litige porté à sa connaissance et que la nature administrative du Médiateur a pu être contestée, il s'agit d'une première acceptation du fait que le contentieux puisse avoir une réponse autre que juridictionnelle et, notamment, administrative. L'encombrement des juridictions oblige ensuite à penser aux recours administratifs comme des moyens de simple prévention du contentieux. Les recours administratifs sont, enfin, considérés comme de véritables moyens de résolution des litiges.

En effet, le regard porté sur l'administration, en 1987, comme moyen de répondre à l'encombrement des juridictions n'était pas celui d'une administration qui tranche des litiges, mais qui les prévient. L'article 13 de la loi n° 81-1127 du 31 décembre 1987 sur le choix entre de recours administratifs préalables obligatoires ou une étape de conciliation préalable est le résultat d'une série d'études du Conseil d'État, portant sur la « *prévention du contentieux* », élaborées entre 1986 et 1987 où, après le constat du succès du recours administratif préalable en matière fiscale, le Conseil d'État affirme qu'« (...) *il faudrait développer le 'réflexe transactionnel' dans les domaines des contrats et de la responsabilité. Pour l'administration aussi, un arrangement rapide est préférable à un long procès* »¹⁴¹. En conséquence, le projet de loi de 1987 voyait dans les recours administratifs une forme non contentieuse de prévention des litiges¹⁴². Les recours administratifs étaient conçus comme des « *barrages contre le*

¹³⁹ Décret du 7 mai 2001, codifié à l'art. R. 4125-1 et suiv. du code de la défense. C.E.f. 27 nov. 2002, *Bourrel et autres*, n° 234748. Le recours est instruit par une Commission des recours des militaires, placée auprès du ministère de la Défense qui décide le recours. Ce recours est obligatoire, même à l'égard des demandes indemnitaires : C.E.f. 14 juin 2004, *Moniez, Rec.*, p. 251 ; A.J.D.A. 2004, p. 1782. Néanmoins, cette obligation ne concerne ni le recrutement et la sanction disciplinaire, ni le contentieux des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre : art. R. 4125-1 II, n° 1 et 2 du code de la défense.

¹⁴⁰ Art. 14 de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011, *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, modifiant l'art. 23 de la loi n°2000-597 du 30 juin 2000, *relative au référé devant les juridictions administratives*.

¹⁴¹ CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.* 1988, p. 17.

¹⁴² « *Pour éviter le développement des recours contentieux alors que beaucoup de litiges pourraient se régler à l'avantage de tous par des voies non contentieuses, il est prévu, à l'exemple de ce qui se fait en matière fiscale, de mettre en place des procédures de recours administratif ou de conciliation (...)* », « *Projet de loi portant réforme du contentieux – Exposé des motifs* », *loc. cit.*, p. 450.

contentieux »¹⁴³.

L'idée de la prévention administrative des litiges est encore affirmée dans l'étude intitulée « *Régler autrement les litiges* », commandée par le Premier ministre français en raison de l'encombrement persistant des juridictions¹⁴⁴. Bien que cette étude n'envisage pas les juridictions comme la seule réponse au contentieux, les mécanismes concernés (conciliation, médiation, etc.) ne sont considérés que comme des moyens pour prévenir le contentieux¹⁴⁵. L'incohérence entre l'intitulé de l'étude (régler autrement les litiges) et l'approche adoptée, ferait penser à une étude devant s'intituler : prévenir autrement les litiges. Dans ces termes, sans juridiction, il n'y a pas de contentieux : régler et prévenir le contentieux sont des fonctions différentes. Même si le rapport envisage la généralisation du préalable administratif (recours ou décision préalable), comme un bon instrument contre l'encombrement, le Conseil d'État n'y voit qu'une « *perspective à long terme* »¹⁴⁶.

Le législateur colombien, quant à lui, s'apercevait déjà en 1987 qu'il était nécessaire de trouver des réponses autres que juridictionnelles au contentieux¹⁴⁷. Cependant, il n'assumait pas l'administration en tant qu'autorité de résolution des litiges ou même de prévention du contentieux. Ainsi, la déjuridictionnalisation entreprise ne concernait que des matières gracieuses ou dépourvues de litige¹⁴⁸. Le contentieux restait théoriquement juridictionnel.

Or, l'idée de la prévention administrative du contentieux témoigne déjà de l'affaiblissement de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux. L'acceptation de l'activité préventive du contentieux prépare celle d'une activité de résolution du contentieux. Une différenciation entre la prévention du contentieux et la prévention du contentieux juridictionnel s'impose : la résolution administrative des litiges est un moyen de prévenir le contentieux juridictionnel¹⁴⁹. En Colombie, cette tendance de prévention, comme mesure anti-encombrement des juridictions, est mise d'emblée dans le nouveau Code colombien de la procédure administrative et du contentieux administratif, qui d'après le président du Conseil d'État à l'époque de la préparation du Code, cherche à privilégier la solution directe des litiges,

¹⁴³ Daniel CHABANOL, « Barrages contre le contentieux », *D.F.* 1986, p. 993.

¹⁴⁴ « (...) face à l'explosion des recours et à la surcharge des juridictions, on ne saurait négliger aucune voie susceptible d'apporter des améliorations », *ibidem*, p. 27.

¹⁴⁵ « Le souci de prévention du contentieux est lié à l'encombrement de la juridiction administrative, constaté partout, en France comme ailleurs », *idem.*, p. 14. La conciliation et la transaction n'y sont montrées comme des moyens de résolution des litiges que quand l'instance juridictionnelle est déjà engagée.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹⁴⁷ Cf. « Exposé des motifs » de la loi 30 du 9 octobre 1987, présenté par le ministre de la Justice, Eduardo SUESCUN MONROY, in *Anales del Congreso*, dic. 3 de 1986, Bogota, année XXIX, n° 153.

¹⁴⁸ En Colombie, les compétences qui, d'après la loi, pourraient être transférées aux autorités consistent en des « (...) démarches administratives et d'autres affaires non contentieuses, qui sont actuellement de la compétence des juges », lit. F, art 1^{er}, loi n° 30 du 9 oct. 1987. Ainsi, le décret n° 902 du 10 mai de 1988 permet la succession de commun accord devant notaire. Le décret n° 999 du 23 mai 1988 autorise le changement de nom devant notaire, ainsi que la correction des erreurs de l'état civil. Le décret n° 2458 du 28 novembre 1988 permet la séparation devant notaire. Finalement, le décret n° 1900 du 24 août 1989, permet le divorce par consentement mutuel devant le notaire (art. 3, décret 4436 du 28 nov. 2005).

¹⁴⁹ L'étude sur la prévention du contentieux précise que la fonction du préalable en matière fiscale est de « prévenir » le contentieux « juridictionnel », car on y reconnaît l'existence d'un contentieux devant l'autorité fiscale. CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 41.

afin de faire du recours à la juridiction la *ultima ratio* des litiges¹⁵⁰. L'administration prévient le contentieux par l'amélioration de la procédure d'élaboration de l'acte administratif. Toutefois, par la résolution administrative des litiges, elle prévient le contentieux juridictionnel.

La logique de prévention du contentieux est abandonnée dans le rapport du Conseil d'État de l'année 2001 où il a été considéré que l'administration règle préventivement des conflits¹⁵¹. Le recours administratif préalable obligatoire en matière des militaires¹⁵², créé la même année, s'est montré comme une expérience réussie¹⁵³. Cependant, en 2002 encore, le président de la section du contentieux du Conseil d'État voit, dans l'activité contentieuse de l'administration, une forme de « *prévention* » du contentieux¹⁵⁴. À la fin de 2007, le Premier ministre français commande une étude sur les recours administratifs préalables obligatoires comme « *mode alternatif de règlement des litiges* »¹⁵⁵, tout en concluant paradoxalement que « *ces recours évitent de nombreux contentieux* »¹⁵⁶. Les résultats de l'étude confirment que l'administration, par la voie des recours administratifs préalables obligatoires, ne prévient pas les litiges, mais elle les tranche¹⁵⁷.

L'acceptation progressive de l'activité contentieuse de l'administration lorsque l'administration agit en amont du juge, se présente aussi, dans les années 80, lorsque l'administration agit à la place du juge, notamment du juge répressif¹⁵⁸. La répression administrative est une activité que l'administration a exercée de façon ininterrompue depuis l'Ancien Régime ; mais, qui connaît, à partir des années 80, un nouvel élan, motivé, entre autres raisons, par la crise des juridictions¹⁵⁹. Ce mouvement a aussi été progressif en France

¹⁵⁰ Quant à l'administration, le projet de code visait à « (...) lui donner des opportunités de résoudre ses controverses en forme directe. Nous avons confiance en l'efficacité de ces procédures afin de déterminer le fait que de plus en plus les administrés se dirigent moins vers le juge et que celui-ci soit un dernier recours », Rafael LAFONT, entretien « Ostau de Lafont se la juega por nuevo Código », in *El Colombiano*, 5 octobre 2009. Pour la commission rédactrice du projet « (...) on ne doit pas permettre que l'administration transfère les effets de son inefficience à la juridiction, car la voie juridictionnelle doit être l'ultime option pour l'administré », « Elementos para un nuevo código contencioso administrativo – Documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007 », *loc. cit.*, p. 9.

¹⁵¹ « Si l'efficacité des juridictions se heurte à l'engorgement auquel elles sont soumises, le règlement préventif des conflits peut encore être développé dans certains domaines (...) », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, p. 385.

¹⁵² Art. R. 4125-1 du code de la défense.

¹⁵³ Jean-Luc PISSALOUX, « Une expérience réussie : le recours administratif préalable des militaires », *A.J.D.A.* 2005, p. 1042.

¹⁵⁴ Séverine BRONDEL, « Le juge administratif face à une forte montée des recours », *A.J.D.A.* 2005, p. 572.

¹⁵⁵ « Alors que le nombre des litiges portés devant les juridictions administratives demeure élevé, il apparaît nécessaire de poursuivre la réflexion sur les modes alternatifs de règlement des litiges (...) Dans ce contexte, il paraît aujourd'hui utile d'entreprendre une étude spécifique sur les recours administratifs obligatoires préalables à la saisine du juge », Lettre de mission du Premier ministre du 24 octobre 2007, in CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Les Études du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2008, p. 179.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ « Les 'recours administratifs préalables obligatoires' constituent l'un des principaux modes alternatifs de règlement des litiges, en ce qu'ils permettent aux usagers d'obtenir la reformation des décisions les concernant, avec des chances raisonnables de succès, et sont de nature à éviter une procédure juridictionnelle », CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁸ « (...) serait-ce que l'administration –quoiqu'on en dise – est plus forte et plus sollicitée qu'elle ne l'a jamais été ; ou bien que le juge souffre d'une certaine inadaptation de ses moyens (...) », Yves GAUDEMET, « Préface » à la thèse de Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, Bibliothèque de droit public t. 184, L.G.D.J., Paris, 1997, p. XIX.

¹⁵⁹ « (...) la répression assurée par le juge ayant montré ses limites (impuissance du juge à sanctionner, lenteur de la justice pénale, absence d'infractions pénales de personnes morales (...)) La répression administrative s'est ainsi

comme en Colombie : un premier essai français de doter une autorité administrative indépendante d'un « (...) curieux régime de 'répression préventive' »¹⁶⁰ a été sanctionné par le Conseil constitutionnel dans des termes qui auraient pu être envisagés comme généraux : « (...) cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative (...) »¹⁶¹. Or, dans l'espèce, la raison de l'inconstitutionnalité était l'introduction de fait d'un régime d'autorisation préalable. Ainsi, deux nouvelles attributions de ce pouvoir de sanction à des autorités administratives indépendantes ont été validées constitutionnellement, d'abord implicitement¹⁶² en 1987¹⁶³ et, ensuite, expressément en 1989¹⁶⁴, notamment en raison de l'indépendance de ces autorités, ce qui ferait penser, *a contrario*, à l'inconstitutionnalité des pouvoirs de sanction de l'administration hiérarchisée. Néanmoins, une troisième décision s'est prononcée dans des termes généraux pour valider constitutionnellement le principe de la sanction administrative, sans exiger l'indépendance de l'autorité administrative¹⁶⁵. De son côté, la déjuridictionnalisation des affaires non contentieuses, effectuée en Colombie à partir de la loi n° 30 du 9 octobre 1987, a été suivie, en 1991, par une importante déjuridictionnalisation de la répression : certains délits, dits mineurs, seraient qualifiés d'infractions administratives (contraventions spéciales) et seraient tranchés par une autorité administrative¹⁶⁶. En France comme en Colombie, les pouvoirs de sanction administrative ont continué de se développer sans cesse.

En cherchant à absorber la totalité du contentieux, les juridictions se sont vues confrontées à l'encombrement. La création de nouvelles juridictions, la réorganisation interne du travail et l'engagement de nouveaux agents s'est avérée comme un simple palliatif, à renouveler sans cesse. Il était dès lors nécessaire de renoncer à la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux. Se tourner vers l'administration était un réflexe presque instinctif. Néanmoins, avant d'accepter que l'administration active, elle aussi, pouvait trancher des litiges¹⁶⁷, il a été question de penser à l'activité administrative comme un mécanisme de

redéployée (...) », Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? - de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, Paris, 1992, p. 18.

¹⁶⁰ Jean-Jacques BIENVENU, note sous C.c.f. Décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *A.J.D.A.* 1984, p. 692.

¹⁶¹ C.c.f. Décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *Rec.*, p. 78 ; *R.D.P.* 1986, p. 395, comm. FAVOREU ; *A.J.D.A.* 1984, p. 692, note BIENVENU.

¹⁶² « *En attachant autant d'importance au sursis à exécution parce que le Conseil de la concurrence n'est pas une juridiction, le Conseil constitutionnel a déjà implicitement admis le pouvoir sanctionnateur conféré à cet organisme* », Roland DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *J.C.P.* 1987, I, 3300.

¹⁶³ Pouvoirs de sanction du Conseil de la concurrence : C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8 ; *A.J.D.A.* 1987, p. 345, note CHEVALLIER ; *J.C.P.* 1987, II, 20854, note SESTIER ; *P.A.* 12 fév. 1987, note SELINSKY ; *Gaz. Pal.*, 1987, doct., 1.209, comm. LEPAGE-JESSUA ; *R.F.D.A.* 1987, p. 287, note GENEVOIS ; *R.D.P.* 1987, p. 1341, note GAUDEMET ; *D.* 1988, p. 117, note LUCHAIRE.

¹⁶⁴ Pouvoirs de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel : C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18 ; Bruno GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *R.F.D.A.* 1989, p. 220.

¹⁶⁵ Pouvoirs de sanction de la C.O.B. : C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* p. 71.

¹⁶⁶ « Loi 23 du 21 mars 1991, *Par laquelle on crée des mécanismes pour désencombrer les juridictions et on promulgue d'autres dispositions. Article 1. Les inspecteurs pénaux de police ou les inspecteurs de police, là où ceux-ci n'existent pas ou les maires, à défaut des autres, connaîtront en première instance les contraventions spéciales à voir : (...)* », cf. Sentence C-212/94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ.

¹⁶⁷ « *Le juge administratif a perdu son double monopole de « législateur administratif » et d'arbitre des différends avec l'administration* », Yves GAUDEMET, « Crise du juge et contentieux administratif en droit français », *loc. cit.*, p. 98.

prévention du contentieux. La vision juridictionnelle du contentieux s'expliquait, théoriquement, sur une séparation absolue des pouvoirs. L'attribution de fonctions contentieuses aux autorités administratives a révélé, qu'en réalité, la fonction contentieuse est exercée conformément à la distribution multi-organique des fonctions.

Sous-section 2. L'exercice multi-organique des fonctions

L'interprétation classique de la séparation des pouvoirs s'avère non seulement irréaliste, dans les faits, tant en France qu'en Colombie, mais aussi source d'inefficacité. La séparation des pouvoirs reste néanmoins considérée comme un principe fondamental du droit public des deux États, sans faire obstacle à l'activité contentieuse de l'administration. Dès lors, une interprétation différente de l'organisation du pouvoir est nécessaire : les différentes fonctions de la puissance publique ne sont pas réservées séparément à chacun des organes du pouvoir ; les différentes fonctions du pouvoir public, dont la fonction normative et la fonction contentieuse, sont exercées par les différents organes du pouvoir, indépendamment de sa nature législative, exécutive ou juridictionnelle. Cependant, les effets juridiques des actes résultant de l'exercice des fonctions sont différents en raison de l'organe qui a exercé la fonction. Dès lors, chaque fonction ne répond pas à un exercice uni-organique, conformément à l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs. Les différentes fonctions du pouvoir sont des instruments au service des missions confiées aux organes du pouvoir¹⁶⁸, déterminant un exercice multi-organique des différentes fonctions¹⁶⁹. Le constat de l'exercice multi-organique des fonctions du pouvoir public (§1) ne saurait, néanmoins, être interprété comme une absence des limitations à l'exercice multi-organique (§2).

§1. Le constat de l'exercice multi-organique des fonctions du pouvoir public

De nombreuses autorités, pas seulement administratives, disposent de compétences n'appartenant pas, en principe, à leur fonction principale : le Parlement n'exerce pas toute la fonction normative et seulement la fonction normative ; les autorités administratives n'exercent pas toutes les fonctions de gestion et seulement la fonction de gestion ; les juridictions n'exercent pas toute la fonction contentieuse et seulement la fonction contentieuse. Or, la fonction normative et la fonction de gestion ne font pas l'objet de cette étude. Il existe, en droit administratif français et colombien, de nombreuses autorités cumulant des fonctions (A) dont la fonction contentieuse. L'exercice non juridictionnel de la

¹⁶⁸ « Les actes juridiques sont, parmi d'autres, et notamment les actes matériels, des moyens à la disposition des gouvernants dans l'exercice de leurs diverses fonctions. Selon qu'ils se proposent tel ou tel résultat, les organes de l'État choisiront, dans la gamme des procédés que leur offre l'arsenal juridique, celui qui leur paraît adéquat. Mais en aucun cas on ne peut considérer que le recours à telle catégorie d'actes juridiques soit le privilège exclusif d'une fonction », Georges BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *loc. cit.*, p. 209.

¹⁶⁹ La Cour constitutionnelle colombienne reconnaît que l'exercice multi-organique des fonctions concerne toutes les autorités publiques : « La Constitution prévoit que l'exercice des fonctions constitutionnelle, législative, administrative et judiciaire peut être confié à différents organes de l'État », C.c.c. Sentence T-660-03, 6 août 2003, M.R. Jaime CORDOBA.

fonction contentieuse, comme une manifestation de l'exercice multi-organique des fonctions du pouvoir, est mis en évidence par l'application matérielle des garanties contentieuses (B).

A. Les autorités cumulant des fonctions

La réalité institutionnelle française et colombienne révèle que les différentes fonctions de l'État, notamment la fonction contentieuse, ne sont pas assignées, de façon différenciée et absolue, à chacune des branches du pouvoir. Les différentes fonctions de la puissance publique sont atomisées dans des organes appartenant à des branches différentes du pouvoir, conduisant, par là, au cumul des fonctions au sein d'une seule autorité. Cette situation fait penser aux autorités de régulation (1) qui ont, pour une large partie, la nature d'autorités administratives indépendantes. Or, même si avec ces nouvelles autorités le cumul résultant de l'exercice multi-organique des fonctions est devenu tangible, le cumul n'est pas une nouveauté (2).

1. Les autorités de la régulation

Ce genre d'autorités spéciales serait né en Suède, au XVIIe siècle¹⁷⁰, sous la forme des « *åmbetsverk* »¹⁷¹ ou agences dont le nombre a atteint quelque 1 300 en 1990. Ces administrations collégiales et indépendantes ont connu un développement spectaculaire aux États-Unis, sous la forme des « *agences* », créées dès la fin du XIXe siècle¹⁷² et au Royaume-Uni, sous la forme des « *quangos* », (*quasi-autonomous non governmental organisations*)¹⁷³. On compte dans ces quangos, notamment l'*Independent Broadcasting Authority*, remplacée par l'*Independent Television Commission*¹⁷⁴ créée par le *Broadcasting Act* de 1990¹⁷⁵. Ce modèle s'est répandu dans deux vagues de création d'autorités de régulation (a) faisant partie d'une catégorie hétérogène, caractérisée par le cumul de fonctions (b).

a. Les deux vagues de création des autorités de régulation

¹⁷⁰ Lorenzo CASINI, « Le agenzie amministrativa », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 53, n° 2, 2003, p. 393. Cf. Gregorio ARENA, « L'esperienza delle agenzie nel sistema amministrativo svedese », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, p. 69 suiv.; Nils HERLITZ, « Le droit administratif suédois », *Rev. Int. Sc. Adm.*, 1953, p. 533 suiv.

¹⁷¹ En particulier, la Constitution de 1634 a créé cinq collèges *åmbetsverk* comme des organes spécialisés dans des affaires administratives.

¹⁷² La première agence a été l'*Interstate Commerce Commission*, I.C.C., créée en 1887 pour réguler le secteur ferroviaire. Ce fut seulement après l'approbation de la *Hepburn Act* de 1906 que la ICC devint une agence vraiment indépendante. Celle-ci a été supprimée le 31 décembre 1995.

¹⁷³ L'expression « *quangos* » ne semble pas correcte : « Soit est critiqué le caractère fallacieux de l'expression : absence d'autonomie réelle (que signifie « *quasi-autonomous* » ?) et appartenance à l'administration (donc pas " *non governmental* ") », Marie-José GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J., 1991, p. 33.

¹⁷⁴ Cf. Jacques MOUSSEAU, « La télévision en Grande-Bretagne », *Communication et langages*, n° 78, 1998.

¹⁷⁵ SENAT, « Les instances de régulation de l'audiovisuel et la déontologie des programmes », rapport du Service des affaires européennes, janvier 1997.

Ces autorités ont été créées en France à la fin des années 60¹⁷⁶ ; mais, elles se sont développées dans les années 70 où, pour la première fois, l'expression d'autorité administrative indépendante est utilisée¹⁷⁷. La création de la C.N.I.L., au lieu d'assigner cette régulation aux juridictions, est alors perçue comme un symptôme de la crise du modèle juridictionnel¹⁷⁸. Les années 70 constituent la première vague de développement de ces autorités dans le monde. Une deuxième vague d'instauration des autorités de régulation se présente dans les années 90. C'est dans cette deuxième vague que la Constituante colombienne de 1990 crée directement, dans la Constitution de 1991, deux organes indépendants : la Commission nationale de la télévision (article 76-77¹⁷⁹) et la Banque de la République (article 371), chargée de la direction de la politique monétaire. Or, la jurisprudence constitutionnelle a découvert l'existence d'autres organes « *autonomes* », d'un point de vue constitutionnel : la Commission nationale du service civil¹⁸⁰ et les corporations autonomes régionales, C.A.R., chargées de l'exécution de la politique environnementale : la Constitution a créé directement celle du « *Río Grande la Magdalena* » (article 331), tout en déterminant l'autonomie générale de ces organes (article 150-7 et 287)¹⁸¹. Toujours dans cette deuxième vague de création des autorités de régulation, le Président de la République, autorisé par l'article 20 transitoire de la Constitution¹⁸², a créé, en 1992, trois commissions de régulation¹⁸³ au sein des ministères qu'il restructurait¹⁸⁴. Ces commissions ont été reformées, en 1994¹⁸⁵, par des mesures qui ont renforcé leur « *indépendance administrative, technique et*

¹⁷⁶ Sous l'influence de l'exemple états-unien de la *Securities and Exchange Commission* (S.E.C.), l'ordonnance du 28 septembre 1967 a créée la Commission des opérations de bourse (C.O.B.), qui, ultérieurement serait considérée comme une A.A.I.

¹⁷⁷ La loi 78-17 du 6 janvier 1978 a créée la Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.) qui a été qualifiée dans la même loi (art. 8), comme une autorité administrative indépendante.

¹⁷⁸ « *On note parfois un 'déclin du contentieux administratif' ; de même, les instances de médiation semblent se multiplier au détriment des procédures juridictionnelles. Ces nouveaux droits tels que le droit à l'information sont un terrain d'élection de ce phénomène. Mais, entre ces commissions et le juge, mieux vaudrait parler de complémentarité des rôles* », François HAMON et Herbert MAISL, « L'urgence et la protection des libertés contre l'administration », *D.* 1982, chron. VII, p. 54.

¹⁷⁹ L'acte n° 2 de réforme de la Constitution, du 21 juin 2011, a abrogé l'article 76 de la Constitution, en enlevant ainsi le statut constitutionnel à la Commission nationale de la télévision. De même, l'art. 3 de l'acte de réforme créa un article transitoire donnant un délai de six mois au Parlement pour voter une loi concernant la régulation de la télévision et attribuant la compétence de la Commission à d'autres autorités administratives. Cette loi a été votée le 16 décembre 2011, créant une Agence nationale de télévision.

¹⁸⁰ Cf. C.c.c. Sentencia C-372-99, 26 mai 1999, M.R. JOSE HERNANDEZ.

¹⁸¹ L'appel des décisions des C.A.R. devant le ministre est contraire à l'autonomie constitutionnelle de ces organes : C.c.c. Sentence C-554-07, 25 juillet 2007, M.R. Jaime ARAUJO.

¹⁸² L'art. 20 transitoire, autorisait le gouvernement pour que, dans une période de 18 mois et, sous avis d'une Commission spécialement conçue à cette fin, il supprime, fusionne et restructure des autorités de la branche exécutive du pouvoir, afin de les mettre en accord avec la nouvelle Constitution.

¹⁸³ Cf. Ricardo Hoyos, « Las comisiones de regulación en Colombia », in *El derecho público a comienzos del siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. II, Thomson, civitas, Madrid, 2003, p. 1403-1419.

¹⁸⁴ Le décret n° 2119 du 29 décembre 1992, *Portant restructuration du ministère des Mines et de l'Énergie*, crée la Commission de régulation énergétique (art. 10). Le décret n° 2122 du 29 décembre de 1992, *Portant restructuration du Ministère des Communications*, crée la Commission de régulation des télécommunications (art. 2) et le décret n° 2152 du 30 décembre 1992, *portant restructuration du Ministère du développement économique*, crée la Commission régulatrice de l'eau potable et de l'assainissement basique (art. 58). L'art. 19 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009 a transformé la Commission de régulation des télécommunications en la Commission de régulation des communications.

¹⁸⁵ La loi n° 143 de 1994 a transformé la Commission de régulation énergétique en Commission de régulation de l'énergie électrique et du gaz. La loi n° 142 du 11 juillet 1994 a précisé que les fonctions des commissions de régulation appartiennent au Président de la République qui les délègue à ces commissions. Les fonctions du Président sont celles prévues à l'art. 370 de la Const.c. : « (...) déterminer conformément à la loi, les politiques générales d'administration et de contrôle d'efficacité des services publics domiciliaires (...) ».

patrimonial »¹⁸⁶.

Dans les deux États, les autorités de régulation constituent une catégorie très hétérogène. Elle est constituée par des autorités créées pour différentes raisons pratiques, adaptées sur mesure aux circonstances et qui motivaient, au besoin, leur création, notamment les autorités administratives et publiques indépendantes¹⁸⁷. D'autres autorités de régulation font partie de l'administration classique, comme c'est le cas des commissions de régulation colombiennes qui sont liées au ministère et ont la nature juridique d'une « *unité administrative spéciale* »¹⁸⁸. Cette même nature, contraire à la catégorie des autorités administratives indépendantes, est celle des nombreuses « *agences* » créées récemment en Colombie, notamment, la agence nationale du spectre électromagnétique¹⁸⁹, l'agence nationale pour vaincre la pauvreté¹⁹⁰ ou l'agence nationale des contrats administratifs¹⁹¹.

b. Une catégorie hétérogène, caractérisée par le cumul de fonctions

Une large partie de ces autorités de régulation se caractérise par le cumul de fonctions

¹⁸⁶ Art. 69 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994, *Loi des services publics domiciliaires*. La Commission de régulation des communications est une unité administrative spéciale, jouissant d'indépendance administrative, technique et patrimoniale, d'après l'art. 19 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009.

¹⁸⁷ « *Si les autorités administratives indépendantes se caractérisent aujourd'hui par l'hétérogénéité de leurs statuts, c'est parce que chacune d'entre elles a été conçue comme une réponse pragmatique de l'État à une question spécifique* », Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 83. Dans le même sens Franck MODERNE, « Les modèles étrangers », in *Les autorités administratives indépendantes*, P.U.F., Paris, 1988, p. 221. La diversité des Agences états-uniennes est aussi expliquée par le pragmatisme de sa création : Marie-José GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 29.

¹⁸⁸ Il s'agit d'autorités disposant d'une certaine autonomie financière et technique ; mais, elles n'ont pas le statut d'une autorité administrative indépendante au sens français du terme. Elles sont « *adscrites* » à un ministère et une partie de leurs membres est nommée par le Président. Il y a des représentants de l'administration ministérielle qui y siègent de plein droit, notamment le ministre de la Matière. Cette présence (art. 68 loi n° 142 du 11 juillet 1994) a été validée constitutionnellement (C.c.c. sentence C-272, du 3 juin 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ). D'après la Cour, l'absence d'indépendance des Commissions est normale, dans la mesure où ces fonctions appartiennent constitutionnellement au Président de la République et, par conséquent, elles doivent rester, d'une certaine manière, sous son contrôle. Cf. Jaime VIDAL, « Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana », in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 4, janv.-déc., 2000, p. 436.

¹⁸⁹ La loi n° 1444 du 4 mai 2011 a conféré des facultés extraordinaires au Président de la République pour modifier la structure de l'administration, par des actes ayant force de loi. Grâce à cette autorisation, de nombreuses Agences ont été créées en droit colombien. Par exemple, le décret n° 4162 du 3 novembre 2011, modifie la nature juridique de l'Agence nationale du spectre électromagnétique, créée par la loi n° 1341 de 2009, disposant à l'art. 2 qu'il s'agit d'une unité administrative spéciale que, disposant de la personnalité morale, de l'autonomie financière et administrative, elle est néanmoins sous la tutelle du Ministère des technologies de l'information et des communications.

¹⁹⁰ L'Agence nationale pour vaincre la pauvreté, créée par le décret n° 4160 du 3 nov. 2011, est aussi une unité administrative spéciale et son directeur général est discrétionnairement nommé et démis par le Président de la République (art. 4 du décret n° 4160).

¹⁹¹ L'Agence nationale pour les contrats administratifs a été créée par le décret n° 4170 du 3 nov. 2011, en tant qu'une unité administrative spéciale. Cette agence est dirigée par un Conseil d'administration intégrée par des agents du Président de la République, notamment le directeur nationale de planification et certains ministres. Le directeur général de l'Agence est discrétionnairement nommé et démis par le Président de la République (art. 8 du décret n° 4170).

opérées. Elles cumulent, notamment, la fonction normative, par la voie réglementaire ; de gestion, par la voie de l'autorisation et la recommandation ; et, contentieuse, par la voie de la sanction.

Les autorités administratives indépendantes françaises, d'abord considérées comme des autorités morales¹⁹², se sont vues progressivement dotées des pouvoirs de sanction à partir de la deuxième partie des années 80¹⁹³, ainsi que des pouvoirs de résolution des litiges¹⁹⁴, tout en restant des autorités administratives : il n'existait que la Commission bancaire qui, par disposition législative, se transformait en juridiction lorsqu'elle sanctionnait¹⁹⁵. Par là, les autorités indépendantes sont venues troubler la formule jurisprudentielle, considérant que la sanction disciplinaire était juridictionnelle par nature¹⁹⁶. De même, certaines autorités régulatrices se sont aussi vues doter, à partir des années 70, d'un pouvoir réglementaire¹⁹⁷. Mais, cette tendance a été sinon arrêtée, du moins encadrée par le Conseil constitutionnel qui, tout en validant le principe du pouvoir réglementaire des autorités administratives autres que le Premier ministre, a précisé que le pouvoir réglementaire de ces autorités ne peut être ni supérieur à celui du Premier ministre¹⁹⁸ ni son domaine être trop étendu¹⁹⁹ ou revêtir une « portée excessive »²⁰⁰. Un certain nombre de ces autorités s'est ainsi vu confier un pouvoir réglementaire spécial ; mais, limité²⁰¹. Plus

¹⁹² « (...) on est amené à constater qu'elles sont assez chichement dotées en pouvoirs de nature juridique (...) », François GAZIER et Yves CANNAC, « Les autorités administratives indépendantes », *études et documents*, Conseil d'État, n° 35, 1983-1984, p. 21.

¹⁹³ La C.O.B. a été dotée des pouvoirs de sanction par la loi du 2 août 1989. La loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 a doté le C.S.A d'un pouvoir de sanction pécuniaire (art. 19). De même, le C.M.F. par la loi du 2 juillet 1996 s'est vu confier un pouvoir de sanction, de même que l'A.R.T. (art. L. 36-11 C.P.C.c.) et la C.R.E.

¹⁹⁴ Le code des postes et communications électroniques (Code P.C.E.) dispose que l'A.R.C.E.P. peut connaître notamment, des litiges relatifs aux dispositions tarifaires et techniques des contrats dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel d'envoi de correspondances (Art L. 5-4). En outre, « la CRE a aussi une fonction contentieuse (Art. 38). Elle est chargée de trancher les litiges (...) » entre les gestionnaires et utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution liés à l'accès aux dits réseaux ou à leur utilisation... », Laurent RICHER, « Commentaire de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *A.J.D.A.* 2000, p. 239.

¹⁹⁵ Art. 48 loi n°84-46 du 24 janvier 1984. Cf. Monique CONTAMINE-RAYNAUD, « La Commission bancaire, autorité et juridiction », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, Paris, 1996, p. 407. Or, l'ordonnance du 21 janvier 2010 fusionne la C.O.B. dans la nouvelle Autorité de contrôle prudentiel, qualifiée comme une autorité administrative indépendante dont les décisions de sanction sont l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'État : art. L. 612-16.-IV du code monétaire et financier.

¹⁹⁶ C.E.f. Ass., 12 déc. 1953, *de Bayo*, *A.J.*, 1954, 2, p. 138, note DE SOTO. L'arrêt d'Aillières justifie le caractère juridictionnel en raison, notamment, des pouvoirs de l'organe : C.E.f. Ass., 7 fév. 1947, *d'Aillières*, *Rec.*, p. 50, *R.D.P.* 1947, p. 68 note WALINE et p. 81, concl. ODENT.

¹⁹⁷ La C.N.I.L. disposait d'un pouvoir réglementaire depuis 1978 (art. 6 loi n° 78-17 du janvier 1978) ; mais, le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de ce pouvoir avec l'art. 21 de la Const.f. Cf. C.E.f. 12 mars 1982, *CGT*, *Rec.*, p. 107 ; *A.J.D.A.* 1982, p. 541, concl. DONDOUX ; *R.D.P.* 1982, p. 1697, note AUBY. De même la H.A.C.A. (Haute Autorité de la communication audiovisuelle) disposait de ce pouvoir (loi n° 82-652 du 29 juillet 1982, art. 14, n° II et III) ; mais, ni les sénateurs n'ont attaqué la constitutionnalité de ce pouvoir, ni le Conseil constitutionnel a soulevé le moyen d'office : C.c.f. Décision n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *loi sur la communication audiovisuelle*, *Rec.*, p. 48.

¹⁹⁸ Concernant le pouvoir réglementaire de la C.N.C.L. Art. 16 loi 86-1067 du 30 septembre 1986 : C.c.f. Décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986 § 58, *A.J.D.A.* 1987, p. 102, note WACHSMANN ; *R.A.*, 1987, p. 563, chr. ETIEN. De même Cf. C.c.f. Décision n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, § 37, *Rec.*, p. 129.

¹⁹⁹ Le pouvoir réglementaire du C.S.A. a été conféré par la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 relative à la liberté de communication : C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, § 14-16, *Rec.*, p. 18 et C.c.f. Décision n° 91-304 DC, 15 janvier 1992, § 13, *Rec.*, p. 18.

²⁰⁰ Jean-Louis AUTIN, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel », *R.A.*, 1989, p. 224.

²⁰¹ Le C.B.V. disposait d'un pouvoir réglementaire qui n'était pas contraire à la Constitution : C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, § 31, *Rec.* p. 71. L'A.R.T. dispose aussi du pouvoir réglementaire sous contrôle ministériel

largement, l'acceptation du pouvoir réglementaire des autorités administratives a dû être compris comme une manifestation de l'exercice multi-organique de la fonction normative, étant entendu que le législateur ne dispose pas d'un monopole sur cette fonction²⁰².

Dans le cas colombien, les commissions de régulation disposent aussi d'un pouvoir réglementaire²⁰³. Par exemple, la Commission de régulation des télécommunications²⁰⁴ cumulait ce pouvoir avec d'autres fonctions, dont celle de régler les conflits entre les opérateurs du service des télécommunications²⁰⁵.

Les autorités françaises de régulation et les commissions colombiennes de régulation cumulent différentes fonctions et, en cela, elles s'apparentent aux agences américaines des États-Unis. Celles-ci cumulent d'importants pouvoirs contentieux, tant de sanction que de résolution des litiges entre des administrés²⁰⁶. Il s'agit d'autorités chargées, en même temps, de faire des règles et de les exécuter (*law-making and adjudicatory Authority*). Les pouvoirs contentieux des agences se recoupent souvent avec la compétence des cours judiciaires, engendrant par là un véritable conflit de compétences²⁰⁷. Ce cumul des fonctions avec la fonction contentieuse a été validé par la Cour suprême des États-Unis, par des décisions qui ont progressivement élargi le champ d'intervention contentieuse des agences²⁰⁸.

prévu par l'art. 6 de la loi n° 96-659. Cf. C.c.f. Décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, § 12, *Rec.*, p. 99 et C.c.f. Décision n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, § 7, *Rec.*, p. 107. D'autres autorités ont un pouvoir réglementaire encore plus limité, car il est soumis à l'approbation (homologation) du ministre. Tel était le cas de la C.O.B. et aujourd'hui de l'A.M.F. (art. L- 621-6 du code monétaire et financier).

²⁰² Considéré « *matériellement législatif* », le pouvoir réglementaire avait aussi été contesté au titre de la séparation des pouvoirs : « *puisque il se rattache à la catégorie matérielle des activités législatives, le pouvoir réglementaire constitue une dérogation au principe de la séparation des fonctions (...) le pouvoir réglementaire se présente ainsi comme une collaboration utile et même nécessaire (...)* », André de LAUBADERE, *Cours de Droit constitutionnel et d'institutions politiques – Licence 1^{re} année*, Les cours de droit, Paris, 1955-1956, p. 569-570. On a pu ainsi affirmer : « (...) *le pouvoir réglementaire, cette sorte d'enfant illégitime de la séparation des pouvoirs (...)* », Michel FROMONT, « préface » à *La naissance du pouvoir réglementaire*, (Michel VERPEAUX), P.U.F., Paris, 1991.

²⁰³ L'art. 87 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994 confie aux commissions de régulation la détermination générale de la méthodologie de fixation des tarifs des services publics, conformément aux principes constitutionnels. Cette compétence est critiquée: Enrique GIL, « La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial », *Revista digital de Derecho administrativo – Universidad Externado de Colombia*, n° 3, 2009, p. 14.

²⁰⁴ L'art. 19 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009 a transformé la Commission de régulation des télécommunications en la Commission de régulation des communications.

²⁰⁵ Décret 2122 de 1992, art. 4, Fonctions de la Commission, n° 4 : « *Proposer et donner des solutions de caractère administratif aux conflits pouvant se présenter entre les opérateurs des services de télécommunications, dans les affaires où l'intervention du ministère des Communications soit obligatoire, afin de garantir les principes de la libre et la loyale concurrence et d'efficience du service* ».

²⁰⁶ La première agence à se voir attribuer le pouvoir de « *adjudication* » a été la *Federal Trade Commission*, F.T.C., créée en 1914 par le *Federal Trade Commission Act*, en matière de concurrence déloyale et anti trust.

²⁰⁷ La jurisprudence a créé la théorie de la *Primary Jurisdiction* (affaire *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co.*, 204 U.S., 426, 1907) donnant la possibilité aux cours de décider au cas par cas, dans la logique des « *comparative advantages* » entre le tribunal et l'agence.

²⁰⁸ L'art. III de la Constitution des États-Unis dispose que le pouvoir judiciaire est assigné aux juges. Cette disposition semblait interdire les fonctions contentieuses des agences indépendantes. L'affaire *Crowel vs. Benson*, (285, U.S., 22), de 1932, a validé la constitutionnalité des pouvoirs de l'*United States Employees Compensation Commission* ayant compétence pour décider sur l'indemnisation des employés en raison des dommages provoqués en raison du travail. La décision de 1932 fait recours à une différence faite en 1855 (*Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Company*, 59 US, 272, 1855) entre l'« *adjudication* » concernant des « *public rights* » et celle des « *private rights* », car la réserve juridictionnelle ne concerne que les « *private rights* ». Or, la décision de 1932 accepte les pouvoirs d'« *order adjudication* » des agences à l'égard des « *private rights* », dans la mesure où

2. Le cumul n'est pas une nouveauté

Il est vrai que les autorités de régulation concentrent différentes compétences à un point tel que la fonction de régulation pourrait être définie précisément par ce cumul des différents pouvoirs²⁰⁹. Néanmoins, le cumul des fonctions n'est ni une nouveauté ni une anomalie propre aux autorités administratives indépendantes, aux autorités publiques indépendantes, aux autorités constitutionnelles indépendantes ou, plus largement, propre aux autorités²¹⁰. Si le cumul est classique (a), la nouveauté c'est l'indépendance (b).

a. Le cumul est classique

Pour démontrer que le cumul des fonctions n'est pas une nouveauté, il suffirait de faire appel aux institutions romaines où le préteur est le symbole d'un fonctionnaire qui exerce des fonctions administratives et de résolution des litiges. Néanmoins, le cumul des fonctions n'est pas simplement une donnée historique, puisque des institutions créées avant les autorités administratives indépendantes cumulaient différentes fonctions dont la fonction contentieuse.²¹¹

« *Nombre d'organes qui nous sont familiers mêlent allègrement le législatif au judiciaire et à l'exécution des lois* »²¹². Les ordres professionnels cumulent les pouvoirs de réglementation, de décision de recours administratifs contre le refus d'inscription au tableau

les « *Courts* » conservent un pouvoir suffisant de « *review* » et où ils se limitent à des pouvoirs d'enquête « *fact finders* ». Mais, une décision de 1982 (*Northern Pipeline Construction Co. Vs. Marathon Pipe Line Co.* 485 U.S. 50, 1982) accepte que la fonction de « *adjudication* » des agences ne se limite pas aux « *initial fact-finders* ». Cf. Richard PIERCE, Sidney SHAPIRO et Paul VERHUIL, *Administrative Law and process*, 2^e éd. University Textbook Series, The Foundation press, New York, 1992, p. 73.

²⁰⁹ « (...) *la régulation suppose en effet le recours à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non juridiques (...)* », Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), L.G.D.J. 1998, p. 38. « *Plus largement, le cumul (...) de pouvoirs qui devraient apparemment être séparés s'explique aujourd'hui par la fonction de régulation* », Pierre DELVOLVE, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », in *P.A.* 17 septembre 2001, n° 185, p. 18. « *La particularité supplémentaire de la régulation est de réaliser une unité rarement observée ailleurs. Tous les pouvoirs juridiques classiques – en eux-mêmes d'une grande banalité – sont réunis en une seule main : celui qui définit la règle l'applique ; celui qui l'applique enquête sur son respect ; celui qui enquête tranche les différends à l'issue d'un quasi-procès ; et pour couronner l'édifice, le même sanctionne, à l'aide de mesures ou d'amendes suffisamment lourdes pour être redoutées* », Thierry TOUT, « La planète des sages », in *Notre État : Le livre vérité de la Fonction Publique*, Roger FAUROUX et Bernard SPITZ (dir.), éd. Robert Laffont, Paris, 2001, p. 694.

²¹⁰ Le Parlement exerce aussi des fonctions contentieuses et des fonctions administratives, notamment la conclusion des contrats. De même, les juridictions prennent notamment des décisions administratives. « *L'activité de la branche législative du pouvoir public comprend, dans les termes de la Constitution, une fonction constituante, législative au sens strict, de contrôle politique, judiciaire, électorale, administrative, de contrôle public et de protocole* », C.c.c. Sentence C-025-93, 4 fév. 1993, M.R. Eduardo CIFUENTES.

²¹¹ « *On sait qu'à toutes les époques du droit romain, le même magistrat exerce cumulativement la fonction administrative et la fonction judiciaire, il a en même temps l'imperium et la jurisdictio. Sans doute le préteur est plus spécialement chargé de la fonction judiciaire ; mais il n'est point étranger à l'administration ; et le consul n'est point étranger à la justice* », Léon DUGUIT, « Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique », *loc. cit.*, p. 23.

²¹² Yves GAUDEMET, « Toujours à propos du Médiateur », *A.J.D.A.* 1987, p. 520.

de l'ordre et de sanction²¹³. Lorsque la régulation était le fait des ministères, les ministres cumulaient normalement différents pouvoirs, notamment celui de réglementation et de sanction administrative²¹⁴, comme c'était le cas du ministre français de l'Économie et des Finances qui décidait les sanctions proposées par la Commission de la concurrence²¹⁵ ou du ministre colombien de l'Encouragement à l'économie disposant d'un pouvoir de sanction²¹⁶. De même, en droit colombien, en 1971, le Conseil d'État a pris en considération l'exercice multi-organique des fonctions produisant le cumul afin d'accepter le contrôle des actes administratifs pris par le Parlement, conformément au critère matériel²¹⁷. Ce critère matériel est devenu, en 1984, le critère principal de la fonction administrative, ainsi que de la compétence de la juridiction du contentieux administratif²¹⁸, ce qui a permis de reconnaître l'existence de la fonction administrative en dehors de la branche exécutive du pouvoir, notamment au sein du Parlement²¹⁹ et des juridictions²²⁰.

b. La nouveauté c'est l'indépendance

²¹³ Mise à part la compétence réglementaire des ordres professionnels, organismes privés chargés d'une mission de service public (C.E.f. Sect. 13 janvier 1961, *Sieur Magnier*, Rec., p. 33), les compétences d'inscription au tableau et de sanction disciplinaire ont donné lieu à des qualifications différentes par la jurisprudence. Des décisions prises en matière d'inscription au tableau, notamment de décision des recours contre le refus d'inscription, avaient été considérées comme juridictionnelles (C.E.f. 2 fév. 1945, *Moineau*, Rec., p. 27 ; D. 1945, p. 269, note COLLIARD ; S., 1946, 3, p. 9, note L'HUILLIER) ; alors que ce même genre de décisions avait été considéré comme de nature administrative à l'égard d'autres ordres professionnels (par exemple, pour les géomètres-experts : C.E.f. 28 juill. 1952, *Jozet*, Rec., p. 431. Pour les pharmaciens : C.E.f. Sect., 10 fév. 1950, *Cons rég de l'Ordre des pharmaciens de la 18^e région sanitaire*, Rec., p. 98 et pour les architectes : C.E.f. Sect. 14 juin 1946, *Van den Veegaete*, Rec., p. 167 et C.E.f. 16 avril 1951, *Lhéritier de Chézelle*, Rec., p. 98). En matière disciplinaire, les décisions des sections disciplinaires des ordres professionnels étaient parfois qualifiées d'administratives (C.E.f. 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec., p. 86 ; D. 1944, p. 52, concl. LAGRANGE, note DONNEDIEU de VABRES ; S. 1944, 3, p. 31, note MESTRE ; J.C.P. 1944, II, 2565, note CELIER) ou, par l'adoption d'autres critères, comme des décisions juridictionnelles (C.E.f. Sect. 2 fév. 1945, *Moineau*, Rec., p. 27 ; D. 1945, p. 269, note COLLIARD ; R.T.D.Civ. 1945, p. 291, note VIZIOZ ; S. 1946, III, p. 9, note L'HUILLIER). La décision *de Bayo*, considère que les décisions en matière d'inscription au tableau sont administratives, alors que les sanctions disciplinaires sont juridictionnelles (C.E.f. Ass. 12 déc. 1953, *de Bayo*, A.J., 1954, 2, p. 138, note DE SOTO).

²¹⁴ Ce cumul des fonctions, sans indépendance était critiqué : « *On a estimé que chaque ministère était mû souvent par l'aiguillon de clientèles. On a fait florès de la formule ' juge et partie ' (...) il a paru nécessaire de rechercher des institutions (jouissant de l')indépendance à l'égard du politique* », Daniel VAILLANT, « Réflexions sur l'action administrative et sa sanction », A.J.D.A. n° spécial *Les sanctions administratives*, 2001, p. 9.

²¹⁵ En matière de sanctions, cette fonction d'avis auprès du ministre appartenait à la Commission technique des ententes, créée par le décret du 9 août 1953 et elle a été transférée à la Commission de la concurrence, créée par la loi du 19 juillet 1977.

²¹⁶ La loi attribuait la compétence au Ministère de « *formento* » en matière de méconnaissance des lois contre la concurrence déloyale : art. 8-11 de la loi 115 de 1959. L'art. 2 du décret 3307 de 1963 transfère ces fonctions à la Surintendance de la Régulation économique qui est ultérieurement transformée en tant que Surintendance de l'Industrie et du Commerce.

²¹⁷ « *En droit colombien, il existe des activités que la Constitution a assigné directement aux différentes branches du pouvoir, même si ces fonctions ne leur correspondent pas par leur nature. Ainsi, par exemple, lorsque les cours ou les tribunaux font une élection, l'acte est administratif, non juridictionnel. De même, lorsque le Congrès élit certains fonctionnaires (...) célèbre un contrat, ordonne un paiement (...) les actes pris sont administratifs, en dépit du fait qu'ils émanent des chambres ou de leurs commissions ou de leurs désignés* », C.E.c. I^{re} Chambre, Sentence du 22 octobre 1971, affaire n° 1506, C.R. Lucrecio JARAMILLO. Cela est confirmé par C.E.c. I^{re} Chambre, Sentence du 28 octobre 1977, C.R. Carlos GALINDO, XCIII, 455 et 456, 203. Cf. Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, op. cit., p. 130 et t. III, op. cit., p. 122.

²¹⁸ « *Les normes de cette première partie du code s'appliquent aux organes, corporations et dépendances des branches du pouvoir public dans tous les niveaux (...) de même qu'aux entités privées, lorsque les unes et les autres exercent des fonctions administratives* », art. I, C.C.A. Ce contenu est conforme à l'art. 2 du C.P.A.C.A.

²¹⁹ La Cour constitutionnelle a aussi reconnu les fonctions administratives du Parlement : C.c.c. Sentence C-830-01, 8 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO.

²²⁰ « *Les sanctions que le juge impose aux employés de son bureau ont un contenu et une essence administrative et ces actes sont administratifs, pouvant être contestés par des recours administratifs et des actions du contentieux administratif* », C.c.c. Sentence T-351-93, 30 août 1993, M.R. Antonio BARRERA.

Ce n'est pas avec la création des autorités de régulation que l'exercice multi-organique du pouvoir est né. Ces autorités nouvelles ont poussé le cumul de fonctions à un niveau tel que la contradiction avec l'interprétation classique de la séparation des fonctions du pouvoir, existant bien avant, est mise en évidence. L'indépendance souvent attribuée aux autorités de régulation n'a fait qu'aggraver les craintes issues de l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs ; les autorités indépendantes sont accusées d'« *absolutisme administratif* »²²¹. Aux États-Unis, un débat parlementaire autour des agences avait conduit à la formation d'une commission présidée par Louis BROWNLOW²²². Le rapport en résultant dénonce l'existence d'un « *quatrième pouvoir « sans tête* » »²²³ qui méconnaît les fondements de la Constitution²²⁴. Dans le même sens, la création de ces autorités cumulant diverses fonctions a été considérée, par le Conseil d'État colombien, comme contraire à la séparation des pouvoirs²²⁵, comme une « *copie infortunée du système anglo-saxon* »²²⁶.

L'importation de ces autorités dans le système français aurait, de même, importé les débats qui s'étaient développés aux États-Unis : l'assignation des fonctions de sanction à des autorités indépendantes est considérée comme une violation au prétendu monopole de la juridiction sur la sanction, qui découlerait de l'article 66 de la Constitution quand la répression relève de l'autorité judiciaire²²⁷. De même, l'existence de sanctions en dehors de l'autorité judiciaire, ainsi que le cumul des fonctions de réglementation et de sanction s'opérant au sein de certains de ces autorités, a été contesté devant le Conseil constitutionnel²²⁸. Non seulement

²²¹ « *Il s'agit du genre d'absolutisme administratif qui a été dénoncé au sein des assemblées démocratiques d'Amérique, comme étant caractéristique du totalitarisme des pouvoirs d'Europe centrale* », Court of Appeals, 9th circuit heard, affaire *N.L.R.B. vs. Sterling Electric Motors*, 7 mai 1940, 109 F. 2d 194.

²²² Politologue et professeur de science administrative appelé en 1936 par le Président ROOSEVELT pour former une commission de réforme de la branche exécutive (Comité de gestion administrative) avec Charles MERRIAM et Luther GULLICK.

²²³ Le rapport BROWNLOW, *Rapport du President's Committee on Administrative Management*, Washington, 1937 conclut: « *cette 'quatrième branche du pouvoir' n'a pas de tête. C'est un groupe désordonné formé par des organismes irresponsables, à des pouvoirs non coordonnés* ». Cette même approche a été suivie, en 1971, par la Commission présidée par Roy ASH, *President's Advisory Council on Executive Organization: a new regulatory framework: Report on Selected Independent Regulatory Agencies*, 1971, p. 14-15. Ce rapport a suivi la création de sept nouvelles agences aux États-Unis, en 1970. La même logique d'un quatrième pouvoir est utilisée par Enrique GARCIA-LLOVET, « *Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho* », *R.A.P.* n° 131, 1993, p. 117.

²²⁴ « (...) *des 'minis gouvernements indépendants' dont l'existence méconnaît la base théorique de la Constitution des États-Unis* ». Cf. Richard PIERCE et al., *Administrative Law and process*, op. cit., p. 89.

²²⁵ Dans le même sens s'est prononcé le CONSEIL D'ÉTAT français, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 283.

²²⁶ « *Pour cette section, la création des commissions de régulation, disposant de larges pouvoirs législatifs, n'est qu'une autre copie infortunée du système anglo-saxon, qui a été faite sans « bénéfice d'inventaire », tout en négligeant qu'ils sont différents de ceux des EEUU, tant le régime constitutionnel colombien en vigueur depuis 1991, que la séparation des pouvoirs de l'un et l'autre pays (...) C'est-à-dire d'un côté, délégation des fonctions présidentielles et d'un autre côté, déconcentration des pouvoirs législatifs, pour la création d'un super organe, disposant des pouvoirs qui résultent, dans la pratique, supérieurs à ceux des deux soi-disant délégués* », C.E.C. Section 3, Sentence du 25 septembre 1997, affaire n° 11857, C.R. Carlos BETANCUR. Cette sentence a inappliqué l'article 67 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994, considéré par le Conseil d'État comme contraire à la Constitution. Cependant, la Cour constitutionnelle n'a pas censuré cette norme : C.c.c. Sentence C-272-98, 3 juin 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ.

²²⁷ « (...) *le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires (...) imposerait que le futur C.S.A. ne dispose pas du pouvoir de sanction, celui-ci devant nécessairement incomber à la juridiction répressive* », Xavier DELCROS, « *Le C.S.A., nouvelle institution constitutionnelle* », *A.J.D.A.* 1988, p. 472. Cette critique a aussi été faite aux agences, à partir de l'article III de la Constitution des États-Unis, car on prétendait que cette norme disposait une exclusivité des juges sur les litiges entre particuliers.

²²⁸ Par exemple, la saisine du Conseil constitutionnel de la loi octroyant des pouvoirs de sanction à la C.O.B. affirmait : « *L'article 5 de la loi déferée est contraire au principe de la séparation des pouvoirs affirmé par l'article*

les autorités cumulant des fonctions seraient accusées de violation de la séparation des pouvoirs²²⁹, mais d'usurpation tant de l'indépendance que de la matière contentieuse, deux caractéristiques prétendues exclusivement juridictionnelles. Le Conseil constitutionnel n'a suivi aucune de ces critiques.

Les autorités cumulant des fonctions sont décrites comme des « (...) sortes de petits États sectoriels (...) »²³⁰. L'indépendance de ces organes appelait à une certaine époque, la constitutionnalisation du quatrième pouvoir : « Montesquieu, à distance, pourra se réjouir de ce qu'un quatrième pouvoir ait rejoint les trois autres et donné à sa théorie de la séparation des pouvoirs l'ultime hommage de notre siècle »²³¹. La question a été débattue par un comité d'experts²³² qui a finalement déconseillé la constitutionnalisation de l'ensemble des autorités administratives indépendantes²³³. Ensuite, les débats se sont centrés autour de la prétendue absence de démocratie et du besoin du contrôle politique sur ces organes. S'agissant d'un quatrième pouvoir non reconnu ou, au moins, d'autorités échappant aux pouvoirs constitués²³⁴, ces fonctions devraient aussi être saisies directement ou indirectement par le souverain représenté dans le Parlement. Le Congrès des États-Unis s'est alors prononcé en faveur de son contrôle politique²³⁵, et le Parlement français a fait de même à son tour²³⁶. La

XVI de la Déclaration des droits de l'homme. Il reconnaît en effet à une autorité administrative le pouvoir, sur le fondement de règlements qu'elle a ou qu'elle aura elle-même établis, d'infliger des sanctions pécuniaires. Or le principe de la séparation des pouvoirs exclut précisément, d'une part, qu'une autorité administrative puisse exercer un pouvoir juridictionnel et que, d'autre part, les pouvoirs de réglementation et de sanction soient réunis entre les mêmes mains ». Cf. C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, Rec. p. 71

²²⁹ « Or ces AAI, qui cumulent parfois des pouvoirs de législation ("régulation"), d'administration (pouvoir de prendre des décisions individuelles) et de juridiction (pouvoir de sanction) ne sont pas sans évoquer les Parlements de l'Ancien Régime dénoncés, dès 1789 et encore aujourd'hui, au titre de la confusion des pouvoirs qu'ils réalisaient », JurisClasseur Civil Code, Art. 5, Fasc. unique : « La prohibition des arrêts de règlement » Cote : 05,2008, Date de fraîcheur : 30 Juin 2008.

²³⁰ Marie-Anne FRISON-ROCHE, étude sur les AAI commandé par l'Office Parlementaire d'évaluation de la législation citée in Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 52.

²³¹ François MITTERRAND, « Lettre à tous les Français », Imprimerie L'avenir graphique, Paris, 1988, p. 6-7.

²³² L'une des questions à envisager par le comité présidé par le doyen VEDEL c'était celle d'« intégrer dans la Constitution des institutions qui n'existaient pas en 1958 et qui ont pour mission de préserver les libertés et les droits individuels : Médiateur, Commission nationale de l'informatique et des libertés, Conseil supérieur de l'audiovisuel, etc. », François MITTERRAND, lettre adressée le 30 nov. 1992 par le Président de la République aux présidents du Sénat, de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel, in *Propositions pour une révision de la Constitution. Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel*, La Documentation française, Paris, 1993, p. 14.

²³³ Le comité consultatif a conclu « qu'il était préférable de laisser évoluer le statut sans le figer dans une catégorie constitutionnelle qui aurait au surplus le défaut de poser de nombreux problèmes », *Propositions pour une révision de la Constitution. Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel*, op. cit., p. 46. Néanmoins, le comité propose la constitutionnalisation du médiateur et de la C.N.I.L. Cette proposition ne serait pas définitivement retenue par le Parlement. Au présent, le Défenseur des droits est la seule autorité constitutionnelle indépendante (art. 71-1 de la Const.f.). En Colombie, après la disparition de la Commission nationale de télévision, ce sont des autorités constitutionnelles indépendantes : la Banque de la République, les organes de contrôle et, les corporations autonomes régionales.

²³⁴ « Soustraites à l'autorité hiérarchique ou de tutelle du pouvoir exécutif, les autorités administratives indépendantes exercent, pour la plupart, des prérogatives qui doivent en principe demeurer séparées, telles que l'édiction de normes, le contrôle de leur application et la sanction des manquements à ces normes », Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 117.

²³⁵ Cf. *Étude de droit comparé réalisée par M. Guy Scoffoni, sous la direction de M. Jean-Marie Pontier*, cit par Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 120.

²³⁶ Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 117. Il est contradictoire que l'institution des AAI ait été vue dans les années 80, par le Conseil d'État, comme des institutions démocratiques, tandis qu'après cela sera son principal grief « (...) qu'elle peut encore, dans des matières variées, contribuer à la

doctrine conclut : « (...) nous avons aujourd'hui davantage besoin de volonté que de régulation »²³⁷, sous-entendant un appel à la discussion démocratique se déroulant au sein du Parlement²³⁸.

La vision classique de la séparation des pouvoirs est à la base du malaise à classer ces autorités²³⁹ dans une des « branches du pouvoir », prétendument responsables exclusives d'une des fonctions, normative, de gestion administrative et contentieuse. On finit par les considérer comme des autorités administratives par élimination, mais aussi en raison du contrôle juridictionnel qui agit, dans ce cas, comme une sorte « d'instance intégrative de substitution »²⁴⁰. Or, ce n'est pas la séparation des pouvoirs qui est en péril²⁴¹ en raison de l'existence d'autorités cumulant des fonctions diverses, indifférentes pour la Constitution française²⁴² et de création constitutionnelle en Colombie, mais l'interprétation idéaliste de cette théorie²⁴³. Les juridictions, non seulement perdent en prestige²⁴⁴ par l'instauration d'autorités qui exercent la fonction contentieuse dans un cumul performant²⁴⁵, mais plus largement, le modèle de résolution des litiges exclusivement juridictionnel est mis en échec²⁴⁶ en faveur de ces autorités incompatibles avec l'idée généralisée de la fonction du juge²⁴⁷. Ce

démocratisation de nos institutions publiques, dans la mesure où il en est usé dans le seul but de mieux protéger les citoyens (...) », François Gazier et Yves Cannac, « Les autorités administratives indépendantes », *loc. cit.*, p. 38.

²³⁷ « Les autorités de régulation. Entretien avec Yves Gaudemet, Michel Guénaire et Claude Lucas de Leysac », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2008, entretien 3.

²³⁸ « Ce contrôle des autorités administratives indépendantes, en particulier par des instances démocratiques, est d'autant plus impératif que leur légitimité provient pour l'essentiel de leur seule capacité d'expertise, autrement dit de leur compétence pour remplir la mission qui leur est dévolue, et non de l'élection », Tatiana GRÜNDLER, « Autorités administratives indépendantes, cours constitutionnelles : quelle place dans la démocratie ? », in *Les démocraties ingouvernables ?*, Cahiers français, n° 265, mai-juin 2010, La Documentation française, p. 66.

²³⁹ « Pourquoi donc ce nouveau venu qu'est le médiateur devrait-il être rangé 'en bloc' dans l'un des 'pouvoirs' distingués par Montesquieu, alors même que les plus traditionnelles et les plus françaises de nos institutions ont depuis longtemps fait éclater une conception organique de la séparation des pouvoirs qui n'était sans doute pas dans l'esprit du baron de la Brède. Ainsi la qualification négative ou 'résiduelle' ne convainc pas tout à fait », Yves GAUDEMET, « Toujours à propos du Médiateur », *A.J.D.A.* 1987, p. 520.

²⁴⁰ Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P.* 1986, G. I. Doctrine n° 3254.

²⁴¹ « (...) les AAI disposent généralement à la fois de pouvoirs réglementaire, doctrinal, quasi juridictionnel qui remettent en question notre séparation des pouvoirs héritée de Montesquieu et posent des problèmes en termes institutionnels (...) », Laurence BOY « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, p. 3033.

²⁴² Jean-Louis AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *R.A.* n° 244, juillet-août 1988, p. 333.

²⁴³ « L'ensemble de ces débats reste révélateur des résistances de la tradition juridico-politique française attachée à une conception restrictive de la pensée de Montesquieu (...) », Evelyne PISIER, « Vous avez dit indépendantes ? Réflexions sur les AAI », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 79.

²⁴⁴ « Lorsque la création par la loi d'une de ces autorités est justifiée au nom de l'efficacité, du professionnalisme et de l'impartialité, l'opinion publique peut être amenée à en déduire que les formes classiques d'intervention de l'État ne sont ni efficaces, ni professionnelles, ni impartiales », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 326.

²⁴⁵ « (...) leur raison d'être paraît intimement liée aux défaillances et aux dysfonctionnements de la justice administrative », Jean-Louis AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *loc. cit.*, p. 1218.

²⁴⁶ « Elle aboutit aussi à étendre la fonction arbitrale de l'État dans les rapports sociaux – fonction qui n'était assumée jusqu'alors que par les juridictions – et donc à renforcer le poids des instances d'arbitrage en son sein », Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *loc. cit.*, n° 3254.

²⁴⁷ « L'hypothèse retenue ici repose donc sur l'idée que l'action des autorités indépendantes empiète plutôt sur la sphère de compétence du juge, réalisant dans certains secteurs de l'activité sociale un mode de régulation indispensable et que la justice administrative n'est plus en mesure de réaliser », Jean-Louis AUTIN, « Les autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *loc. cit.*, p. 1214.

cumul des fonctions, en matière contentieuse, est mis en évidence par l'application matérielle des garanties contentieuses.

B. L'application matérielle des garanties contentieuses

Le déplacement des garanties processuelles, en dehors des limites organiques des juridictions, met en évidence l'exercice non juridictionnel de la fonction contentieuse. Certaines garanties processuelles, couramment apparentées aux juridictions, découlent, en réalité, du contentieux, notamment la procédure contradictoire et l'impartialité qui ont pu être considérées comme des critères de l'existence de la juridiction²⁴⁸. Cela ne veut nullement dire que, lorsque l'activité administrative est processualisée, elle relève nécessairement de l'activité contentieuse de l'administration²⁴⁹. Il est dès lors nécessaire de différencier les cas où les garanties accompagnent le contentieux non juridictionnel, des cas où elles formalisent l'action administrative non contentieuse.

L'application non juridictionnelle des garanties du contentieux a été justifiée en France et en Colombie par le souci des cours constitutionnelles de conditionner la constitutionnalité des pouvoirs de sanction administrative. Les cours constitutionnelles héritent de la jurisprudence administrative formalisant les sanctions administratives. La lutte contre l'arbitraire n'est ainsi pas menée par l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs, mais par les garanties processuelles des administrés. Dans l'application matérielle des garanties du contentieux, les jurisprudences constitutionnelles (1) s'accompagnent de la jurisprudence relative au droit au procès équitable (2).

1. Les jurisprudences constitutionnelles

Tant le Conseil constitutionnel français que la Cour constitutionnelle colombienne ont élaboré une jurisprudence d'après laquelle l'activité contentieuse de l'administration, notamment celle s'exerçant par la voie de la sanction administrative, doit respecter un certain catalogue des droits pour pouvoir être conforme à leur Constitution respective²⁵⁰. Le Conseil constitutionnel français conditionne la validité des pouvoirs de sanction (a), alors que la Cour constitutionnelle colombienne précise la portée du droit à la procédure régulière du droit (b).

²⁴⁸ L'analyse doit être prudente compte tenu du fait que l'administration, même lorsqu'elle agit en dehors du contentieux, doit être impartiale, même si le contenu de l'obligation de l'impartialité varie par rapport à l'activité contentieuse de l'administration. De même, rien n'empêche l'instauration des procédures auditaires ou même contradictoires, dans des procédures administratives non contentieuses. V. C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, § 10, *Rec.* p. 71.

²⁴⁹ Les garanties processuelles peuvent être reconnues aux administrés en vue de leur protection, même si en l'espèce il n'y a pas de contentieux à régler, notamment l'impartialité des jurys des concours : C.E.f. 22 juin 1956, *Hassi Trad, Rec.*, p. 257.

²⁵⁰ Dans le même sens, la Cour suprême des États-Unis avait reconnu la constitutionnalité des pouvoirs d'« adjudication » des agences, sous la condition, notamment, du respect des garanties d'indépendance et d'impartialité : S.C.U.E., *Commodity Futures Trading Commission vs. Schor* 478 U.S. 833, 1986.

a. Le Conseil constitutionnel français conditionne la validité des pouvoirs de sanction

Lorsque le Conseil constitutionnel français a été conduit à se prononcer sur la constitutionnalité des pouvoirs de sanction des autorités administratives indépendantes, il s'est trouvé confronté à une tradition plus ou moins bien établie qui liait la sanction disciplinaire à la juridiction²⁵¹ et qui, comme une « *politique jurisprudentielle* »²⁵², reconnaissait généreusement des juridictions là où le contentieux était présent afin de faire découler ce que l'on considérait comme le régime processuel propre aux juridictions²⁵³. Le Conseil constitutionnel s'affrontait à des autorités chargées d'une mission de régulation dont la nature juridictionnelle aurait pesé fort sur la fonction attribuée : ces autorités, dont l'atout est justement le cumul des fonctions, auraient dû se spécialiser dans la fonction contentieuse et, abandonner par là, la fonction de régulation²⁵⁴.

La décision de compromis s'imposait, « *plutôt qu'interdire les sanctions administratives et de priver ainsi l'État d'un système souple et efficace de régulation de la société et de la paix sociale (...)* »²⁵⁵ : le Conseil a tranché en faveur de la conservation du cumul et, par là, en faveur de la nature administrative des autorités de régulation, tout en exigeant le respect d'un catalogue assez descriptif des garanties²⁵⁶, « *énumération digne de Prévert* »²⁵⁷, qui devrait être respecté. La jurisprudence administrative avait déjà élaboré un certain catalogue minimal des garanties devant être respectées pour la décision de toute sanction administrative ; mais, ces garanties ont ultérieurement débordé les limites de la sanction²⁵⁸. En revanche, le Conseil

²⁵¹ Cf. René CHAPUS « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 268.

²⁵² Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 32.

²⁵³ Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 289.

²⁵⁴ « Une telle transformation les obligerait d'ailleurs à exercer de façon exclusive une fonction juridictionnelle, ce qui mettrait fin à leur mission de régulation », Paule QUILICHINI, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.* 2004, p. 1060.

²⁵⁵ Frédéric SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2003, p.193.

²⁵⁶ La décision du 23 janvier 1987 avait mis l'accent sur le droit à demander un sursis à exécution de la décision, compte tenu notamment « de la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence, (...) et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer (...) », C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 22, *Rec.*, p. 8. Or, les décisions de 1989 ont accentué le catalogue des droits processuels exigés : les pouvoirs de sanction du C.S.A. sont constitutionnels « eu égard aux garanties prévues » par la loi, notamment l'indépendance du C.S.A., la procédure contradictoire, la prescription au bout des trois ans, le devoir de motivation des sanctions, la proportionnalité des sanctions et le *non bis in idem*. De même, le Conseil a exigé, pour « toute sanction ayant le caractère d'une punition », le respect de la légalité « des délits et des peines », la nécessité « des peines », la non rétroactivité de la loi « pénale » la plus sévère et le respect des droits de la défense : C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, § 29, 30 et 35, *Rec.*, p. 18. De même les pouvoirs de sanction de la C.O.B. sont constitutionnels et, ainsi, par règle générale, ce genre de compétences, compte tenu du fait « (...) que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis (...) », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, § 6, *Rec.* p. 71. En 1997, concernant les sanctions préfectorales en matière d'immigration, le Conseil a exigé le respect de la nécessité et de la légalité des peines, de même que les droits de la défense « principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition », C.c.f. Décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Rec.*, p. 45, § 30.

²⁵⁷ Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, 1989, n° 50, p. 197.

²⁵⁸ Par exemple, la jurisprudence française a considéré que toute décision administrative ayant le caractère d'une sanction ne peut intervenir sans que l'intéressé ait eu la possibilité de présenter sa défense (C.E.f. 19 juin 1903, *Ledochowsky*, *Rec.*, p. 452 et cela s'applique même sans texte aux sanctions administratives : C.E.f. 17 janvier 1930, *Rybeirrolles*, *Rec.*, p. 76. Cela constituant un P.G.D. : C.E.f. 5 mai 1944, *Trompier-Gravier*, *D.* 1945, p. 110 concl. CHENOT). Or, le lien entre l'activité contentieuse et les garanties n'est plus automatique. En réalité, la théorie des mesures graves ou prises en considération de la personne rompt ce lien. Cf. Marcel WALINE, « Le principe Audi Alteram partem », in *Livre jubilaire du Conseil d'État Luxembourgeois*, 1957, p. 503-504. En matière des sanctions contractuelles, même si sa nature de sanction administrative est contestée, le Conseil d'État français exige depuis

constitutionnel lie le respect des garanties processuelles à la sanction ayant le caractère d'une punition²⁵⁹. Ainsi, il n'a pas exigé le respect des droits de la défense de même que le respect de la présomption d'innocence, en dehors de toute mesure punitive²⁶⁰ de même que la motivation de la décision n'est constitutionnellement obligatoire que quand la mesure constitue une punition²⁶¹. Le Conseil constitutionnel met en relief, de cette façon, l'existence d'une fonction proche de la sanction juridictionnelle : les formes processuelles semblables viennent accompagner une fonction commune à l'administration et à la juridiction. La jurisprudence ne va pas jusqu'à reconnaître la nature contentieuse de ces fonctions ; mais, l'application matérielle des garanties est déjà un indice de l'existence d'une fonction spéciale qui exige le respect de droits processuels.

b. La Cour constitutionnelle colombienne précise la portée du droit à la procédure régulière du droit

À partir d'une donnée constitutionnelle distincte, le cas colombien se construit différemment : l'article 29 de la Constitution colombienne dispose que les garanties du « *debido proceso* »²⁶² ou du droit à la procédure régulière, s'appliquent tant aux procédures juridictionnelles qu'aux procédures administratives. Cela décrit une évolution dans l'application des garanties de la procédure régulière : les droits de la défense, la contradiction et la légalité des délits et des peines, notamment, ce sont des garanties conçues à l'origine comme des gages de la liberté personnelle et, par conséquent, reconnues exclusivement à l'égard de la procédure pénale²⁶³. Ultérieurement élargies à toute procédure juridictionnelle, ces garanties marquaient nettement le lien entre la procédure régulière et la fonction juridictionnelle²⁶⁴. Or, la Constituante colombienne de 1990 a prétendu donner aux citoyens une protection plus élargie ne se limitant pas aux procédures juridictionnelles et, tout en consacrant le caractère fondamental du droit à la procédure régulière, elle a élargi son champ d'application à l'activité administrative. Cela ne signifie pas que le contenu de ce droit

longtemps le respect d'une procédure auditoire, consistant en la possibilité de présenter des observations : C.E.f. 2 oct. 1959, *Simon, Rec.*, p. 436.

²⁵⁹ « (...) *principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* (...) », C.c.f. Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, § 14, *Rec.*, p. 107.

²⁶⁰ Comme c'est le cas du retrait du titre de séjour d'un étranger comme mesure de police : « (...) *si le principe de la présomption d'innocence ne peut être utilement invoqué en dehors du domaine répressif, ni le principe des droits de la défense utilement invoqué à l'encontre du retrait de la carte de séjour pour des motifs d'ordre public, lequel constitue non une sanction mais une mesure de police* (...) », C.c.f. Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, § 85, *Rec.*, p. 211.

²⁶¹ C.c.f. Décision n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, § 14, *Rec.*, p. 107.

²⁶² Le droit au « *debido proceso* » est inspiré du « *due process law* » de la *common law* disposant que « *Aucune personne ne peut être privée de la vie, de la liberté ou de sa propriété sans due process of law* », Constitution des EU 14^e amendement du 28 juillet 1868. Le *due process law* est traduit en français par l'expression 'procédure régulière du droit'. Par conséquent, l'expression « *debido proceso* » de la Constitution colombienne sera traduite comme procédure régulière.

²⁶³ C'était le cas de la Constitution de l'État fédéré de Cundinamarca de 1811, art. 16 et 17 et de la Constitution nationale de la République de Colombie, de 1886, art. 26.

²⁶⁴ « (...) *ce droit cherchait, à l'origine, à garantir la liberté physique et, il n'a été étendu que graduellement aux instances de nature non criminelle, c'est-à-dire aux autres formes de chaque procès, selon la constitution précédente* (...) », C.c.c. Sentence T-552-92, 7 octobre 1992, M.R. Fabio MORON.

fondamental soit identique quant aux procédures juridictionnelles et aux procédures administratives.

Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle a défini la procédure régulière comme celle prévue par les normes et suivie par les autorités administratives²⁶⁵. Aussi, la procédure régulière ne consiste-t-elle en rien de différent qu'à la légalité de la procédure administrative²⁶⁶, même lorsqu'il s'agit des particuliers exerçant des fonctions publiques²⁶⁷. Cette définition de la procédure régulière comme la procédure légale permet de comprendre son application tantôt aux instances juridictionnelles, tantôt à l'activité administrative²⁶⁸. De même, la procédure régulière cherche à garantir la sécurité juridique²⁶⁹ qui, en droit colombien, n'est pas une exigence exclusive aux juridictions²⁷⁰.

L'exigence constitutionnelle du respect de la procédure régulière du droit en matière juridictionnelle comme en matière administrative est *a priori* favorable à l'activité contentieuse de l'administration. Néanmoins, l'application indifférenciée des garanties contentieuses à toute l'activité administrative banalise ces garanties en tant qu'appliquées tant aux situations contentieuses qu'à des activités administratives dépourvues complètement de l'élément contentieux. Or, la motivation de la Constituante pour l'élargissement du champ d'application des garanties de la procédure régulière à l'activité administrative, c'était l'identité matérielle de l'activité contentieuse exercée par les juridictions et par l'administration²⁷¹. C'est dans ce contexte que l'apport de la Cour constitutionnelle a été utile pour la mise en valeur de l'exercice multi-organique de la fonction contentieuse.

En effet, la Cour constitutionnelle a précisé que la procédure régulière ne se limite pas, dans tous les cas, à celle prévue dans la loi, mais qu'elle consiste en la procédure nécessaire au

²⁶⁵ Concernant les procédures administratives « (...) la procédure régulière est exigeante en termes de légalité, parce qu'elle ne veut pas seulement que le fonctionnaire remplisse sa mission, mais aussi qu'il le fasse de la manière déterminée par l'ordonnancement juridique », C.c.c. Sentence T-049-93, 15 fév. 1993, M.R. Alejandro MARTINEZ.

²⁶⁶ « Il faut préciser que la procédure régulière a pour finalité d'assurer la production correcte des actes administratifs, et par conséquent, elle étend sa couverture à travers de toute l'activité de l'administration publique (...) », C.c.c. Sentence T-442-92, 3 juillet 1992, M.R. Simón RODRIGUEZ. Dans le même sens C.c.c. Sentence T-201-93, 26 mai 1993, M.R. Hernando HERRERA.

²⁶⁷ C.c.c. Sentence T-224-06, 23 mars 2006, M.R. Clara VARGAS.

²⁶⁸ C'est pour cette raison que l'art. 29 de la Const.c. est perçu comme un élément essentiel de l'État de droit : C.c.c. Sentence T-120-93, 29 mars 1993, M.R. Alejandro MARTINEZ ; C.c.c. Sentence T-1739-00, 11 déc. 2000, M.R. Cristina PARDO ; C.c.c. Sentence T-165-01, 12 fév. 2001, M.R. José HERNANDEZ.

²⁶⁹ « (...) la procédure régulière dans les procédures administratives, comme dans le cas d'une procédure judiciaire, vise à un seul objectif : la sécurité juridique dans l'intérêt public », C.c.c. Sentence T-347-93, 26 août 1993, M.R. Vladimiro NARANJO. Le droit à la procédure régulière « (...) est pleinement garanti lorsque l'action des fonctionnaires est toujours soumise à des procédures préétablies », C.c.c. Sentence T-404-93, 22 sept. 1993, M.R. Jorge ARANGO

²⁷⁰ Contre : « Le principe de la sécurité juridique se trouve implicite dans le Droit d'accès à la justice, prévu à l'Art. 229 de la Carte », Álvaro ECHEVERRY, « La Constitución de 1991 y el principio de la seguridad jurídica », dissertation d'admission à l'Académie colombienne de Jurisprudence, présentée le 30 novembre 2005, <http://www.acj.org.co>

²⁷¹ « La nature de l'organe chargé de sanctionner n'altère pas la nature de l'acte punitif. Il n'existe certainement aucune différence ontologique entre les sanctions qui sont décidées par l'organe juridictionnel et celles qui résultent d'une décision administrative, puisque les deux décisions affectent des intérêts essentiels de la personne, notamment sa liberté personnelle ou son patrimoine économique. (...) Par conséquent, les principes qui régulent le droit punitif des délits, notamment celui de la culpabilité, doivent nécessairement, s'élargir dans son application, aux autres disciplines punitives qui n'ont pas été développées par la doctrine », Hernando LONDOÑO, débat sur l'article 29 de la Constitution à l'Assemblée nationale constituante, *Gaceta Constitucional*, n° 84, p. 8.

respect de la Constitution. Cette réserve issue de l'article 4 de la Constitution colombienne²⁷² a permis à la Cour d'exiger, comme l'a fait le Conseil constitutionnel français, un minimum de garanties contentieuses en deux circonstances : lorsque l'activité administrative a, notamment, une finalité répressive²⁷³ ou lorsque l'activité administrative comporte de lourdes conséquences²⁷⁴ sur les droits fondamentaux de la personne²⁷⁵. Il s'agit de critères qui peuvent concourir, hormis le cas d'une mesure qui, malgré sa finalité non répressive, affecte particulièrement les droits fondamentaux de la personne.

Cette application matérielle des garanties processuelles à l'activité contentieuse a permis à la Cour d'affirmer que le droit d'accès à l'administration de la justice se réalise aussi par l'activité des autorités administratives²⁷⁶. La Cour est ainsi conduite à interpréter largement les termes de l'article 29 de la Constitution : la matière pénale s'apparente à la sanction, la personne jugée à la personne poursuivie ou mise en cause et la présomption d'innocence peut être démentie, en matière administrative, par un acte administratif respectant la procédure contentieuse régulière. De même, les autorités administratives en matière répressive sont aussi obligées d'appliquer la loi la plus douce.

2. La jurisprudence relative au droit au procès équitable

La France et la Colombie ont adhéré à des conventions internationales ayant des dispositions relatives aux garanties processuelles. Pour le cas français, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme reconnaît un ensemble de droits déterminant le caractère équitable du procès. Pour ce qui concerne la Colombie, l'article 8, n° 1 de la

²⁷² « La Constitution est la norme suprême. Dans le cas de contradiction entre la Constitution et la loi ou une autre norme, la Constitution prévaut. Les colombiens et les étrangers en Colombie ont le devoir de respecter la Constitution et les lois, ainsi que de respecter et d'obéir aux autorités colombiennes », art. 4 de la Const.c.

²⁷³ « Le pouvoir punitif de l'État en matière administrative et disciplinaire ne peut pas méconnaître les principes de légalité, d'impartialité, de publicité, de la présomption d'innocence, de la défense et de la contradiction », C.c.c. Sentence T-097-94, 7 mars 1994, M.R. Eduardo CIFUENTES. De même pour le Conseil d'État : « (...) dans les procédures administratives punitives la personne intéressée doit avoir l'opportunité de s'exprimer avant de décider, comme un moyen de garantir le droit fondamental à la procédure régulière (art. 29 Constitution) afin de rendre effectifs les droits à la défense et à la contradiction », C.E.c. Sentence du 9 juillet 1998, affaire n° 13.900, citée par : C.E.c. Section 3, Sentence du 17 juillet 2003, affaire n° 24.707, C.R. Alier HERNANDEZ. Cf. C.c.c. Sentences T-442-92, 3 juillet 1992, M.R. Simón RODRIGUEZ ; SU-219-03, 13 mars 2003, M.R. Clara VARGAS ; C-1201-03, 9 déc. 2003, M.R. Marco MONROY.

²⁷⁴ De même, en droit français, les garanties ont été exigées compte tenu « (...) de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer (...) », C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 22, *Rec.*, p. 8. Dans le même sens, en droit colombien, le niveau des garanties doit correspondre « (...) à la gravité de la solution et aux intérêts en jeu », C.c.c. Sentence T-097-94, 7 mars 1994, M.R. Eduardo CIFUENTES.

²⁷⁵ « 22. Les exigences en matière de preuve et les garanties d'une procédure doivent correspondre à la gravité de la solution et aux intérêts en jeu. L'analyse constitutionnelle d'une procédure (...) ne dépend pas de l'emplacement fonctionnel de l'affaire, c'est-à-dire au domaine normatif au sein duquel se place le contentieux ; mais, des implications de ce procès à l'égard des droits fondamentaux des personnes », C.c.c. Sentence T-097-94, 7 mars 1994, M.R. Eduardo CIFUENTES.

²⁷⁶ « La garantie du droit à la défense dans le procès de responsabilité pour des dommages causés au patrimoine public, en particulier dans la phase d'enquête doit être, par conséquent, permanente (...) Une activité contraire à cela résulte ouvertement anticonstitutionnelle, car elle menace les droits à une procédure régulière, à la défense, à l'administration de la justice (...) », C.c.c. Sentence C-540-97, 23 octobre 1997, M.R. Hernando HERRERA. La responsabilité pour des dommages causés au patrimoine public est déclarée par des autorités administratives de contrôle nommées "contralorías".

Convention américaine relative aux droits de l'homme²⁷⁷ reconnaît des « *garanties juridictionnelles* » connues comme celles de la procédure régulière du droit. Les termes des deux Conventions paraissent limiter l'application de ces garanties à des instances juridictionnelles. Néanmoins, l'interprétation extensive de ces normes a permis l'élargissement de l'application du droit au procès équitable (a) en déterminant son respect par des autorités administratives (b). L'exercice non juridictionnel de la fonction contentieuse est ainsi mis en évidence.

a. L'élargissement de l'application du droit au procès équitable

L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, prévoyant le droit au procès équitable, semblait s'appliquer exclusivement à la procédure des juridictions ou des tribunaux, selon les termes de la Convention. Plus encore, les termes de la convention semblaient, de prime abord, se borner aux procédures pénales et civiles dans le sens couramment donné à ces termes. Or, le droit au procès équitable a connu une évolution qui n'est pas sans rappeler celle du droit à la procédure régulière en droit colombien : le champ d'application du droit au procès équitable s'est rapidement élargi à toutes les juridictions, même à des juridictions qui, dans le droit interne, tranchent des contentieux autres que le pénal ou le civil, notamment le contentieux administratif, pour finalement s'appliquer à certaines autorités administratives. Il n'est pas sans raison que la doctrine y voit une « *recomposition du contentieux* »²⁷⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est ainsi prononcée sur l'autonomie des notions²⁷⁹ utilisées par la Convention²⁸⁰. Les qualifications des contestations données par le droit interne, ainsi que la nature juridictionnelle que le droit national reconnaît ou nie à l'organe chargé de la décision, ne font pas obstacle à l'application de la Convention²⁸¹ « (...) *si les États contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'administrative plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine* »²⁸². L'autonomie de ces concepts a permis à la Cour de qualifier comme des « *tribunaux* », des autorités administratives²⁸³ qui, matériellement, tranchaient des accusations en matière pénale²⁸⁴, au

²⁷⁷ La Colombie a adhéré à la Convention américaine relative aux droits de l'homme le 28 mai 1973. La Colombie a reconnu la compétence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme le 21 juin 1985.

²⁷⁸ Frédéric SUDRE et Caroline PICHERAL (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La Documentation française, Paris, 2003, p. 9.

²⁷⁹ C.E.D.H. 16 juillet 1971, *Ringeisen c/ Autriche*, Série A, n° 13, p. 39. Cf. Frédéric SUDRE, « Le recours aux 'notions autonomes' », in *L'interprétation de la CEDH*, (F. SUDRE (dir.)), Bruylant, 1998, p. 93.

²⁸⁰ Les concepts « *civil ou pénal* » sont des « *notions autonomes* » du droit international dont la portée va au-delà des imprécisions des termes des textes internationaux, C.E.D.H. 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays-Bas*, Série A, n° 22, p. 24. En l'espèce, la matière disciplinaire n'a pas été considérée comme faisant partie de la « *matière pénale* » de l'art. 6 Conv. E.D.H., mais, le cas échéant, elle pourrait être considérée matière civile.

²⁸¹ La C.I.D.H. ne pose pas de problèmes quant à la qualification de la matière car l'art. 8 dispose que le procès équitable s'applique à la détermination des droits et obligations de l'ordre civil, du travail, fiscal « *ou tout autre* ».

²⁸² C.E.D.H. 21 fév. 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, Série A, n° 73, § 49. Ce raisonnement a été confirmé par C.E.D.H. 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 80.

²⁸³ La jurisprudence de la C.E.D.H. accepte que « *des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes*

sens de la Convention, ou des contestations sur des droits et des obligations civiles²⁸⁵. À cette fin, la Cour européenne a construit une série de critères ou d'indices pour la détermination de la matière pénale²⁸⁶ ou civile²⁸⁷, ne s'assimilant pas au droit civil ou privé. Cette démarche matérielle permet à la Cour européenne d'accepter, dans certaines conditions, que le droit d'accès à un « tribunal » soit garanti par le recours à une autorité administrative²⁸⁸.

En ce qui concerne la Colombie, la Convention américaine relative aux droits de l'homme reconnaît un ensemble de droits processuels sous la rubrique des « Garanties judiciaires » : « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine »²⁸⁹, y compris, le domaine administratif²⁹⁰.

De prime abord, les termes de la Convention américaine n'exigent le respect des garanties judiciaires qu'aux organes juridictionnels des États membres. Néanmoins, en 1987, la Cour interaméricaine des droits de l'homme émet un avis consultatif d'après lequel l'expression « juge ou tribunal compétent », utilisée par l'article 8 de la Convention, s'applique à toutes les « instances processuelles »²⁹¹. Cet avis commence à être appliqué aux décisions

administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions (...) », C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43.

²⁸⁴ L'affaire *Deweere* met en valeur le besoin d'adopter une démarche matérielle pour la définition du tribunal en matière pénale : C.E.D.H. 27 fév. 1980, *Deweere c/ Belgique*, Série A, n° 35.

²⁸⁵ La matière civile couvre « (...) toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé (...) », en dépit de la nature de l'organe qui décide, « juridiction de droit commun » ou même un « organe administratif » et de la loi s'appliquant : C.E.D.H. 16 juillet 1971, *Ringeisen c/ Autriche*, Série A, n° 13, p. 39, § 94.

²⁸⁶ D'un côté, il faut tout d'abord faire appel à la qualification dans le droit interne ; mais, cela n'est pas déterminant ; l'imputation en matière pénale est prévue par une norme de caractère général, prévoyant une mesure tant punitive que dissuasive et, d'un autre côté, il s'agit d'une mesure d'une certaine gravité : C.E.D.H. 8 juin 1976, *Engel et a. c/ Pays-Bas*, Série A, n° 22, p. 24. Voir aussi C.E.D.H. 21 fév. 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, Série A, n° 73. La qualification peut être donnée par l'accomplissement d'un seul des critères auxiliaires (C.E.D.H. 25 août 1987, *Lutz c/ Allemagne*, Série A, n° 23, § 55) ; mais, il arrive aussi qu'ils s'y trouvent tous réunis : C.E.D.H. 24 fév. 1994, *Benedoun c/ France*, G.A.C.E.D.H. 6^e éd., p. 46.

²⁸⁷ La matière civile se précise par une série d'indices, notamment « la nature personnelle et patrimoniale du droit contesté », Or, l'arrêt *Feldbrugge* introduit une méthode qui compare les aspects de droit public et de droit privé pour conclure qu'« Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul ; mais, additionnés et combinés ils confèrent au droit revendiqué un caractère civil au sens de l'article 6 (...) », C.E.D.H. 29 mai 1986, *Feldbrugge c./ Pays-Bas*, Série A, n° 99, § 30. Cette technique du bilan est aussi appliquée en C.E.D.H. 27 fév. 1987, *Deumeland c/ R.F.A.*, Série A, n° 100. L'accent est mis sur le caractère patrimonial et subjectif du droit en question : C.E.D.H. 26 mars 1992, *Éditions Periscope c/ France*, Série A, n° 234B, § 40. Ainsi, la matière disciplinaire entre dans le volet civil, lorsque la décision affecte le droit à exercer une profession, non ainsi, par l'exemple l'avertissement ou la réprimande : C.E.D.H. 28 juin 1978, *König c/ Allemagne*, Série A, n° 27 et C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43, § 49.

²⁸⁸ C.E.D.H. 16 juillet 1971, *Ringeisen, c/ Autriche*, Série A, n° 13, p. 39 ; C.E.D.H. 22 oct. 1984, *Sramek c/Autriche*, Série A, n° 84.

²⁸⁹ Article 8, n° 1 de la Conv.A.D.H., relatif aux « Garanties judiciaires ».

²⁹⁰ Cette rédaction engendre moins de controverses à l'égard de l'application de la Convention à l'égard des matières considérées relevant du droit administratif, que la rédaction de l'article 6, § 1, de la C.E.D.H. se limitant à la matière civile et pénale.

²⁹¹ L'article 8 de la Convention ne fait pas seulement référence aux garanties devant les organes judiciaires, « (...) mais à l'ensemble des garanties devant être respectées dans les instances processuelles », C.E.D.H. *Garantias*

contentieuses de la Cour à partir de l'année 2001. Afin de donner une efficacité plus large aux garanties dites « *judiciaires* », la Cour interaméricaine considère que tous les organes de l'État doivent respecter ces garanties lorsqu'ils mènent une instance processuelle²⁹², c'est-à-dire selon les termes de la Cour, lorsque les organes exercent une fonction considérée comme matériellement juridictionnelle²⁹³. L'identification d'une telle fonction repose sur un critère souple consistant en la détermination ou l'atteinte à des droits d'une personne²⁹⁴. La fonction matériellement juridictionnelle serait plus facilement acquise lorsque le préjudice causé par la décision étatique est grave²⁹⁵; mais, rien n'indique, dans les termes de la jurisprudence, qu'une décision dont l'atteinte au droit de la personne soit moindre ne soit pas qualifiée de matériellement juridictionnelle.

b. Le respect du droit au procès équitable par des autorités administratives

En France, l'application matérielle des garanties du procès équitable à l'égard des autorités administratives a commencé à être acceptée, tout d'abord, par la juridiction judiciaire qui inclut les sanctions prononcées par la Commission des opérations de bourse dans le volet pénal de l'article 6, § 1 et § 3, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²⁹⁶. De son côté, la juridiction administrative niait l'application des règles du procès

judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Avis consultatif OC-9/87 du 6 octobre 1987, Série A, n° 9, § 27.

²⁹² « Bien que l'article 8 de la Convention américaine s'intitule des 'Garanties judiciaires', son application n'est pas limitée aux recours judiciaires, stricto sensu, (...) mais à l'ensemble des garanties devant être respectées dans les 'instances processuelles', afin que les personnes puissent se défendre efficacement devant tout acte étatique pouvant affecter leurs droits », C.I.D.H. Sentence du 31 janvier 2001, affaire du Tribunal constitutionnel c/ Pérou, § 69. « Cela veut dire que toute action ou omission des organes étatiques dans un procès, administratif de sanction ou juridictionnel, doit respecter la procédure régulière du droit », C.I.D.H. Sentence du 2 fév. 2001, affaire *Baena Ricardo y Otros c/ Panamá*. Série C, n° 72, § 124. . Confirmé par C.I.D.H. Sentence du 6 fév. 2001, affaire *Ivcher Bronstein c/ Pérou*, § 102 et C.I.D.H. Sentence du 6 déc. 2001, affaire *Las Palmeras c/ Colombie*, § 16 et C.I.D.H. Sentence du 23 juin 2005, affaire *Yatama c/ Nicaragua*, § 147.

²⁹³ « Conformément à la séparation des pouvoirs publics de l'État de droit, même si la fonction juridictionnelle est essentiellement attribuée au pouvoir judiciaire, il existe d'autres organes ou autorités publiques pouvant exercer ces fonctions. C'est-à-dire que quand la Convention reconnaît le droit de toute personne d'être entendue par un 'juge ou tribunal compétent', pour la 'détermination de ses droits', ces expressions font référence à toute autorité publique, administrative, législative ou judiciaire déterminant par ses décisions, des droits et des obligations des personnes. (...) tout organe étatique exerçant des fonctions matériellement juridictionnelles a l'obligation de prendre des décisions respectant les garanties de la procédure régulière du droit, aux termes de l'art. 8 de la Convention américaine », C.I.D.H. Sentence du 31 janvier 2001, affaire du Tribunal constitutionnel c/ Pérou, § 71. Dans le même sens: C.I.D.H. Sentence du 6 fév. 2001, affaire *Ivcher Bronstein c/ Pérou*, § 102.

²⁹⁴ C.I.D.H. Sentence du 22 nov. 2005, affaire *Palamara Iribarne c/ Chili*, § 164. 149. « Tous les organes exerçant des fonctions matériellement juridictionnelles doivent prendre des décisions justes, respectant pleinement les garanties de la procédure régulière du droit, établies par l'article 8 de la Convention américaine (...) et cela s'applique aussi lorsqu'une autorité publique non judiciaire, émet des décisions affectant les droits de la personne », C.I.D.H. Sentence du 23 juin 2005, affaire *Yatama c/ Nicaragua*, § 149.

²⁹⁵ « Il n'est pas douteux qu'en raison des graves conséquences entraînées par une telle sanction, l'État a dû garantir au travailleur les garanties de la procédure régulière du droit aux termes de la Convention américaine », C.I.D.H. Sentence du 2 fév. 2001, affaire *Baena Ricardo et autres c. Panama*, Série C, n° 72 § 134.

²⁹⁶ C.cas, Com., 9 avril 1996, *Haddad*, Bull. Civ. IV, n°115 ; Bull. Joly Bourse, 1996, p. 305, § 47 note, PELTIER Confirmé par l'arrêt C.cas, Com., 18 juin 1996, *Conso*, Bull. Civ., IV. N° 179. La première sanction pour méconnaissance de la Conv. E.D.H. : C.A.P. Arrêt du 7 mai 1997, *Oury*, confirmé par C.cass. com., 1^{er} déc. 1998, *Oury, J.C.P.* 1999, II, 10057, note GARAUD et C.cas, Ass. Plén., 5 février 1999, *Oury c/COB*, *Gaz. Pal.* 24-25 fév. 1999, p. 8 concl. LAFORTUNE ; Bull. Joly bourse, 1999, p. 139. ; P.A. 10 février 1999, n° 29, p. 3, note p. .M. ; J.C.P. 1999, II, 10060, note MATSOPOULOU.

équitable aux autorités administratives, car d'après une jurisprudence bien établie²⁹⁷ jusque là, l'article 6 de la Convention, « (...) *n'énonce, y compris dans son paragraphe 2, aucune règle ou aucun principe dont le champ d'application s'étendrait au-delà des procédures contentieuses suivies devant les juridictions et qui gouvernerait l'élaboration ou le prononcé de sanctions, quelle que soit la nature de celles-ci, par les autorités administratives qui en sont chargées par la loi (...)* »²⁹⁸. Néanmoins, cette jurisprudence qui opposait la Cour de cassation et le Conseil d'État est abandonnée, en 1999 ; lorsque le Conseil d'État français admet l'application du volet pénal de l'article 6 de la Convention européenne au Conseil des marchés financiers, autorité administrative indépendante²⁹⁹.

Il faut noter que cette application matérielle des garanties du procès équitable concerne une partie importante de l'activité contentieuse de l'administration française. Concernant les administrations classiques³⁰⁰, sont notamment reconnus comme entrant dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne : les sanctions fiscales³⁰¹, le contentieux disciplinaire, notamment dans les armées³⁰², dans les prisons³⁰³ ou dans la fonction publique³⁰⁴. Concernant les fonctionnaires publics, il est nécessaire que les fonctions « (...) *ne comportent pas de participation à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux (...)* »³⁰⁵. Il en est de même, pour le retrait des

²⁹⁷ C.E.f. Ass. 1 mars 1991, *Le Cun*, Rec., p. 71, R.F.D.A. 1991, p. 612, concl. SAINT-PULGENT, concernant le C.B.V. ; C.E.f. 14 juin 1991, *Association Radio-solidarité*, Rec., p. 232, concernant le C.S.A. ; C.E.f. 4 mai 1998, *Sté de bourse Wargny*, Rec., p. 192 et C.E.f. 9 avril 1999, *Oddo c/ CMT, Banque et droit*, 1999, n° 67, p. 36, concernant le C.M.T. et C.E.f. 19 oct. 1996, *Association Ici et Maintenant*, Rec., p. 401, concernant le C.S.A.

²⁹⁸ C.E.f. Sect. Avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c/ SARL Autoroute-Industrie Méric*, Rec., p. 34, concl. SANSON. Cet avis est confirmé : C.E.f. 4 mai 1995, *Girardet*, n° 140 985, sur le Conseil de discipline des organismes de placement collectif en valeurs mobilières et C.E.f. 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny*, Rec., p. 192, concernant le Conseil des marchés à terme.

²⁹⁹ C.E.f. Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec. p. 399 ; A.J.D.A.2000, p. 126, chron. GUYOMAR et COLLIN ; R.F.D.A. 2000, p. 1060, note SERMENT.

³⁰⁰ Ce qui démontre que l'application de l'art. 6 ne se justifie pas par les pouvoirs des A.A.I. Or, il est affirmé qu' : « À l'évidence, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas été conçu pour les autorités administratives. Son application à l'administration est en quelque sorte contre nature ; mais, elle est justifiée par les fonctions répressives de l'administration nouvelle », Jean-François BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », A.J.D.A. 1999, p. 859.

³⁰¹ C.E.D.H. 24 fév. 1994, *Benedoun c/ France*, Série A, n° 284. Dans ce sens C.E.f. Avis 5 avril 1996, *P.A.* 5 juin 1996, p. 32. L'amende fiscale entre dans le volet pénal de l'art. 6 : C.E.f. 3e et 8e ss-sect., 26 mai 2008, *Sté Norelec*, concl. F. Séners, n° 288583, D.F. n° 28, 10 juillet 2008, comm. 411, note PIERRE. Or, le contentieux fiscal reste en dehors de l'application de l'art. 6 : C.E.f. 9e et 8e s.-s., 26 novembre 1999, *Genoun*, req. n° 184474 ; C.E.f. 9e et 10e s.-s., 28 juillet 2000, *Vanackere*, n° 184510. En dépit des effets patrimoniaux du contentieux fiscal, il ne constitue pas un droit civil : C.E.D.H. 12 juillet 2001, *Grande ch.* ; *Ferrazzini c/Italie* n° 44759/98.

³⁰² C.E.D.H. 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays-Bas*, Série A, n° 22. Hormis le cas où les sanctions ne relèvent pas une certaine importance : C.E.D.H. 28 déc. 2000, *João José Brandão Ferreira c/ Portugal*, n° 41921/98

³⁰³ C.E.D.H. 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 80. Il s'agit de décisions faisant grief : C.E.f. 17 janv. 1995, *Hardouin et Marie*, Rec., p. 82, concl. FRYDMAN.

³⁰⁴ Pour l'application du volet civil de l'art. 6 de la Conv. E.D.H.

³⁰⁵ C'était le cas d'un professeur et praticien hospitalier : C.E.f. 23 févr. 2000, *L'Hermite*, n° 192480, J.C.P. 2000, II, 10371, comm. MONIOLLE. Ce critère est issu de la jurisprudence européenne : C.E.D.H. 8 déc. 1999, *Pellegrin c/ France*. ; A.J.D.A. 2000, p. 530, chron. FLAUSS ; J.C.P. 2000, I, n° 203, p. 195, chron. SUDRE ; R.F.D.A. 2000, p. 1268, chron. KISSANGOULA. En application de cette exception, les garanties du procès équitable ont été niées notamment aux contentieux des agents consulaires et diplomatiques (C.E.f. 5 juillet 2000, *Syndicat Force ouvrière du personnel du ministère des Affaires étrangères*) et des militaires (C.E.f. Ass., 11 juillet 2001, *Min. défense c/ Préaud*, n° 219312, A.J.D.A.2001, p. 841, chron. GUYOMAR et COLLIN ; R.F.D.A. 2001, p. 1047, concl. BERGEAL), ainsi qu'aux magistrats de l'ordre judiciaire (C.E.f. 6-4 s-s-r, 18 oct. 2000, *Terrail*, n° 208168). Or, la C.E.D.H. a limité cette jurisprudence de l'exclusion des fonctions de souveraineté à des cas où il existe un « *lien spécial de confiance et de loyauté* » : C.E.D.H. Grande chambre, 19 avril 2007, Vilho Eskelinen et a. c/ Finlande, n° 63235/00, R.F.D.A. 2007

points du permis de conduire³⁰⁶ et le contentieux de la contribution spéciale au bénéfice de l'Office des migrations internationales pour l'emploi irrégulier d'un travailleur étranger³⁰⁷. Concernant les autorités indépendantes, elles ont été reconnues obligées au respect de l'article 6 de la Convention au volet pénal³⁰⁸, notamment : le Conseil de la concurrence³⁰⁹, la Commission des opérations de bourse (C.O.B.)³¹⁰, le Conseil des marchés financiers (C.M.F.)³¹¹, l'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.)³¹², la Commission bancaire³¹³, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.)³¹⁴, la Commission de contrôle des assurances (C.C.A.)³¹⁵, le Conseil de discipline de la gestion financière (C.D.G.F.)³¹⁶ et l'Autorité des marchés financiers (A.M.F.)³¹⁷. Les exemples sont nombreux.

L'application matérielle des garanties du procès équitable, par le volet pénal de l'article 6, souligne l'activité contentieuse de l'administration et elle permet, par la même logique, la négation du caractère de tribunaux à des autorités que le droit interne a qualifié comme juridictionnelles, mais qui, matériellement, ne tranchent pas des contentieux³¹⁸. En revanche, en ce qui concerne le volet civil du procès équitable, il n'existe pas d'identité totale entre l'application des garanties du procès équitable et le contentieux : le critère contentieux est remplacé par celui de l'atteinte directe³¹⁹ à un droit civil, circonstance qui pourrait se présenter, même en dehors de tout contentieux³²⁰, par une décision administrative non

n° 5, p. 1031, comm. GONZALEZ. Dans ce sens : C.E.f. 12 déc. 2007, *Siband, Rec.*, p. 928 ; P.A. 29 avril 2008, concl. GUYOMAR.

³⁰⁶ Le retrait s'apparente à « une peine accessoire », à raison de son « caractère punitif et dissuasif », C.E.D.H. 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, § 39, J.C.P. 1999, II, 10086, note SUDRE.

³⁰⁷ Pour le Conseil d'État cette contribution correspond à une sanction rentrant dans le volet pénal d'application du droit au procès équitable, « (...) alors même que le législateur a laissé le soin de l'établir et de la prononcer à l'autorité administrative (...) », C.E.f. 28 juillet 1999, *Groupement d'intérêt économique Mumm-Perrier-Jouet*, n° 188973, A.J.D.A. 1999, p. 835 et p. 783, chron. FOMBEUR et GUYOMAR.

³⁰⁸ Les A.A.I. n'ont pas été considérées comme entrant dans le volet civil de l'art. 6 : C.E.f. Ass., 3 déc. 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bains-Tresboeuf*, Rec. p. 397, à propos de la C.N.I.L. De même pour la C.O.B. lorsque le retrait de l'agrément ne constitue pas une sanction : C.E.f. 22 juin 2001, *Sté Athis, R.F.D.A.* 2002, p. 509, concl. LAMY.

³⁰⁹ C.E.D.H. 27 fév. 1992, *Sténuet c/ France*, Série A, n°323A ; C.cass., 5 oct. 1999, *Campenon Bernard sGE, Bull. Civ.*, IV, n° 158, p. 133 ; J.C.P. 2000, II, 10255, note CADOU ; C.cass. Com. 9 oct. 2001, *SA Unibéton, J.C.P.* 2001, IV, 2870 ; C.A.P. 15 juin 1999, *SA Canal Plus, J.C.P.* 2000, II, 10254, note FOURGOUX.

³¹⁰ C.cass. com., 1^{er} déc. 1998, *Oury, J.C.P.* 1999, II, 10057, note GARAUD ; C.cass. Ass.P., 5 févr. 1999, *COB c/ Oury, Gaz. Pal.* 24-25 févr. 1999, p. 8, concl. LAFORTUNE ; J.C.P. 1999, II, 10060, note MATSOPOULOU.

³¹¹ C.E.f. Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec. p. 399 ; C.E.D.H. 27 août 2002, *Jean Louis Didier c/ France*, n° 58188/00, J.C.P. n°46, 12 nov. 2003, II, 10177, p.1997, chron. GONZALEZ.

³¹² C.E.f. 28 juillet 2000, *Sté Copper Communication*, n° 199773.

³¹³ Lorsque ses décisions ont la nature juridictionnelle : C.E.f. 29 novembre 1999, *Société Rivoli Exchange, R.F.D.A.* 2000, p. 207 ; C.E.f. Sect., 20 oct. 2000, *Sté Habib Bank Limited*, n° 180122, A.J.D.A. 2000, p. 1071, note SUBRA de BIEUSSES et GUYOMAR et p. 1001, chron. COLLIN.

³¹⁴ C.E.f. 29 juillet 2002, *Assoc. Radio Deux couleurs, A.J.D.A.* 2003, p. 475, étude THIELLAY.

³¹⁵ C.E.f. 28 oct. 2002, *Laurent, A.J.D.A.* 2002, p. 1492, note COSTA.

³¹⁶ C.E.f. 31 mars 2004, *Sté Etna Finance*, n° 243579 ; C.E.f. 10 mai 2004, *Crédit du Nord*, n° 241587.

³¹⁷ C.E.f. 4 févr. 2005, *Sté GSD Gestion et M. YX*, n° 269001, P.A. 26 avril 2005, n°82, p. 10 ; R.F.D.A. 2005, p. 1174, note COSTA.

³¹⁸ C.E.D.H. 26 juin 1986, *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, Série A, n° 101. Le juge Cremona émet une opinion dissidente dans le sens que la matière a dû être acceptée au titre du volet civil. Le retrait du permis de construire, malgré sa qualification par le droit interne, est considéré comme une décision concernant la matière pénale : C.E.D.H. 28 oct. 1999, *Escoubet c/Belgique*, n° 26780/95.

³¹⁹ Les implications sur des droits et des obligations civiles ne peuvent pas être indirectes ou lointaines : « (...) menace sérieuse, précise et imminente (...) », C.E.D.H. 6 avril 2000, *Athanassoglou c/ Suisse*, n° 27644/95, § 54.

³²⁰ Concernant le terme « contestation » à l'égard des droits et des obligations de caractère civil, « L'esprit de la convention commande de ne pas prendre ce terme dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle ; la version anglaise de l'article 6, § 1, n'en renferme du reste pas le pendant (« In

contentieuse³²¹. Cela n'est pas sans rappeler la notion des décisions graves *intuitu personae* ou prises « *en considération de la personne* »³²². Ainsi, pour la Cour européenne le retrait d'une licence ou d'une autorisation administrative, même si elle ne constitue pas une sanction en droit interne, doit respecter la procédure équitable de l'article 6, § 1, en raison des effets patrimoniaux négatifs³²³.

Le début de l'activité administrative est considéré par la Cour européenne comme le *dies a quo* aux fins de déterminer le caractère raisonnable de la durée de la procédure³²⁴. Ainsi, la Cour considère, à ces effets, que le contentieux commence devant l'autorité administrative³²⁵. Cependant, cela ne signifie pas, pour autant, que toute l'activité administrative, antérieure à la saisine des juridictions, entre dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. De même, le fait qu'une certaine activité administrative soit considérée comme entrant dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne ne signifie pas qu'elle doive respecter l'ensemble des garanties y prévues³²⁶.

En ce qui concerne l'application des « *garanties judiciaires* » prévues à l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, aucune autorité administrative colombienne n'a été considérée comme une instance processuelle³²⁷ et, par conséquent, obligée de respecter les garanties prévues à cet article. Néanmoins, une jurisprudence peu abondante a considéré que des autorités administratives d'autres États membres de la Convention étaient des organes matériellement juridictionnels. Ainsi, en citant l'affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. / Belgique*³²⁸ de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine a exigé le respect des « *garanties judiciaires* » à la procédure administrative disciplinaire³²⁹. De même, la décision administrative de déchéance de la

the determination of his civil rights and obligations » (...) », C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43, § 45.

³²¹ Négation d'un permis de construire : C.E.D.H. 25 oct. 1989, *Allan Jacobsson c/ Suède*, série A n° 163. Refus de dérogation à un plan interdisant de construire à un endroit déterminé : C.E.D.H. 28 juin 1990, *Skärby c/ Suède*, série A, n° 180 B. Arrêté de classement d'un site naturel : C.E.D.H. 27 nov. 1991, *Oerlemans c/ Pays Bas*, série A, n° 219. Prémption fiscale : C.E.D.H. 22 sept. 1994, *Hentrich c/ France*, série A, n° 296 A.

³²² Il s'agit d'une catégorie jurisprudentielle qui se construit après la seconde guerre mondiale. Bien que souvent la mesure grave, prise en considération de la personne, constitue une sanction, la catégorie est plus large que celle des sanctions. Ainsi, dans l'arrêt du principe *Nègre* la révocation discrétionnaire du directeur général de l'Agence France Presse : C.E.f. 24 juin 1949, *Nègre, Rec.*, p. 304 ; S., 1950, III, p. 67 ; D. 1949, p. 570, note J.G. La catégorie permet au juge administratif d'exiger le respect de certaines garanties processuelles, notamment la contradiction.

³²³ « (...) *des incidences négatives sur le fonds de commerce (goodwill) et la valeur du restaurant* (...) », C.E.D.H. 7 juillet 1989, *Tre Traktörer c/ Suède*, Série A, n° 159, § 43.

³²⁴ Cf. Franck ABIKHZER, « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ? », A.J.D.A. 2005 p. 985. Voir aussi : C.E.D.H. 20 nov. 2008, *Gunes c/ France*, req. n° 32157/06, R.F.D.A. 2009, p. 551, comm. DELAUNAY.

³²⁵ C.E.D.H. 26 avril 1994, *Vallée c/ France*, Série A, n° 289. Cet arrêt insinue que ce qui est relevant aux effets du délai raisonnable, n'est pas le délai du débat juridictionnel mais la durée du contentieux, et, de cette façon, reconnaît que le contentieux naît et il est traité avant d'être assumé par le juge. Ainsi, les recours préalables obligatoires sont le *dies a quo* du délai raisonnable : C.E.D.H. 29 juill. 2003, *Poilly c/ France*, n° 68155/01, § 12.

³²⁶ Cette question concerne la deuxième partie de ce travail.

³²⁷ C.I.D.H. Sentence du 31 janvier 2001, *affaire du Tribunal constitutionnel c/ Pérou*, § 69.

³²⁸ C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n 43.

³²⁹ « *Dans n'importe quelle matière, même du travail et administrative, la compétence discrétionnaire de l'administration a des limites intangibles, notamment le respect des droits de l'homme. L'activité administrative*

nationalité est une mesure qui doit respecter les garanties de la procédure régulière du droit³³⁰. Également, la procédure administrative de revendication de la propriété doit être efficace et respecter les garanties judiciaires³³¹. Or, en dehors des procédures de sanction administrative, la Cour interaméricaine a reconnu que les autorités administratives ne sont pas obligées de respecter l'ensemble des garanties judiciaires, mais celles « *visant à assurer que la décision ne sera pas arbitraire* »³³², notamment la motivation de l'acte permettant le contrôle effectif de la décision³³³.

Les juridictions françaises et colombiennes, de même que la Cour européenne des droits de l'homme³³⁴ et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ont fait une application matérielle des garanties historiquement considérées comme juridictionnelles à une partie de l'activité administrative, notamment, à une partie importante de l'activité contentieuse de l'administration³³⁵. Cela montre que la fonction contentieuse n'est pas réservée aux juridictions, mais, au contraire, exercée par divers organes non juridictionnels. Le contentieux répond ainsi à l'exercice multi-organique des fonctions de la puissance publique : la fonction normative, la fonction contentieuse et la fonction de gestion administrative sont exercées par des organes de nature législative, juridictionnelle ou administrative³³⁶. Il reste, néanmoins, nécessaire de préciser les limitations à cet exercice multi-organique des fonctions.

§2. Les limitations à l'exercice multi-organique

La séparation de pouvoirs reste une limitation à l'exercice multi-organique des fonctions du pouvoir. Or, la théorie de la séparation des pouvoirs ne peut pas être comprise selon l'interprétation classique exigeant la spécialisation absolue des organes du pouvoir ; la

*doit être régulée, ne pouvant pas alléguer l'ordre public pour diminuer discrétionnairement les garanties des administrés. Par exemple, l'administration ne peut pas sanctionner sans garantir la procédure régulière du droit (...) Les États ne peuvent pas prétendre être exclus de l'obligation du respect des garanties de l'article 8 lorsqu'ils prennent des sanctions disciplinaires et non pénales. Admettre cette interprétation équivaldrait à laisser à la volonté de chaque État le respect du droit de toute personne à la procédure régulière du droit », C.I.D.H. Sentence du 2 fév. 2001, *Baena Ricardo et autres c. Panama*, Série C, n° 72, § 126 et 129.*

³³⁰ C.I.D.H. Sentence du 6 fév. 2001, *Ivcher Bronstein c/ Pérou*, § 105.

³³¹ « *La procédure régulière du droit doit être garantie dans la procédure administrative et, en général, dans toute procédure dont la décision puisse affecter les droits des personnes* », C.I.D.H. Sentence du 17 juin 2005, affaire *Comunidad Indígena Yakye Axa c/ Paraguay*, § 62.

³³² C.I.D.H. Sentence du 19 septembre 2006, affaire *Claude Reyes et autres c/ Chili*, Série C, n° 151, § 119.

³³³ « *La Cour a établi que les décisions des organes étatiques pouvant affecter les droits de l'homme doivent être suffisamment motivées car, au cas contraire, la décision serait arbitraire (...) Dans les faits de l'espèce, l'autorité administrative chargée de décider la demande d'information n'a pas pris une décision écrite et motivée qui aurait pu permettre de connaître les motifs et les normes qui ont justifié la décision négative. Cela aurait permis de déterminer si la restriction était compatible avec la Convention et, par conséquent, la décision a été arbitraire* », C.I.D.H. Sentence du 19 septembre 2006, affaire *Claude Reyes et autres c/ Chili*, § 120 et 122.

³³⁴ La justice européenne a aussi admis une démarche matérielle dans l'application des garanties du procès équitable : C.J.C.E. 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe*, aff. C-185/95P, *Rec.* p. 4857 ; A.J.D.A.1999, p. 302 ; T.P.I.C.E. 22 octobre 1997, *SCK FNK c/ Commission*, *Rec.* p. 1746 ; T.P.I.C.E., 10 juillet 1997, *Guérin*, aff. T-38/96.

³³⁵ Tel n'est pas nécessairement le cas, lorsque tant la C.E.D.H. que la Cour constitutionnelle colombienne n'appliquent pas un critère contentieux, mais celui des conséquences sur les « *droits fondamentaux* » de la personne, (C.c.c.) ou sur un « *droit de nature civile* » (C.E.D.H.).

³³⁶ Il est dès lors possible de parler de la fonction normative du juge et de l'administration. De la fonction de gestion administrative du Parlement et des juridictions, et de la fonction contentieuse de l'administration.

théorie a été « faussée dès l'origine »³³⁷. Cette interprétation est incompatible avec tout exercice multi-organique des fonctions du pouvoir et, particulièrement, l'activité contentieuse de l'administration. L'interprétation classique de la séparation des pouvoirs n'est qu'une fiction³³⁸, un « mythe »³³⁹, une déformation³⁴⁰, « une caricature »³⁴¹. Elle serait, peut-être, un idéal type³⁴². L'interprétation classique a été condamnée lorsque la Cour constitutionnelle colombienne et le Conseil constitutionnel français ont affirmé que des autorités cumulant des fonctions ne méconnaissaient pas la séparation des pouvoirs. Les cours constitutionnelles ont ainsi compris la séparation des pouvoirs comme un non-cumul (A). Concernant la fonction contentieuse, bien que les juridictions ne disposent pas du monopole de cette fonction, la compétence juridictionnelle (B) limite son exercice par des organes non juridictionnels.

A. La séparation des pouvoirs comme non-cumul

Le cumul de fonctions du pouvoir dans un même organe est avéré, reconnu et validé ce qui prouve que l'interprétation exclusiviste de la séparation des pouvoirs ne se reflète pas dans les faits³⁴³. Attachées à l'interprétation exclusiviste, ces situations de cumul sont présentées comme des exceptions à la séparation des pouvoirs³⁴⁴ ou des applications modérées de ce principe³⁴⁵. La séparation des pouvoirs ne serait qu'un principe permettant volontiers des exceptions. En réalité, l'exercice multi-organique des fonctions n'est ni une méconnaissance ni une exception à la séparation des pouvoirs. Face au constat du fait que les fonctions sont distribuées entre les différents

³³⁷ Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 4. Pour M. TIMSIT, « (...) il faut en effet distinguer entre le discours sur et le discours de Montesquieu, (...) », Gérard TIMSIT, « M. le maudit, Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 617. Le principe de la séparation des pouvoirs a été aussi utilisé pour justifier a posteriori la juridiction administrative : « (...) après 1789 elle est devenue raisonnée, et l'Assemblée constituante l'a rattachée au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 11.

³³⁸ « En revanche, la conception de la séparation des pouvoirs comme impliquant la spécialisation des autorités, chacune étant investie de l'un des pouvoirs, ainsi que leur indépendance les unes des autres est issue de la doctrine contemporaine », Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit., p. 440.

³³⁹ « Ce principe, authentique mythe indestructible de l'État de droit et qui est à la base de toute la spéculation politique du XVIII^e siècle, est un des dogmes fondamentaux sur lesquels on peut appuyer la naissance de ce qui, au fil du temps, deviendra notre discipline », José SORIANO, *Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania, Temas de derecho público*, n° 35, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1994, p. 26.

³⁴⁰ Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 99.

³⁴¹ Loin de rendre compte de la doctrine de l'Esprit des lois, l'interprétation qui la fait procéder de l'idée de séparation des pouvoirs la défigure complètement, en donne une image tout à fait altérée, presque une caricature », Charles EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de MONTESQUIEU », loc. cit., p. 146.

³⁴² « Ce contrôle de l'administration qui est matériellement juridictionnel devrait, en même temps qu'il est juridictionnel au point de vue formel, c'est-à-dire comme s'exerçant suivant des procédures de nature juridictionnelle, être aussi juridictionnel au point de vue organique, c'est-à-dire exercé par un organe juridictionnel, par un tribunal ; cette juridictionnalisation organique étant d'ailleurs opérée au profit d'un tribunal administratif. Or cette organisation normale du contrôle juridictionnel de l'administration ne se trouve à l'état pur dans aucune législation administrative », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 6.

³⁴³ Face aux critiques à la Constitution en raison de la prétendue violation de la séparation des pouvoirs, MADISON répond : « New-Hampshire dont la Constitution a été faite la dernière, semble avoir parfaitement senti l'impossibilité et l'inutilité d'éviter tout mélange de ces départements (...) », MADISON, « Le fédéraliste, n° XLVII », in *Le Fédéraliste*, L.G.D.J., Paris, 1957, p. 401.

³⁴⁴ C.c.c. Sentence C-830-01, 8 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO. « la thèse de la séparation des trois pouvoirs, le législatif, l'exécutif et le judiciaire n'est pas acceptée de façon absolue, mais elle est appliquée selon les convenances politiques de chaque pays à un moment donné de son histoire », José CASTRO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2^e éd. éd. Argra, Bogota, 1950, p. 7.

³⁴⁵ « Ce principe est donc une règle d'art politique (...) Mais comme pour toutes les règles de cette sorte, son application doit être faite avec modération, selon l'exacte mesure qu'exigent les nécessités », Joseph BARTHELEMY et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 142 ;

organes, il est question de préciser la véritable portée du principe de séparation. On différencie entre la séparation des pouvoirs comme un non-cumul de tous les pouvoirs (1) et la séparation consistant en l'exercice non cumulatif de certaines fonctions (2).

1. Le non-cumul de tous les pouvoirs

L'essence du principe dit de séparation des pouvoirs c'est d'être un principe exclusivement négatif (a), déterminant l'exclusion des pouvoirs incontrôlés (b).

a. Un principe exclusivement négatif

Il existe un certain débat autour de la véritable portée de la pensée « *originale* » de MONTESQUIEU : pour certains, l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs n'est parvenue qu'à déformer la pensée de MONTESQUIEU³⁴⁶ tandis que, pour d'autres, cette fâcheuse interprétation est issue directement de MONTESQUIEU³⁴⁷ ; mais, elle a été corrigée par MADISON³⁴⁸ et les autres auteurs du *Fédéraliste*³⁴⁹. Dans les deux cas, ce que l'on considère comme l'interprétation correcte de la séparation des pouvoirs consiste en un principe négatif d'après lequel est condamnée toute concentration absolue de tous les pouvoirs dans une seule personne ou un seul organe ; mais, elle ne prône nullement la distribution tripartite et exclusive des fonctions. Cette idée se rapproche de celle exprimée par MONTESQUIEU lorsqu'il avertit que « *tout serait perdu si le même homme ou le même corps (...) exerçait ces trois pouvoirs* »³⁵⁰. Entendue de cette façon, cette idée n'est pas originale à MONTESQUIEU³⁵¹. Il ne s'agit pas, à l'origine, d'une idée juridique, mais, politique, forgée au XVIII^e siècle³⁵² et qui s'est

³⁴⁶ « (...) à savoir qu'en Amérique, en 1787, on entendait la séparation dans le même sens et avec la même portée que ceux qu'on lui donnait alors en Angleterre et que Montesquieu lui-même avait exactement définis », Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, T. II, op. cit., p. 667. Charles EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de MONTESQUIEU », loc. cit., p. 146. Gérard TIMSIT, « M. le maudit, Relire Montesquieu », loc. cit., p. 617.

³⁴⁷ « *N'ayant pas fait une œuvre abstraite, pleine de théories aventureuses, Montesquieu n'eut à peu près aucune influence en 1789* », Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 105.

³⁴⁸ « *L'accumulation de tous les pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, dans les mêmes mains, soit d'un seul homme, soit de quelques-uns, soit de plusieurs (...) peut être considérée comme la véritable définition de la tyrannie (...) je me flatte de prouver que l'accusation est sans fondement, et que le principe sur lequel elle est appuyée a été tout à fait mal entendu et appliqué* », MADISON, « Le Fédéraliste, n° XLVII », loc. cit., p. 398.

³⁴⁹ D'après SAINT-GIRONS, les idées de MONTESQUIEU allaient vers l'isolement des pouvoirs et l'exclusivité des fonctions ; mais, ce serait MADISON qui, tout en affirmant lire MONTESQUIEU, l'aurait corrigé. MADISON affirme : « *De ces faits, qui guidèrent Montesquieu, on peut conclure clairement que (...) il n'a point entendu proscrire toute action partielle, tout contrôle réciproque des différents pouvoirs l'un sur l'autre ; ce qu'il a voulu dire (...) c'est que, lorsque la totalité du pouvoir d'un département est exercé par les mêmes mains qui possèdent la totalité du pouvoir d'un autre département, les principes fondamentaux d'une Constitution libre sont renversés* », MADISON, « Le Fédéraliste, n° XLVII », loc. cit., p. 400. Cependant, SAINT-GIRONS n'y voit qu'une correction : « *Montesquieu, s'il avait pu lire ce passage de Madison, n'y aurait pas reconnu ses idées ; mais, il aurait parfaitement compris la critique qui s'y dissimule* », Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la (...)*, op. cit., p. 100.

³⁵⁰ Charles-Louis de Secondat MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Lib. De Firmin Didot Frères, Paris, 1853, Livre XI, chap. VI, p. 129.

³⁵¹ « *De plus, ce serait provoquer une tentation trop forte pour la fragilité humaine, sujette à l'ambition, que de confier à ceux-là mêmes qui ont déjà le pouvoir de faire les lois celui de les faire exécuter. Ils sont alors en mesure de se dispenser d'obéir aux lois qu'ils font, en mesure de les rédiger et de les appliquer en fonction de leurs intérêts. Par là, ils risquent de distinguer finalement leurs intérêts de ceux du reste de la communauté (...)* », John LOCKE, *Essai sur le pouvoir civil*, trad. Jean-Louis FYOT, P.U.F., Paris, 1953, p. 157.

³⁵² Charles EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de MONTESQUIEU », loc. cit., p. 135.

tellement répandue au XIXe siècle qu'elle est devenue un « *lieu commun* »³⁵³. Cela explique pourquoi, en dépit de l'antipathie que les révolutionnaires ressentent à l'égard de MONTESQUIEU³⁵⁴, ils adoptent l'idée de la séparation des pouvoirs à l'article 16 de la Déclaration française de 1789³⁵⁵. Ainsi, MOUNIER déclare « *pour que les pouvoirs soient à jamais divisés, il ne faut pas qu'ils soient entièrement séparés* »³⁵⁶ alors que SIEYES affirme à son tour : « *unité toute seule est despotisme, division toute seule est anarchie ; division avec unité donne la garantie sociale* »³⁵⁷.

Déformée, cette théorie a dû être réexaminée par des auteurs de différentes époques³⁵⁸ qui ont cherché à combattre l'interprétation interdisant, notamment, tant l'influence d'un pouvoir à l'égard d'un autre³⁵⁹, que l'exercice multi-organique des fonctions. Charles EISENMANN a précisé, ainsi, que l'idée de la séparation des pouvoirs interdit « (...) *le cumul de deux pouvoirs pris en bloc, dans leur totalité* »³⁶⁰ alors qu'« (...) *aucune des trois autorités n'est à la fois attributaire de l'intégralité d'une fonction, maîtresse de cette fonction et spécialisée dans cette seule fonction* (...) »³⁶¹. Les autorités peuvent exercer légitimement des fonctions de diverses natures³⁶². En conséquence, l'idée de trois pouvoirs, législatif, exécutif et juridictionnel ne signifie pas une distribution absolue de trois fonctions différentes³⁶³, mais, le résultat des conquêtes historiques des organes habituellement considérés comme exerçant l'une des trois fonctions³⁶⁴. Par conséquent, même si l'on pouvait

³⁵³ L'idée du non-cumul absolu « (...) *s'agit même au siècle des lumières d'un lieu commun de la philosophie politique, qui est même exprimé de façon semblable par de nombreux auteurs dont le seul point commun est que l'hostilité au despotisme* (...) », Michel TROPER, « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire électronique Montesquieu*, mis à jour le : 14/02/2008, <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lsh.fr/index.php?id=286>.

³⁵⁴ LANJUINAIS, « Discours contre le projet d'une seconde chambre », août 1789, cité par Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 106. De même SIEYES se prononce contre MONTESQUIEU : « *C'est là cette démocratie féodale que vous avez à redouter, qui ne cesse d'inspirer de vaines terreurs pour se conserver une grande importance, qui cache sa nullité pour le bien sous le nom de corps intermédiaire et sa puissance pour le mal sous l'autorité imposante de l'aristocrate Montesquieu* », Emmanuel-Joseph SIEYES, *Qu'est-ce le tiers état ?*, 3^e éd. Paris, 1789, réédition Champs Flammarion, Paris, 1988, chap. VI, note 1, p. 154.

³⁵⁵ « *Si on accepte l'idée que la règle de la séparation des pouvoirs signifiait seulement qu'une même autorité ne doit pas exercer toutes les fonctions étatiques, et que cette règle n'impliquait, dans l'esprit des rédacteurs de la Déclaration, aucune distribution particulière des fonctions, on s'explique alors l'unanimité de l'Assemblée et la rédaction particulière de l'article. (...) L'Assemblée constituante n'a entendu, en aucune manière, proposer un critère, un signe permettant de distribuer les bonnes constitutions des mauvaises; mais, simplement énoncer une définition du mot constitution* », Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, p. 158-159.

³⁵⁶ Jean-Joseph MOUNIER, Assemblée constituante séance du 19 août 1789.

³⁵⁷ SIEYES en présentant son projet de Constitution, séance du 2 thermidor an III, *Moniteur*, t. XXV, p. 291. Dans le même sens : « *les tyrans divisent le peuple pour régner ; divisez le pouvoir si vous voulez que la liberté règne à son tour* », SAINT-JUST, discours devant la Convention nationale le 24 avril 1793.

³⁵⁸ « *La séparation des pouvoirs ne signifie ni isolement, ni équilibre : on s'est trompé sur ce point et cette erreur a amené des objections contre ce principe tutélaire* », Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 142. Cf. Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 98-99.

³⁵⁹ Que le pouvoir arrête le pouvoir c'est logiquement incompatible avec l'isolement des pouvoirs prôné par l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs

³⁶⁰ Charles EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », loc. cit., p. 133-160, p. 148.

³⁶¹ Charles EISENMANN, « L'« esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », loc. cit., p. 171.

³⁶² « *Elles ne signifient point qu'une même autorité – individu ou corps - ne doit participer qu'à une seule fonction, avoir d'attributions que d'une seule sorte* (...) », *ibidem*, p. 177.

³⁶³ « (...) *le seul principe constitutionnel serait celui de la séparation des pouvoirs (art. 16 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen), non celui de leur trilogie* », Jean-Paul COSTA, « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », A.J.D.A. 1987, p. 343.

³⁶⁴ « *Les 'pouvoirs' législatif, exécutif et judiciaire (...) ne représentent pas trois fonctions distinctes de l'État mais les compétences acquises au cours de l'histoire par le Parlement, le monarque, et les tribunaux dans les*

affirmer que la dénomination des pouvoirs (législatif, exécutif et juridictionnel) est trompeuse³⁶⁵, car ils ne monopolisent pas la fonction qui correspond à son nom, en réalité, ces appellations tiennent à la fonction majoritairement exercée³⁶⁶.

La séparation des pouvoirs ne serait qu'un principe négatif ne déterminant aucun aménagement particulier du pouvoir³⁶⁷. Tant qu'elle ne concentre pas l'ensemble du pouvoir, toute organisation du pouvoir serait acceptée. L'organisation du pouvoir serait commandée par d'autres facteurs, par exemple l'efficacité ou des valeurs comme l'impartialité. Or, il existe deux interprétations qui présentent aussi la séparation des pouvoirs comme un critère de distribution : pour DUGUIT, la description que MONTESQUIEU fait de la Constitution d'Angleterre plaide pour la collaboration des pouvoirs³⁶⁸. D'après d'autres auteurs³⁶⁹ il s'agirait non seulement d'un principe interdisant la concentration absolue des fonctions, mais déterminant une « *balance des pouvoirs* »³⁷⁰, ce qui est confirmé par la lecture des discussions à l'Assemblée constituante³⁷¹.

Or, ni la théorie du non-cumul absolu des pouvoirs ni celle de l'équilibre ou de la balance des pouvoirs ne font obstacle à l'activité contentieuse de l'administration³⁷². La résolution administrative des litiges ne contrarie pas la séparation des pouvoirs³⁷³ dans la mesure où les autorités administratives exercent, dans ces cas, différentes fonctions sans cumuler l'ensemble des pouvoirs pris en bloc³⁷⁴. La seule façon de censurer l'activité

monarchies dites constitutionnelles. Le rôle historique de ce principe est d'avoir contribué à la lutte contre la concentration des pouvoirs plutôt qu'en faveur de leur séparation », HANS KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 330.

³⁶⁵ « Montesquieu a donc eu tort d'appeler en général le Parlement la « puissance législative » et le Gouvernement la « puissance exécutive », CHARLES EISENMANN, « L' « esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », loc. cit., note 1, p. 172.

³⁶⁶ « Le nom qu'il porte est d'autant plus justifié que cet organe joue un rôle prédominant dans la création des normes générales », HANS KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 321.

³⁶⁷ « (...) il ne saurait y avoir atteinte à la séparation des pouvoirs puisque cette séparation n'est autre que la répartition des compétences prévue par la Constitution », AGNÈS ROBLOT-TROIZIER, « Séparation des pouvoirs », in MICHEL VERPEAUX, PIERRE MONTALIVET et al., *Droit constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., Paris, 2011, p. 119.

³⁶⁸ LÉON DUGUIT, « Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique », loc. cit., p. 32. Dans le même sens : JOSEPH BARTHELEMY et PAUL DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 142.

³⁶⁹ Même si M. SORIANO se trompe en soutenant que dans la description de MONTESQUIEU les pouvoirs sont égaux, il comprend qu'il s'agit d'un système où il n'y a pas de séparation : « Il ne s'agit pas seulement des pouvoirs égaux et séparés, mais tout simplement de pouvoirs qui agissent comme une machine dont à l'intérieur de son engrenage les divers cercles s'entrecroisent, par différentes zones de croisement (...) », JOSÉ SORIANO, *Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania*, op. cit., p. 32.

³⁷⁰ MICHEL TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 121.

³⁷¹ « Pour établir la balance des pouvoirs, il suffit, ce me semble, de la permanence de l'Assemblée Nationale, de la responsabilité des agents du pouvoir exécutif (...) », CLERMONT-TONNERRE, séance du 4 septembre 1789, *Archives Parlementaires*, t. 8, p. 574.

³⁷² C'est la théorie de la spécialisation des pouvoirs qui fait obstacle à l'activité contentieuse de l'administration et non celle de la balance des pouvoirs : « (...) la balance des pouvoirs est une des formes de la séparation (l'autre étant la spécialisation) », *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 126, note 11.

³⁷³ « Les actes juridiques sont, parmi d'autres, et notamment les actes matériels, des moyens à la disposition des gouvernants dans l'exercice de leurs diverses fonctions. Selon qu'ils se proposent tel ou tel résultat, les organes de l'État choisiront, dans la gamme des procédés que leur offre l'arsenal juridique, celui qui leur paraît adéquat. Mais en aucun cas on ne peut considérer que le recours à telle catégorie d'actes juridiques soit le privilège exclusif d'une fonction », GEORGES BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », loc. cit., p. 209.

³⁷⁴ « 'Notre' principe ne s'entend au contraire que du cumul de deux pouvoirs pris en bloc, dans leur totalité, non de toute attribution particulière que l'on y peut délimiter et isoler », CHARLES EISENMANN, « La pensée constitutionnelle de MONTESQUIEU », loc. cit., p. 148.

contentieuse de l'administration consiste à considérer que toute la fonction contentieuse doit être exclusivement juridictionnelle³⁷⁵.

b. L'exclusion des pouvoirs incontrôlés

La séparation des pouvoirs ne va pas à l'encontre du fait que les différentes fonctions du pouvoir public puissent être exercées par les différents organes du pouvoir, déterminant ainsi qu'une autorité puisse cumuler des fonctions de différentes natures. En revanche, elle s'oppose aux pouvoirs incontrôlés³⁷⁶, c'est-à-dire, absolus. L'idée des freins et contrepoids, « *checks and balances* » est contraire à l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs. Elle vise à éviter le cumul absolu des pouvoirs³⁷⁷, rejoignant dès lors l'idée que la séparation des pouvoirs est un principe de contenu seulement négatif.

Lorsque les autorités administratives cumulent différentes fonctions, notamment la fonction réglementaire, la fonction de gestion et la fonction contentieuse, elles restent soumises à d'autres fonctions externes qui leur échappent, notamment la fonction législative qui peut modifier leur statut et la fonction juridictionnelle qui contrôle leurs décisions³⁷⁸. Par conséquent, les autorités administratives ne réalisent pas un cumul absolu des pouvoirs : les différentes fonctions attribuées à l'autorité administrative ne sont pas incontrôlées. Le véritable danger n'est pas le cumul de différentes fonctions, mais l'absence de contrôle³⁷⁹. Le contrôle démontre l'inexistence de la concentration de tous les pouvoirs et, par là, de la

³⁷⁵ La validation constitutionnelle des pouvoirs de sanction a été critiquée pour cette raison : « *Tandis qu'à travers la commémoration de 1789, on vante nécessairement le principe de la séparation des pouvoirs (législatif, exécutif, judiciaire), l'expansion des organismes évoqués dément le discours officiel* », François TERRE, « Réforme de la COB - La confusion des pouvoirs », *La vie judiciaire*, 7-13 août 1989, p. 3. Concernant la décision n°89-260 DC : « *À vrai dire, on ne saisit pas immédiatement la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel s'est ainsi écarté de la ligne jurisprudentielle qu'il avait suivie jusque-là et selon laquelle chacun des trois pouvoirs devait rester dans les limites de ses compétences : au législateur de poser des règles (et non d'administrer ou de juger), au juge de trancher les litiges et d'infliger des punitions ou des sanctions (et non de légiférer ou d'administrer), à l'exécutif d'administrer ou de gérer (et non de légiférer ou de juger)* », Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd. Dalloz, 2009, p. 573. La référence a disparu dans la 16^e édition des G.D.C.C. 2011, p. 238.

³⁷⁶ « *Le pouvoir peut être exercé d'une façon unifiée, comme cela a été le cas pendant l'époque coloniale par la Royale Audience ou, séparément, comme c'est illustré par notre histoire républicaine ; mais, jamais d'une façon incontrôlée* », Luis MORENO, « La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana », *loc.cit.*, p. 24.

³⁷⁷ « *Ainsi, entre l'idée de spécialisation fonctionnelle, a fortiori de séparation fonctionnelle, et l'idée de l'empêchement mutuel, il y a incompatibilité logique absolue* », Charles EISENMANN, « L'« esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », *loc. cit.*, p. 175.

³⁷⁸ « *Et je souhaiterais battre en brèche cette idée selon laquelle les autorités indépendantes vont à l'encontre du principe de séparation des pouvoirs. Non, les autorités ne condensent pas l'ensemble des pouvoirs. Prenons l'exemple de notre Conseil : il a été créé par le législateur, le ministre de l'Économie et des Finances nomme les membres et édicte nos règlements tandis que toutes nos décisions sont contrôlées par le pouvoir judiciaire. J'irai même plus loin, en indiquant que nous sommes soumis dans notre essence même et dans les textes que nous appliquons, à la volonté du législateur et de l'État* », Jean-François LEPETIT, « État, juge et régulateur », *P.A.* 23 janvier 2003 n° 17, p. 9.

³⁷⁹ « *Si nous voulons continuer à avoir un gouvernement de pouvoirs limités, ces agences de régulation doivent être elles-mêmes réglementées. Les droits du citoyen à leur encontre doivent être complets (...)* "(Elihu Root). Malheureusement, les dirigeants du barreau ont, pour la plupart, rejeté ce sage conseil (...) Le désir était de tuer les agences, en utilisant toutes les armes les plus efficaces pour l'obtenir : soit invoquer la théorie de la séparation des pouvoirs pour interdire la combinaison de fonctions législative, judiciaire et exécutive, soit utiliser la doctrine de délégation pour empêcher une montée en puissance des agences, soit exiger, par la loi, à nouveau, un contrôle judiciaire de l'action administrative », Kenneth CULP DAVIS, *Administrative Law Treatise*, vol. I, West Publishing co., Minnesota, 1958, p. 26.

méconnaissance de la séparation des pouvoirs³⁸⁰.

Le contrôle limite l'exercice multi-organique des fonctions. Cela garantit qu'« *aucun homme, ni aucun groupe d'individus, ne serait être investi d'une puissance sans bornes (...)* »³⁸¹. Une deuxième limite s'applique au sein de l'autorité cumulant des fonctions : la séparation des pouvoirs entendue comme l'exclusion de l'exercice cumulatif de certaines fonctions.

2. L'exercice non cumulatif de certaines fonctions

Bien que le cumul de fonctions dans une seule autorité dont relève l'activité contentieuse de l'administration ne contrarie pas la séparation des pouvoirs, l'idéologie même de ce principe suppose l'existence d'aménagements nécessaires au fonctionnement non arbitraire des fonctions³⁸². La séparation des pouvoirs détermine concrètement l'exercice non cumulatif de certains pouvoirs dont l'autorité est investie à l'égard de la même personne ou de la même affaire. La jurisprudence en présente trois mises en pratique : la séparation des différentes étapes de la procédure de sanction (a), la non-identité de l'autorité qui sanctionne et la victime des faits (b) et, la séparation entre les fonctions administratives et juridictionnelles de l'administration colombienne (c).

a. La séparation des différentes étapes de la procédure de sanction

La séparation des étapes de la procédure de sanction est née à l'intérieur du procès pénal où trois étapes successives (la poursuite, l'instruction et le jugement) sont différenciées. Le ministère public assure la poursuite et l'accusation à l'audience³⁸³, tandis que l'affaire est instruite par un juge d'instruction qui ne décide pas le fond de l'affaire. Cette distribution des fonctions est considérée comme une garantie fondamentale du justiciable³⁸⁴. L'idée de la séparation se construit à partir de deux principes : la séparation de la poursuite à l'égard du jugement³⁸⁵ et la séparation de l'instruction et du jugement³⁸⁶. Celui-ci n'est pas un principe

³⁸⁰ La véritable méconnaissance de la séparation des pouvoirs, par l'absorption totale des pouvoirs, mettrait un terme à l'exercice multi-organique des fonctions car, justement, les pouvoirs seraient non distribués, mais concentrés.

³⁸¹ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, *op. cit.*, p. 131.

³⁸² Cela implique une analyse non classique de la séparation des pouvoirs, mais une interprétation conformément à son esprit : « (...) derrière la division des pouvoirs se cache un élément d'une importance majeure, consistant en la lutte contre le despotisme, la tyrannie, la quête infatigable de la liberté (...) Une autre chose consiste dans le fait qu'un secteur de la doctrine n'analyse le problème de la séparation des pouvoirs que d'un point de vue structurel, c'est-à-dire de la simple existence des pouvoirs (division tripartite par exemple), ce qui en déterminerait une vision rigide et dépourvue d'esprit (...) », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 237.

³⁸³ En droit colombien, ces fonctions sont remplies par la Fiscalía General de la Nación (Parquet).

³⁸⁴ C.cass. crim. 22 juin 1878, D. 1878, I, p. 496.

³⁸⁵ L'incompatibilité des fonctions de ministère public et de juge a été énoncée par la jurisprudence : C.cas. crim., 13 sept. 1827, *Bull. crim.*, n° 237. D'après ce principe, « un magistrat du parquet, dans la circonscription duquel un délinquant a été l'objet de poursuites ne peut, ayant été nommé par la suite magistrat du siège, participer en qualité de juge au jugement de l'affaire », Claudine BERGOIGNAN-ESPER, *La séparation des fonctions de justice répressive*, P.U.F., Paris, 1973, p. 70.

³⁸⁶ Pour la C.E.D.H. l'exigence d'un tribunal impartial n'est pas satisfaite lorsque le magistrat instructeur siège dans la même affaire dans la juridiction de jugement, C.E.D.H. 26 octobre 1984, *De Cubber c/Belgique*, Série A, 86, § 29.

absolu en droit français qui accepte des aménagements, tandis que la séparation entre la poursuite et le jugement est un principe directeur du procès pénal³⁸⁷ de valeur constitutionnelle³⁸⁸.

Or, la matière administrative est régie, en principe, par le principe opposé à la séparation. Le cumul des fonctions répressives au sein d'une autorité administrative serait la règle en matière administrative³⁸⁹. La non-séparation est traditionnellement justifiée au titre de l'efficacité de la répression, et, pour ce qui concerne la sanction disciplinaire dans la fonction publique, par le principe hiérarchique³⁹⁰. La césure des étapes de la sanction n'est pas, en matière administrative, un principe constitutionnel ; mais, ce cumul des fonctions renforce l'argumentation en faveur de la procéduralisation de l'autorité³⁹¹.

Il existe, néanmoins, une tendance à reconnaître la séparation des étapes de la sanction administrative comme une concrétisation de l'impartialité³⁹². Aux fins de démarquer cette tendance, il faut, d'abord, signaler qu'en matière administrative non juridictionnelle³⁹³, la séparation des étapes ne se réalise pas, en principe, par une séparation organique selon laquelle des organes différents assument les différentes fonctions, mais par une séparation fonctionnelle : ces étapes sont exercées par différentes personnes. Par exemple, l'enquête et l'instruction des affaires sont notamment confiées à un rapporteur.

La juridiction judiciaire a condamné la confusion des étapes de la procédure de

³⁸⁷ « *La procédure pénale doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement* », article préliminaire du Code pénal, loi du 15 juin 2000.

³⁸⁸ Ce principe a conduit le Conseil constitutionnel à déclarer inconstitutionnelle une loi donnant au procureur, sous autorisation des parties, le pouvoir de prononcer certaines injonctions-sanctions : C.c.f. Décision n° 95-360 DC, 2 fév. 1995, § 5-6, D. 1997, somm. 130, Obs. RENOUX.

³⁸⁹ Ainsi, le même fonctionnaire peut valablement déposer la réclamation, diriger l'enquête et présider le conseil de discipline des fonctionnaires, lorsqu'il n'existe plus une interdiction expresse et qu'il n'est pas établi que cette personne « (...) ait manqué de l'impartialité nécessaire pour siéger audit conseil ou ait manifesté une animosité personnelle à l'égard du fonctionnaire intéressé (...) », C.E.f. 11 mai 1960, *Min. agr. c/ Laniez, Rec.*, p. 316, A.J.D.A. 1960, p. 279. Sur l'idée du cumul comme principe : Cf. Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, op. cit.*, p. 314.

³⁹⁰ Pour M. MOURGEON le principe hiérarchique justifie le cumul : « *il n'est pas moins évitable, par suite, que l'autorité détenant compétence pour prononcer la décision répressive finale soit également compétente pour accomplir tous les actes et exécuter toutes les fonctions précédant la mesure répressive et y conduisant* », Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, Bibliothèque de droit public, t. 75, L.G.D.J., Paris, 1967, p. 445.

³⁹¹ La décision du Conseil constitutionnel français concernant les pouvoirs de sanction de la C.O.B. souligne le cumul des fonctions répressives, bien qu'elle ne le sanctionne pas : considérant « (...) que l'autorité peut exercer, dans l'intérêt général, les poursuites, recueillir des charges et, le cas échéant, prononcer des sanctions dans le cadre d'une procédure administrative », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, § 45. « *On peut déduire, a contrario, que, selon le Conseil constitutionnel, il n'y a pas de violation des droits de la défense, lorsque la COB confond entre ses mains les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement (le juge constitutionnel prend soin de rappeler cette confusion) dès lors, ajoute-t-il, que ladite autorité prononce des sanctions dans le cadre d'une procédure administrative* », Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris, 2000, p. 124.

³⁹² C'est le principe de l'impartialité qui, d'une façon générale, interdit le cumul de certaines fonctions pouvant donner à préjuger l'affaire. Ainsi, dans l'affaire *Procola*, concernant le cumul des fonctions consultatives et contentieuses à l'égard de la même personne ou même affaire, la C.E.D.H. se prononce dans des termes généraux : « (...) le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions deux types de fonction est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de l'institution », C.E.D.H. 28 de septembre 1995, *Procola c/Luxembourg*, Série A, n° 236 ; R.F.D.A. 1996, p. 777-796, note AUTIN et SUDRE ; D. 1996, jurisprudence p. 301, note FLORENCE.

³⁹³ Le Conseil d'État français a reconnu que, quand la sanction est juridictionnelle, la séparation des étapes constitue une règle générale de procédure (écartable par la loi) découlant du principe général du caractère contradictoire de la procédure, ainsi que du principe des droits de la défense. Cela détermine qu'une personne ne peut être à la fois plaignante et juge : C.E.f. 14 janvier 1981, *Putot, Rec.*, p. 17.

sanction menée par la Commission des opérations de bourse³⁹⁴ dans des décisions dont la portée serait générale³⁹⁵ et qui ont été confirmées en cassation³⁹⁶. Dans les faits des espèces, le droit au procès équitable était méconnu en raison de la participation du rapporteur au délibéré. La Cour de cassation a censuré, au même titre, la présence non délibérative du rapporteur et du rapporteur général du Conseil de la concurrence³⁹⁷. La juridiction administrative a, quant à elle, procédé à une analyse *in concreto*³⁹⁸ des pouvoirs du rapporteur afin de déterminer si son rôle le plaçait en situation de préjuger l'affaire³⁹⁹. Cette jurisprudence se situe ainsi dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne sanctionne pas la participation au délibéré des personnes qui n'ont connu l'affaire que d'une façon sommaire⁴⁰⁰. Seulement, lorsque les pouvoirs du rapporteur sont différents de ceux de la formation chargée du délibéré, pouvant notamment faire des accusations et instruire en charge et à décharge, en se rapprochant par là du rôle d'un juge d'instruction, la présence du rapporteur est en principe exclue de la formation chargée de la décision⁴⁰¹. En revanche, lorsque le rapporteur dispose des mêmes pouvoirs que la formation de décision et qu'il ne représente qu'une forme de distribution du travail, sa présence n'est pas illégale.

On pourrait penser, jusque-là, que la séparation des étapes de la procédure administrative de sanction n'est pas obligatoire ; mais, lorsqu'elle est décidée normativement par l'assignation des fonctions propres à un rapporteur, il ne pourra pas participer au délibéré. Cependant, au nom de l'impartialité, la jurisprudence est allée plus loin, au point de

³⁹⁴ Les deux décisions de la chambre économique et financière de la cour d'appel de Paris du 7 mai 1997, *Oury*, annulent les décisions de sanction prononcées à l'encontre de M. Oury, notamment en raison du fait que le collègue l'a successivement accusé, poursuivi et sanctionné dans une délibération à laquelle le rapporteur avait pris partie délibérative. Suite à cette décision, la procédure devant la C.O.B. a été modifiée par le décret du 31 juillet 1997 déterminant, qu'un rapporteur sera nommé dès l'ouverture de l'enquête ; mais, sans interdire sa présence au délibéré avec voix délibérative, ce qui était censuré par les arrêts de la cour d'appel.

³⁹⁵ « *Cet arrêt dont la portée peut être considérable (...) donne avant tout une « leçon » aux différentes autorités et à tous les responsables (...)* », Michel GERMAIN et Marie-Anne FRISON-ROCHE, obs. sur C.A.P. 7 mai 1997, *Oury*, R.D.B.B., mai-juin, 1997, p. 119.

³⁹⁶ Tout en constatant que la réforme de 1997 n'avait pas interdit la présence du rapporteur au délibéré, les décisions de la cour d'appel de Paris sont confirmées par la Cour de cassation : C.cas. Ass. Plén., 5 février 1999, C.O.B. contre *Oury*, *Gaz. Pal.*, 24-25 février 1999, p. 8, concl. LAFORTUNE et note DEGUELDRE, GRAMBLAT et HERBIERE ; J.C.P. E. 1999, p. 957, note MATSOPOULOU ; P.A. 10 février 1999, p. 3, notes DUCOULOUX-FAVARD et P.M.

³⁹⁷ C.cass. com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S.G.E. c/ ministre de l'Économie, des Finances et du Budget*, concl. LAFORTUNE, *Gaz. Pal.*, 2 déc. 1999, n° 336, p. 9 et doct. p. 2, note FLECHEUX.

³⁹⁸ Cela ne signifie pas que la Cour de cassation n'ait pas procédé à une telle analyse car, dans le cas de la C.O.B., le rapporteur était le « maître de l'instruction », ainsi qu'un « personnage central lors du délibéré », P. M., note sous Ass. plén., 5 fév. 1999, *PA.*, 10 fév. 1999, n° 29. p. 10.

³⁹⁹ Le Conseil d'État ne considère pas que la présence du rapporteur du C.M.F. méconnaisse l'impartialité quand celui-ci « n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs ; qu'il n'a pas le pouvoir de classer l'affaire ou, au contraire, d'élargir le cadre de la saisine ; que les pouvoirs d'investigation dont il est investi pour vérifier la pertinence des griefs et des observations de la personne poursuivie ne l'habilitent pas à faire des perquisitions, des saisies ni à procéder à toute autre mesure de contrainte au cours de l'instruction », C.E.f. Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec.* p. 399 ; A.J.D.A.2000, p. 126, chron. GUYOMAR et COLLIN ; R.F.D.A. 2000, p. 1060, note SERMENT. En application de ce critère le Conseil a condamné, en revanche, la présence du rapporteur de la chambre régionale des comptes : C.E.f. Ass., 6 avril 2001, *S.A. Entreprise Razel Frères*, n° 206764, 206767.

⁴⁰⁰ « (...) le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue et la nature des mesures adoptées par le juge avant le procès », C.E.D.H. 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c/ Portugal*, n°15651/89, série A, n° 286-B, § 35.

⁴⁰¹ Or, devant le Conseil d'État, le rapporteur public peut assister au délibéré, même en matière des contraventions de grande voirie, sauf quand l'une des parties demande son exclusion : sauf demande contraire d'une partie, le rapporteur public assiste au délibéré. Il n'y prend pas part.

condamner une procédure légale et réglementaire de sanction instaurant le cumul des phases d'enquête, d'instruction et de sanction à l'intérieur de la Commission des opérations de bourse⁴⁰². Cela a déterminé, à nouveau, une réforme de la procédure de sanction cherchant à approfondir la séparation des trois étapes⁴⁰³. Fruit de cette évolution, l'Autorité des marchés financiers, en fusionnant la Commission des opérations de bourse et le Conseil des marchés financiers, a franchi une séparation simplement fonctionnelle concernant les étapes de la sanction (président de l'autorité, rapporteur et collègue). La séparation qui se réalise au sein de l'Autorité des marchés financiers est organique : l'enquête est menée par le secrétariat général. Le collège décide l'ouverture d'une procédure de sanction, notifie les griefs et saisit la Commission des sanctions⁴⁰⁴. Concernant la séparation entre la phase d'instruction et celle de décision, l'Autorité des marchés financiers maintient une séparation fonctionnelle. L'instruction de l'affaire est menée par un rapporteur choisi au sein de la Commission des sanctions qui ne participe pas au délibéré⁴⁰⁵. Une certaine séparation organique se présente aussi lorsque le rapporteur n'appartient pas à l'autorité administrative⁴⁰⁶. La jurisprudence française donne un autre exemple de l'exercice non cumulatif des fonctions d'une autorité administrative.

b. La non-identité de l'autorité qui sanctionne et la victime des faits

Au titre des droits de la défense, le Conseil constitutionnel français a considéré qu'une autorité ne pouvait exercer ses pouvoirs de sanction administrative et se constituer ensuite en partie civile de la procédure pénale pour les mêmes faits constituant aussi un délit. Il a été

⁴⁰² L'arrêt *Société KPMG Fiduciaire de France* (C.A.P. 7 mars 2000) sanctionne la confusion des fonctions dans la C.O.B., car le collège de cette autorité a « décidé la mise en accusation de la société KPMG sur des faits qu'il a constaté, formulé les griefs visant la personne poursuivie, statué sur sa culpabilité et sanctionné cette dernière ». L'enquête et la sanction n'étaient pas séparées car le président de la C.O.B. dirigeait l'enquête et participait au délibéré, tandis que le collège arrêtait les griefs et prenait la décision.

⁴⁰³ Les décrets 720 et 721 du 1^{er} août 2000, *J.O.*, 2 août 2000, p. 11939 disposent que le président de la C.O.B. et les membres du collège ne prennent plus partie à l'enquête. L'enquête est désormais menée par le directeur général de la C.O.B. L'instruction est confiée à un rapporteur qui ne participe pas au délibéré. Le rapporteur est choisi au sein du collège. Il notifie les griefs, instruit l'affaire et n'assiste pas au délibéré. « *La nouvelle procédure « administrative » l'enquête et « décollégialise » la décision des poursuites* », Jean-Jacques DAIGRE, « La nouvelle procédure de sanction de la COB. Une réforme en clair-obscur », *J.C.P. E*, n° 41, 2000, p. 1604.

⁴⁰⁴ Ce même modèle de séparation organique est reproduit notamment dans l'A.R.J.E.L., créée par l'art 35-I et 41 de la 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* et aussi, dans l'Autorité de contrôle prudentiel : art. L. 612-4 du Code monétaire et financier. À l'intérieur de la Commission de régulation de l'énergie et du gaz, l'art. 5 de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 a créé un comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) chargé notamment de décider les sanctions. Cet organe a un statut d'indépendance à l'égard du collège de la commission.

⁴⁰⁵ La loi du 1^{er} août 2003 tranche en faveur de l'interdiction de la présence du rapporteur au délibéré (amendement 11 à l'art. 621-15-IV, adopté par le Sénat le 5 juin 2003), même si ses pouvoirs « *ne diffèrent pas de ceux que la formation disciplinaire collégiale du Conseil (...) aurait elle-même exercé* » dans les termes de l'arrêt *Didier* (C.E.f. Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec.* p. 399), c'est-à-dire même s'il n'est pas une sorte de juge d'instruction.

⁴⁰⁶ Lors de la procédure de sanction, le C.S.A. peut faire appel à un rapporteur et il peut aussi le choisir en dehors de cette autorité administrative. S'il a été fait recours à un rapporteur, il n'assiste pas au délibéré : art. 21-22 du Règlement intérieur du CSA, Délibération du 12 février 2008, *J.O.*, 22 mars 2008.

établi qu'une autorité administrative ne pouvait pas, « (...) à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits (...) », être tant autorité de sanction que victime des faits⁴⁰⁷.

c. La séparation entre les fonctions administratives et juridictionnelles de l'administration colombienne

La jurisprudence constitutionnelle colombienne, tout en validant le cumul des fonctions administratives et juridictionnelles au sein d'une autorité administrative⁴⁰⁸, exige que, quand une autorité administrative s'est vu attribuer législativement des fonctions juridictionnelles, le fonctionnaire qui les exerce doit être différent de celui qui exerce les fonctions administratives dans une affaire particulière⁴⁰⁹. Le respect de cette réserve de constitutionnalité s'analyse aussi *in concreto* à l'égard d'une même personne et d'une affaire. Cela entraîne que le fonctionnaire qui prend des décisions administratives dans une affaire déterminée, c'est-à-dire qui a « préjugé » d'une certaine manière l'affaire ne pourra, cumulativement, exercer les fonctions juridictionnelles dont l'autorité administrative est investie.

En suivant l'évolution jurisprudentielle menée par la Cour constitutionnelle, le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif, C.P.A.C.A. du 18 janvier 2011 dispose que les décisions juridictionnelles de l'autorité administrative doivent être formellement identifiées comme telles. De plus, elles doivent être rédigées dans un document séparé de celui où l'autorité administrative exerce ses fonctions administratives⁴¹⁰. Cette séparation matérielle est instaurée aux fins de l'exclusion des actes juridictionnels du contrôle de la juridiction du contentieux administratif.

L'esprit de la séparation des pouvoirs n'est pas un véritable obstacle à l'exercice multi-organique des fonctions dont relève l'activité contentieuse de l'administration. Elle ne commande que des aménagements, notamment le contrôle des décisions et la mise en place

⁴⁰⁷ « Considérant que le respect des droits de la défense fait obstacle à ce que la Commission des opérations de bourse puisse à l'égard d'une même personne et s'agissant des mêmes faits concurremment exercer les pouvoirs de sanction qu'elle tient de l'article 5 de la loi déferée et la faculté d'intervenir et d'exercer tous les droits de la partie civile en vertu de l'article 10 de la loi », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, § 46, Rec., p. 71.

⁴⁰⁸ « (...) il n'est pas incompatible l'exercice simultané des fonctions administratives et judiciaires de la part des surintendances, à la condition de ne pas méconnaître les droits des sujets dans la procédure et de garantir l'impartialité du fonctionnaire qui administre la justice », C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁴⁰⁹ « Le même fonctionnaire ou dépendance de la Surintendance de l'industrie et du commerce ne pourra pas exercer des fonctions juridictionnelles, lors des affaires relatives à la concurrence déloyale où il s'est prononcé, au préalable, dans l'exercice de ses fonctions administratives d'inspection, de surveillance et de contrôle. Ces fonctions doivent être exercées par des fonctionnaires différents, déliés hiérarchiquement et fonctionnellement, par rapport à l'affaire soumise à sa connaissance », C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE. Jusqu'à cette décision, le même fonctionnaire exerçait l'ensemble des fonctions administratives et juridictionnelles, par une même procédure et dans un seul acte contenant des décisions administratives et juridictionnelles. Cf. Yolanda CAÑÓN, *Funciones jurisdiccionales de la superintendencia de industria y comercio*, thèse Université du Rosario (dact.), Bogota, 2002, p. 15.

⁴¹⁰ La juridiction du contentieux administratif ne connaîtra pas : « Des décisions prises par les autorités administratives dans l'exercice de fonctions juridictionnelles, hormis le cas de la compétence pour décider des recours contre ces décisions et dont la décision est attribuée à cette juridiction. Ce genre de décisions sera formellement identifié avec l'expression utilisée par les juges pour annoncer la partie décisive des sentences. Ces décisions devront être prises dans un document indépendant, ne mélangeant pas les décisions concernant la fonction administrative qui devront être prises dans un acte administratif séparé », art. 105, n° 2 C.P.A.C.A.

des garanties d'impartialité. L'exercice non cumulatif des fonctions reste néanmoins difficile à saisir ; on ne peut pas encore parler d'un principe de la césure de la procédure de sanction administrative. Dans les exemples jurisprudentiels, on ne peut voir qu'une tendance. Cette situation reflète une mutation en cours, ce qui rend difficile, pour le moment, la synthèse doctrinale. Quant à la séparation des fonctions juridictionnelles et administratives en droit colombien, c'est notamment l'exigence d'impartialité juridictionnelle qui commande cette séparation. Ces exemples de l'exercice non cumulatif de certaines fonctions sont des limites à l'exercice multi-organique des fonctions. Le respect de la compétence juridictionnelle limite aussi l'exercice non juridictionnel de la fonction contentieuse.

B. La compétence juridictionnelle

On se pose la question de savoir s'il existe, d'un point de vue constitutionnel, des limites à la déjuridictionnalisation et à l'administrativisation du contentieux. La déjuridictionnalisation du contentieux suppose que la matière en question est enlevée de la compétence juridictionnelle. Lorsqu'il s'agit d'une compétence contentieuse nouvelle, attribuée directement à une autorité administrative, c'est un cas d'administrativisation du contentieux sans déjuridictionnalisation préalable. La question consiste à savoir si un processus de déjuridictionnalisation en faveur de l'activité contentieuse de l'administration pouvait impliquer toute espèce de contentieux, et convertir légitimement l'administration en la réponse de principe au contentieux. Afin de répondre à cette question, deux critères peuvent être utilisés : l'un expliquerait que la compétence juridictionnelle est de principe (1) et que, par conséquent, l'activité contentieuse de l'administration doit rester exceptionnelle (critère en principe quantitatif) tandis que l'autre démontrerait qu'il existe un noyau dur de la compétence juridictionnelle (2) dont la déjuridictionnalisation ou l'administrativisation du contentieux est impossible (critère qualitatif).

1. La compétence juridictionnelle est de principe

Sauf à considérer que le contentieux relève exclusivement des juridictions, la juridiction est, malgré l'activité contentieuse de l'administration, la réponse de principe au contentieux. Il faut, cependant, mettre en doute cette affirmation : s'agit-il d'un constat de la distribution actuelle du contentieux ou d'une réponse intuitive, conçue à partir de l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs, qui conduit à croire, même si les juridictions ne monopolisent pas le contentieux, qu'elles en sont, malgré tout, les responsables de principe ? À défaut d'un constat ou d'une intuition, s'agit-il, en réalité, d'un principe constitutionnel semblable à celui qui enseigne qui correspond au Parlement de voter les lois⁴¹¹,

⁴¹¹ D'après l'art. 34 de la Const.f. « (...) *la loi est votée par le Parlement* », de même que l'art. 114 de la Const.c. dispose : « (...) *le Congrès de la République est responsable de (...) de faire les lois* ». Ainsi, les parlements des deux États disposent de la compétence de principe en matière législative, car elle ne peut être exercée qu'exceptionnellement par le Président de la République et sous plusieurs conditions (art. 38 de la Const.f. en matière d'ordonnances et art. 150 n° 10 de Const.c. sur les décrets-loi). Pourtant, ce principe ne permet pas de

même si ce pouvoir appartient au peuple⁴¹² ? Constat, intuition ou principe (a), il est question de préciser le fondement juridique (b) de la compétence juridictionnelle à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration.

a. Constat, intuition ou principe

L'idée du constat déterminant que les juridictions sont la réponse de principe au contentieux devrait se fonder sur des inventaires exhaustifs et sincères de la distribution juridictionnelle et non juridictionnelle du contentieux⁴¹³. Le résultat d'un tel exercice montrerait de telles proportions de contentieux non juridictionnel, vis-à-vis du contentieux juridictionnel, qu'il pourrait troubler l'idée de la répartition classique des pouvoirs, des juristes rassurés par l'occultation de l'activité contentieuse de l'administration. Cela ne serait qu'un simple constat mathématique. En réalité, disposer de la compétence pour la majorité des affaires contentieuses ne signifie pas nécessairement être la solution de principe⁴¹⁴. Le constat mathématique néglige des analyses importantes concernant la qualité des contentieux : le petit contentieux⁴¹⁵, peu coûteux, mais important⁴¹⁶, le contentieux sensible, le contentieux technique, les « séries »⁴¹⁷ contentieuses, etc.

Faute d'une telle analyse mathématique sur la répartition réelle du contentieux, considérer que l'activité contentieuse de l'administration n'est qu'un instrument marginal de résolution des litiges ne pourrait se comprendre qu'à partir d'une certaine intuition ou devoir être de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, ce devoir être d'après lequel le respect de la séparation des pouvoirs exige que les juridictions soient les responsables de l'essentiel du contentieux constituerait, en réalité, un principe.

En tant que principe touchant à la distribution du pouvoir public, il serait alors nécessaire de l'asseoir sur des textes ou sur des valeurs constitutionnelles. Ni la Constitution

conclure, en soi, une compétence de principe en matière normative, d'autres facteurs s'y mêlant, notamment le domaine de la loi et du règlement.

⁴¹² L'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose : « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation* ». Cela se confirme par l'art. 3 de la Const.f. disposant que « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». De même, en droit colombien, « *La souveraineté appartient exclusivement au peuple d'où vient le pouvoir public. Le peuple exerce la souveraineté de forme directe ou par ses représentants, conformément à la Constitution* », art. 3 de la Const.c.

⁴¹³ Cela signifierait que l'activité administrative ne pourra pas être qualifiée d'emblée et par présomption de *iure et iure* comme « *non contentieuse* » et que les théories occultant l'activité contentieuse de l'administration devront être démenties.

⁴¹⁴ Mise à part la discussion sur l'équivalence mathématique de la « *majorité* » (absolue ou simple).

⁴¹⁵ « *small claims* », « La réforme de la justice civile en Angleterre », *Rapport d'information n° 9 - 1997/1998*, présentée au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat, par Charles JOLIBOIS, Pierre FAUCHON, Robert BADINTER et Pierre GELARD.

⁴¹⁶ Or, en France « *L'échec des 'chambres adjointes' avait aussi signifié l'abandon d'une distinction, niée mais sous-jacente, entre 'grand' et 'petit contentieux' qui aurait permis de traiter certaines matières par des structures ad hoc (...)* », Marcel LONG, « Création des cours administratives d'appel », *loc. cit.*, p. 1242.

⁴¹⁷ Art. 1-3 du décret du 28 juillet 2005, intégrés au C.J.A. : art. R. 122-12-6 ; R. 222-1-6 ; R. 742-2.

française⁴¹⁸ ni la Constitution colombienne⁴¹⁹ n'attribuent directement une compétence contentieuse de principe aux juridictions. En dépit de l'absence d'un fondement constitutionnel précis, M. DELLIS⁴²⁰ défend l'idée du caractère exceptionnel de la répression administrative⁴²¹, en raison d'une certaine interprétation de la séparation des pouvoirs⁴²². Il s'agirait dès lors d'un principe non énoncé et sans fondement précis. Faute de précédents juridictionnels consacrant un principe de répression juridictionnelle de droit commun⁴²³, il est à prédire, voire à souhaiter, que le principe de la compétence juridictionnelle de principe en matière de sanctions serait énoncé par le juge constitutionnel lorsque la répression administrative aurait atteint des niveaux disproportionnés⁴²⁴. Mis à part ce vœu, le principe de la compétence juridictionnelle contentieuse de droit commun reste non expressément énoncé et sans fondement ni normatif ni jurisprudentiel.

b. Le fondement juridique du principe

Afin de donner un fondement juridique au principe de la compétence juridictionnelle de principe à l'égard du contentieux, on envisagera, dans un premier temps, des arguments possibles tenant aux particularités du droit français et du droit colombien pour tenter, dans un deuxième temps, la déduction du principe à partir d'arguments valables pour la France et pour

⁴¹⁸ La Const.f. est laconique à l'égard de la fonction juridictionnelle : concernant l'autorité judiciaire l'article 64 ne fait aucune référence à son objet, tandis que la juridiction administrative n'est mentionnée que dans un article nouveau (art. 74 introduit par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, art. 10) lui donnant compétence pour connaître juridictionnellement de certains actes des assemblées des collectivités d'outre-mer.

⁴¹⁹ La Constitution colombienne énumère les organes qui administrent la justice (art. 116), mais on ne peut pas affirmer, d'un point de vue constitutionnel, qu'administrer la justice signifie remplir une fonction contentieuse. Par ailleurs, lorsque le même article autorise la délégation des fonctions juridictionnelles à l'administration, il ne précise pas que, dans ce cas, l'administration administre la justice.

⁴²⁰ Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, op. cit., p. 72 et suiv.

⁴²¹ M. DELLIS reprend en cela les idées de Jacques MOURGEON, pour qui « *la séparation des pouvoirs, la prééminence de la répression pénale (...) continuent à figurer parmi les principes fondamentaux du droit français* », Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 9.

⁴²² Le droit pénal serait la *prima ratio*. Cette idée contrarie celle du droit pénal minimum ou de la répression pénale comme l'*ultima ratio* qui se construit sur la philosophie de l'art. 8 de la Déclaration de 1789 disposant que « *la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires (...)* ». Or, la nécessité des peines se dilue devant le Conseil constitutionnel français dans le pouvoir d'appréciation du Parlement. Ainsi, au titre de la nécessité des peines, le Conseil se livre à un simple contrôle de proportionnalité : « *Considérant que, si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue (...)* », C.c.f. Décision n° 2007-554 DC, 9 août 2007, *Rec.*, p. 303, § 8. La situation colombienne est différente : « (...) *d'après la conception selon laquelle on ne doit faire appel au droit pénal, dans son effet limitatif des libertés individuelles, que lorsqu'il n'existe pas un autre moyen de protection des biens juridiques qui résulte moins violent, la criminalisation d'un comportement ne peut opérer que comme une ultima ratio* », C.c.c. Sentence C-489/02, 26 juin 2002, M.R. Rodrigo ESCOBAR. Cela permet à la Cour de préciser que la liberté de configuration du législateur se limite à l'égard de certains comportements dont la pénalisation est constitutionnellement obligatoire, notamment le génocide et d'autres dont la pénalisation est constitutionnellement interdite : les libertés protégées et des comportements qu'en raison « *de la moindre signification du bien juridique qu'ils affectent, seraient constitutionnellement exclus de la possibilité d'être objet d'une sanction pénale* », *idem*.

⁴²³ Pour M. DELLIS le Conseil constitutionnel a formulé un tel principe dans la décision C.c.c. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, § 27, *Rec.* p. 18 et cela, « *malgré la forme très elliptique de son raisonnement* », Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, op. cit., p. 73. Cela est contestable, car il fonde cette interprétation de la décision sur la séparation des pouvoirs et, particulièrement, sur ce que n'a pas dit le Conseil constitutionnel, l'amenant à reconnaître que dans la décision ce prétendu principe est « *moins apparent* », *ibidem*, p. 74.

⁴²⁴ « *Si le besoin se présente dans l'avenir, le juge constitutionnel, sans contredire sa position actuelle, interviendra en évoquant expressément l'idée de l'exceptionnalité de la répression administrative, pour préserver le domaine pénal* », *ibidem*, p. 74. Néanmoins, « *nous pensons donc que le juge constitutionnel ne réagira pas avant d'avoir diagnostiqué un rétrécissement trop important de la répression pénale* », *ibidem*, p. 94.

la Colombie.

D'une part, les spécificités du dualisme juridictionnel français pourraient donner un fondement apparent à la compétence « *de principe* » des juridictions à l'égard du contentieux. Ce dualisme trouve son fondement constitutionnel dans une décision de 1987 ayant « *constitutionnalisé* »⁴²⁵ le « *noyau dur* »⁴²⁶ de la juridiction administrative : il relève de la compétence de cette juridiction, l'annulation ou la réformation des décisions administratives⁴²⁷ et cela en raison d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République française⁴²⁸. Voilà de quoi penser que la compétence de la juridiction administrative est de principe, à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration, qui serait d'exception. Cependant, d'après la décision, la fonction de la juridiction administrative consiste à les annuler ou réformer en « *dernier ressort* »⁴²⁹. En conséquence, l'administration pourra annuler ou réformer ces décisions, sans force de chose jugée. Dans ces conditions, cette donnée ne peut ainsi fonder que la compétence de principe de la juridiction administrative à l'égard de la juridiction judiciaire⁴³⁰, et non à l'égard de l'administration active. En d'autres termes, il s'agit d'une compétence de principe sur la chose jugée ; non, sur le contentieux.

D'autre part, la Constitution colombienne énonce, à l'article 116⁴³¹, les organes qui administrent la justice, tout en disposant qu'« *exceptionnellement la loi pourra attribuer la fonction juridictionnelle dans des matières précises à des autorités administratives déterminées* ». Le même article dispose que les particuliers peuvent exercer cette fonction, de façon transitoire, en tant que jurys des causes pénales ou d'arbitres. On pourrait ainsi argumenter que la compétence des juridictions est de principe puisqu'elle n'est ni exceptionnelle (comme celle de l'administration) ni transitoire (comme celle des particuliers). Or, cette norme ne concerne que les fonctions contentieuses qualifiées formellement comme juridictionnelles et, par conséquent, les données constitutionnelles ne permettent pas de parler d'une compétence de principe des juridictions à l'égard du contentieux en raison de l'exceptionnalité des fonctions juridictionnelles de l'administration. Dès lors, la Constitution colombienne ne permet pas d'énoncer une compétence contentieuse de principe des

⁴²⁵ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 34.

⁴²⁶ Bernard PACTEAU, *Traité du contentieux administratif, op. cit.*, p. 23.

⁴²⁷ Prises « (...) dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle », C.c.f. Décision n° 88-364 DC, 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8, § 15.

⁴²⁸ « La mention de la "conception française de la séparation des pouvoirs" n'est qu'un « obiter dictum », Georges VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : texte ? prétexte ? contexte ? », *R.F.D.A.*, sept-oct. 1990, p. 708.

⁴²⁹ C.c.f. Décision n° 88-364 DC, 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8, § 15.

⁴³⁰ Il existe sur ces matières une compétence d'exception de la juridiction judiciaire, en raison des matières qui lui sont réservées par nature et des blocs de compétence, « (...) de sorte qu'il s'agit bien ici d'une compétence non exclusive, mais, de principe », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 35.

⁴³¹ « La Cour Constitutionnelle, la Cour suprême de justice, le Conseil d'État, le Conseil supérieur de la judicature, la 'Fiscalia' (procureur en matières pénales) générale de la nation, les tribunaux et les juges, administrent la justice. Cette fonction est aussi remplie par la justice pénale militaire. Le Congrès exercera des fonctions judiciaires déterminées. Exceptionnellement, la loi pourra attribuer la fonction juridictionnelle, dans des matières précises, à des autorités administratives déterminées. Néanmoins, elles seront défendues d'instruire des affaires pénales et de juger des délits. Les particuliers peuvent exercer transitoirement la fonction d'administrer la justice dans sa condition de jurys de causes criminelles, de conciliateurs ou d'arbitres habilités par les parties pour décider conformément au droit ou à l'équité, dans les termes de la loi », art. 116 de la Const.c.

juridictions⁴³², sauf à considérer, à tort, que la fonction juridictionnelle s'identifie avec la fonction contentieuse.

La compétence de principe des juridictions en matière contentieuse peut, en revanche, être fondée différemment : tant sur le droit d'accès au juge que sur le caractère accessoire de l'activité contentieuse de l'administration.

L'accès au juge est un droit fondamental qui ne peut pas être remplacé par l'activité contentieuse de l'administration. Le droit au recours juridictionnel⁴³³ est reconnu, tant par la jurisprudence constitutionnelle française⁴³⁴ et la Constitution colombienne⁴³⁵ que par et les ordres supra-étatiques⁴³⁶. Ainsi, même si les litiges peuvent être portés, dans un premier temps, devant une instance autre que juridictionnelle – droit au recours –, la garantie de l'accès à la justice détermine la possibilité ultérieure d'exercer un recours juridictionnel contre ces décisions⁴³⁷. Ceci constitue la « *réserve juridictionnelle du dernier mot* »⁴³⁸, ce qui revient à dire que la compétence des juridictions est de principe.

Par ailleurs, le caractère de principe de la compétence juridictionnelle en matière contentieuse a aussi pour fondement le caractère accessoire des fonctions contentieuses de l'administration. L'activité contentieuse de l'administration ne s'explique qu'en raison de la

⁴³² Les juridictions disposent de la compétence de droit commun à l'égard de la fonction juridictionnelle, non de la fonction contentieuse. La Cour constitutionnelle a ainsi soutenu sur la fonction juridictionnelle exercée par des autorités administratives qu'« *il s'agit d'une exception au principe général et, en conséquence, sa portée est restrictive* », C.c.c. Sentence C-212-94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ.

⁴³³ Le droit à un recours peut être garanti par un moyen non juridictionnel, tandis que le droit à un juge est exclusivement juridictionnel. Cf. Serge GUINCHARD et al. *Droit processuel*, 5^e éd. Dalloz, Paris, 2009, p. 476.

⁴³⁴ La Constitution française, y incluant le bloc de constitutionnalité, ne consacre pas le droit d'accès au juge. Demandée par la doctrine (Thierry RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *J.C.P. G.* n° 19, 1993, I, 3675), la jurisprudence constitutionnelle a tout d'abord reconnue le droit au recours y incluant les recours administratifs (C.c.f. Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Rec.*, p. 224 § 63 et 83.). Le Conseil constitutionnel a ensuite reconnu le droit au recours juridictionnel (C.c.f. Décision n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, *Rec.*, p. 40, § 4) et, finalement, il l'a fondé sur l'art 16 Déclaration 1789 (Décision n° 96-373 DC, 09 avril 1996, *Rec.* 43, § 83 ; *A.J.D.A.* 1996, p. 371, obs. SCHRAMMECK et *R.F.D.C.*, 1996, 594 obs. où le professeur RENOUX affirme que le Conseil assoit le droit au recours juridictionnel sur l'art. 16, « *Ainsi que nous l'avons suggéré* », *ibidem*, p. 597.)

⁴³⁵ « *Il est garanti le droit de toute personne d'accéder à l'administration de la justice (...)* », art. 229 de la Const.c.

⁴³⁶ Le droit au recours est reconnu par l'art 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948, par l'art 2, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 déc. 1966, qui reconnaît aussi le droit à un juge (art. 14, § 1), par la Conv. E.D.H., art. 6, § 1 et 13 et par l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée à Nice le 7 déc. 2000 dont sa valeur découle du traité de Lisbonne du 13 déc. 2007. La jurisprudence de la C.E.D.H. a élaboré ce droit à partir d'une interprétation de l'art. 6, § 1 : C.E.D.H. 21 fév. 1975, *Golder c/Royaume-Uni*, série A, n° 18, § 36. De même, l'art. 25 de la Conv.A.D.H. adoptée à San José de Costa Rica le 22 nov. 1969 reconnaît le droit à la « *protection judiciaire* ».

⁴³⁷ Le Conseil constitutionnel a soumis la constitutionnalité des pouvoirs de sanction des autorités de régulation, à la possibilité d'exercer un recours juridictionnel postérieur : C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 6 et 22, *Rec.*, p. 8 (Le recours doit permettre le sursis à exécution). C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, § 31, *Rec.*, p. 18. De son côté, la Cour colombienne ne conditionne pas les sanctions administratives à la possibilité d'un recours juridictionnel ultérieur car, compte tenu du fait que l'accès au juge est un droit constitutionnel, le contrôle juridictionnel des sanctions administratives « *est évident* ». Ainsi, la Cour a déclaré conformes à la Constitution les sanctions administratives que peut imposer la Surintendance nationale de la santé, dans la mesure où cette autorité doit respecter le droit à la procédure régulière du droit, tout en affirmant que « (...) *si le surintendant ou ses fonctionnaires agissent en dehors des principes régissant la fonction publique, par l'imposition de sanctions arbitraires ou illégales, il est évident que la cette décision pourra être contestée devant la juridiction du contentieux administratif (...)* et même, *l'action en tutela pourra être exercée si cette décision avait aussi menacé ou méconnu des droits constitutionnels fondamentaux (...)* », C.c.c., Sentence C-921-01, 29 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO.

⁴³⁸ Alexei JULIO, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución de 1991*, op. cit., p. 185.

mission administrative de gestion. Le règlement des litiges n'est, pour les autorités administratives, qu'un instrument au service de la fonction principale⁴³⁹. Ainsi, la compétence juridictionnelle en matière contentieuse est de principe car, même si elle peut être différée, elle ne pourra pas être anéantie. De même, la compétence juridictionnelle peut concerner n'importe quel contentieux sans considérer l'activité principale que cette autorité exerce car, pour les juridictions, le contentieux reste son activité principale.

Pouvant être écartée et fonctionnellement accessoire, l'activité contentieuse de l'administration n'est ainsi que la réponse d'exception aux litiges. Cela ne signifie pas qu'elle soit insignifiante ou moindre : la constitutionnalité de l'activité contentieuse de l'administration n'est pas soumise à des étendues modestes, mais à la possibilité d'un dernier mot juridictionnel⁴⁴⁰. Ainsi, la limite de l'exercice multi-organique de la fonction contentieuse n'est pas, en réalité, quantitative, mais qualitative. Une dernière limite à l'activité contentieuse de l'administration consiste en des matières exclusivement juridictionnelles.

2. Le noyau dur de la compétence juridictionnelle

Mise à part la réserve fonctionnelle consistant en la décision juridictionnelle « *en dernier ressort* » ou définitive des litiges, il existe des limites matérielles à l'exercice multi-organique de la fonction contentieuse. Il s'agit de certaines matières où la constitutionnalité n'exige pas un dernier, mais un premier mot juridictionnel et, en conséquence, la compétence est irrémédiablement juridictionnelle.

Il ne serait plus d'actualité d'affirmer que la « *matière pénale* » est réservée aux juridictions, à l'exclusion de l'administration⁴⁴¹. Certes, on a pu considérer que les amendes devaient être exclues de la déjuridictionnalisation⁴⁴² ; mais, la jurisprudence a nié qu'il existait une réserve judiciaire sur ce genre de sanctions⁴⁴³. En réalité, il n'existait pas une assise constitutionnelle claire s'opposant aux sanctions administratives pécuniaires. Cela n'est pas le cas de la privation de la liberté (a) ou d'autres matières sensibles (b) dont la décision doit être nécessairement juridictionnelle.

a. La privation de liberté

⁴³⁹ Le Conseil constitutionnel a validé le pouvoir de sanction du C.S.A. « (...) dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission », C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.*, p. 18, § 27.

⁴⁴⁰ On pourrait parler à la place d'un certain monopole juridictionnel du contentieux, d'un monopole juridictionnel du dernier mot.

⁴⁴¹ Comme l'affirme M. du GRANRUT : « Il existe, en effet, une matière dans laquelle le législateur a une confiance absolue dans le juge étatique, dans sa compétence universelle, dans sa spécificité généralisée, sa spécialisation dans tous les domaines ; c'est la matière pénale », Bernard du GRANRUT, « La justice hors le juge », *Cahiers du droit de l'entreprise, La semaine juridique, Droit de l'entreprise*, Supl. 27, 5 juillet 1984, p. 15.

⁴⁴² « L'administration inflige elle-même une amende, alors qu'une amende devrait être normalement infligée par le juge répressif », Pierre DELVOLLE, « La justice hors le juge », *loc. cit.*, p. 21.

⁴⁴³ La jurisprudence constitutionnelle française a accepté les sanctions administratives. La sanction administrative a été admise notamment par : C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, § 30.

Très tôt, la doctrine s'intéressant à la manifestation disciplinaire de l'activité contentieuse de l'administration a énoncé la réserve judiciaire en matière de privation de liberté⁴⁴⁴. Après la suppression de la peine de mort, la privation de liberté est devenue la sanction la plus afflictive⁴⁴⁵ relevant, pour cela, de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne⁴⁴⁶. Or, une telle réserve a connu, par le passé, d'importantes exceptions dans les deux États : en France, le régime de l'indigénat (loi du 15 juillet 1914 concernant l'Algérie) autorisait l'administration française, pour des raisons d'ordre public, à prononcer des peines d'emprisonnement à l'égard de personnes n'ayant pas la nationalité française⁴⁴⁷. De même, dans le contexte interventionniste, il était possible de prononcer des mesures d'internement administratif à titre préventif et comme peine principale en matière économique⁴⁴⁸. Ainsi, le ministre de l'Intérieur était autorisé à priver de liberté les personnes considérées comme dangereuses pour la sécurité publique, dans le contexte de la guerre d'Algérie⁴⁴⁹.

Le droit français actuel présente une réserve judiciaire en matière de liberté personnelle, se fondant sur l'article 66 de la Constitution française de 1958 d'après lequel l'autorité judiciaire est la *gardienne de la liberté individuelle* et garantit que « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ». La réserve juridictionnelle confirme le rôle historique de la juridiction judiciaire dans la protection des libertés individuelles⁴⁵⁰, notamment à l'égard de la sûreté personnelle. À partir de cela, la jurisprudence a énoncé la réserve judiciaire en matière de privation de liberté. La sanction administrative ne peut pas avoir pour objet une privation de liberté⁴⁵¹. Cette réserve judiciaire couvre aussi la privation préventive⁴⁵². La privation de liberté

⁴⁴⁴ « *Il y a entre les peines pénales et les peines disciplinaires une différence essentielle de nature et d'objet. Dans leur nature, les peines disciplinaires ne sont pas essentiellement pécuniaires, ni privatives de liberté (...)* », Henri NEZARD, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Rousseau, Paris, 1903, p. 95.

⁴⁴⁵ Au Moyen Âge, la prison était considérée comme une peine douce, ne s'appliquant qu'en absence des peines principales : « *elle sanctionnait des délits mineurs ou servant de peine substitutive aux galères pour les femmes et les invalides. Les peines principales étaient autres, tant pour sanctionner les délits que les crimes : elles allaient du carcan jusqu'à l'écartèlement, en passant par le pilori, le fouet, la marque, les galères (...)* », Pierre GAUTIER, « Philosophie des lumières et privation de liberté : le cas de Montesquieu », in *Enfermement et sécurité pénale*, Dalloz, Paris, 2007, p. 39.

⁴⁴⁶ La démarche matérielle de la C.E.D.H. détermine que la privation administrative ou juridictionnelle de la liberté relève de la matière pénale, à moins que « *par leur nature, leur durée, ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important* », C.E.D.H. 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays-Bas*, § 82, série A, n° 22. De même, une mesure administrative à l'intérieur des prisons peut matériellement être considérée comme une privation de la liberté : C.E.D.H. 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, § 72, série A, n° 80.

⁴⁴⁷ Les décrets du 31 mai 1920 et du 15 nov. 1921 ont étendu ce régime à l'Afrique française. Cf. C.E.f. 4 nov. 1927, *Auleley Dinga, Rec.*, p. 1011.

⁴⁴⁸ Loi 28 juin 1941 et l'Ord. 30 juin 1945, art 29, 1°. Cf. Jean-Pierre MUNCH, *La sanction administrative*, Thèse de Paris, 1947, p. 27.

⁴⁴⁹ En effet, l'art. 1^{er} de l'ordonnance n° 58-916 du 7 octobre 1958, *J.O.* 8 octobre 1958, p. 9214 dispose que « *Les personnes dangereuses pour la sécurité publique, en raison de l'aide matérielle, directe ou indirecte, qu'elles apportent aux rebelles des départements algériens peuvent, par arrêté du ministre de l'Intérieur, soit être éloignées des lieux où elles résident, soit être astreintes à résider dans une localité spécialement désignée à ce sujet, soit être internées administrativement dans un établissement désigné par le ministre de l'Intérieur* ».

⁴⁵⁰ « (...) dès les premiers jours de l'Assemblée, le principe est certain : le pouvoir judiciaire est seul compétent pour prendre une décision touchant la liberté des citoyens, parce qu'il est seul compétent quand les droits individuels sont en jeu. Le pouvoir exécutif, représenté par le roi et ses agents, ne peut jamais arrêter un citoyen, parce qu'il ne peut jamais faire un acte judiciaire », Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *loc. cit.*, p. 98.

⁴⁵¹ Le pouvoir de sanction des autorités administratives est constitutionnel dans la mesure où « (...) la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté (...) », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, § 6, *Rec.* p. 71. Même réserve : C.c.f. Décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, § 30, *Rec.*, p. 45.

⁴⁵² Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, *op. cit.*, p. 52.

doit être ordonnée par une « *autorité de jugement* » n'étant pas chargée, en même temps, de l'action publique⁴⁵³.

Or, l'article 66 ne précise pas la portée de la réserve en matière de privation de liberté : on pourrait soutenir théoriquement que l'article 66 serait aussi respecté dans le cas d'un simple contrôle *a posteriori* de l'autorité judiciaire, par une réserve du *dernier mot*⁴⁵⁴. La réserve judiciaire n'empêche pas, tout d'abord, l'internement préfectoral des malades mentaux pour des raisons de police administrative, sous le contrôle de l'autorité judiciaire⁴⁵⁵. Ensuite, les autorités de police peuvent, lors d'une procédure de contrôle d'identité, décider la rétention d'une personne pendant une durée maximale de quatre heures (article 78-3 du Code français de la procédure pénale), sous le contrôle du juge judiciaire⁴⁵⁶. Enfin, en matière de discipline militaire, les supérieurs hiérarchiques peuvent punir les militaires de privations de liberté dénommées « *consigne* » et « *arrêt* », leur interdisant « *de quitter leur formation ou le lieu désigné par l'autorité militaire de premier niveau dont il relève* »⁴⁵⁷. Cette privation de liberté peut atteindre jusqu'à quarante jours⁴⁵⁸ dans le cas de l'arrêt et, presque l'équivalent de sept jours dans le cas de la consigne⁴⁵⁹. La discipline militaire ne saurait être incompatible avec la liberté. Par conséquent, la constitutionnalité de cette privation administrative de liberté des militaires pourrait être l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Une piste a été déjà donnée, en 2010, par le Conseil constitutionnel dans le cas de l'hospitalisation forcée des malades mentaux, décidant que la réserve judiciaire en matière de privation de liberté pourrait être mise en place de différentes manières⁴⁶⁰, n'exigeant pas, dans tous les cas, l'intervention préalable de l'autorité judiciaire. Ainsi, l'intervention du juge judiciaire pourrait être ultérieure, par la voie du contrôle de la privation de liberté⁴⁶¹. Il n'est néanmoins pas évident que la privation de liberté des militaires puisse être validée avec le même argument qui, poussé au bout de ses conséquences, réduirait à néant la réserve judiciaire en matière de privation de liberté.

⁴⁵³ Même avec l'accord des parties, le procureur ne peut pas prononcer la sanction : C.c.f. Décision n° 95-360 DC, 2 février 1995, § 6, *Rec.*, p.195 ; *D* 1997, somm. 130. Obs. RENOUX.

⁴⁵⁴ « (...) nous pensons que l'hypothèse d'une sanction administrative qui serait privative de la liberté individuelle ne doit pas être exclue dans le droit positif français en vigueur. Une telle mesure serait conforme à l'esprit de la Constitution si elle est soumise au contrôle du juge judiciaire », Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, *op. cit.*, p. 52.

⁴⁵⁵ Paul AMSELEK, « Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'attentes administratives à la liberté individuelle », *R.D.P.* 1965, p. 801

⁴⁵⁶ C.c.f. Décision n° 93-323 DC, 5 août 1993, § 10, *Rec.*, p. 213.

⁴⁵⁷ Art. R. 4137-28, al. 2 du Code de la défense.

⁴⁵⁸ Art. R. 4137-25 du Code de la défense.

⁴⁵⁹ « Un tour de consigne correspond à la privation d'une matinée, d'une après-midi ou d'une soirée de sortie. La privation d'une journée entière de sortie équivaut à trois tours de consigne. Le nombre de tours de consigne susceptibles d'être infligés pour une même faute ou un même manquement ne peut être supérieur à vingt », art. R. 4137-27, al. 1 du Code de la défense.

⁴⁶⁰ « (...) que, dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter », C.c.f. Décision n°2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *J.O.* 27 novembre 2010, p. 21119, § 14.

⁴⁶¹ « (...) si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté ; que, dès lors, les dispositions de l'article L. 333-1 du Code de la santé publique, qui confient au directeur de l'établissement le soin d'admettre une personne en hospitalisation sur demande d'un tiers après avoir vérifié que la demande a été établie conformément aux dispositions de l'article L. 333 ou de l'article L. 333-2, ne méconnaissent pas les exigences tirées de l'article 66 de la Constitution », C.c.f. Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *J.O.* 27 novembre 2010, p. 21119, § 20.

Dans le cas colombien, certaines normes visant au désencombrement des juridictions⁴⁶² ont effectué une différenciation entre des délits, relevant de la compétence juridictionnelle et pouvant être sanctionnés par une peine d'emprisonnement et des « *contraventions spéciales de police* » (article 1^{er} de la loi n° 23 du 21 mars 1991), décidées par des autorités administratives⁴⁶³. Celles-ci pouvaient être punies par une privation spéciale de liberté, dénommée « *arrestation* ». L'arrestation administrative relevait d'un régime moins sévère que l'emprisonnement : d'une durée moyenne de moins d'un an⁴⁶⁴, l'autorité administrative pouvait substituer l'arrestation par des travaux d'intérêt général, compte tenu du comportement de la personne sanctionnée pendant l'exécution de la mesure⁴⁶⁵. La privation administrative de liberté était autorisée par la Constitution antérieure n'exigeant, en matière de privation de liberté, que la décision d'une « *autorité compétente* », (article 23 de la Constitution colombienne de 1886)⁴⁶⁶.

La Constitution colombienne de 1991 a expressément réservé aux juridictions la décision sur la liberté des personnes (article 28). La décision nécessaire d'une « *autorité compétente* » a été remplacée par la décision d'une « *autorité judiciaire compétente* »⁴⁶⁷ visant clairement à interdire la privation administrative de liberté⁴⁶⁷. Or, l'article 28 transitoire de la Constitution de 1991 a maintenu temporairement le système de l'arrestation administrative pour des contraventions spéciales, en attendant le vote d'une nouvelle loi attribuant ces fonctions aux juridictions⁴⁶⁸. La constitutionnalité transitoire a expiré⁴⁶⁹ avec la promulgation de la loi n° 228 du 21 décembre 1995 (article 16), ayant juridictionnalisé toute mesure de privation de liberté. Aujourd'hui, la réserve juridictionnelle du « *premier mot* »⁴⁷⁰ en matière de privation de liberté n'est constitutionnellement exceptée que par la détention préventive de moins de 36 heures, avec l'obligation de porter la personne détenue dans ce délai devant une autorité judiciaire compétente (article 28 de la Constitution, al. 2) et par la détention en flagrant délit (article 32

⁴⁶² Notamment le décret 1355 de 1970 et la loi n° 23 du 21 mars 1991, *portant la création des mécanismes pour la décongestion des Juridictions*

⁴⁶³ La compétence de principe en matière de contraventions spéciales de police appartenait aux inspecteurs pénaux de police ; mais, dans les lieux où ceux-ci n'étaient pas établis, la compétence serait exercée par les maires (art. 1 loi n° 23 du 21 mars 1991). L'appel de ces décisions parcourait la hiérarchie administrative : maires et gouverneurs.

⁴⁶⁴ Certaines contraventions étaient punies d'entre 6 et 12 mois d'arrestation. L'arrestation minimale était de 3 mois et la maximale de 18 mois. Cf. art. 1 loi n° 23 du 21 mars 1991, n° 1-19.

⁴⁶⁵ Les peines d'arrestation pouvaient être substituées par des obligations de travail dans des ouvrages publics ou dans la fonction de l'alphabétisation : Paragraphe de l'art 12 de la loi n° 23 du 21 mars 1991.

⁴⁶⁶ Par exemple, la loi 61 de 1888, connue sous le nom de « *loi des chevaux* » autorisait l'administration à « *prévenir et à réprimer administrativement les délits et les fautes contre l'État* », ainsi que les « *conspirations contre l'ordre public* ». Cette loi a été considérée comme l'abandon de l'État de droit, par l'adoption d'un État de police : cf. Diego URIBE, « La regeneración », in *Evolución política y constitucional de Colombia*, Université Complutense de Madrid – Agencia española de cooperación internacional, Madrid, 1996, p. 172-173.

⁴⁶⁷ « (...) il résulte clairement que la volonté du constituant a été expressément dirigée dans le sens d'interdire la privation administrative de liberté qui avait été autorisée par la Constitution aujourd'hui dérogée », C.c.c. Sentence C-176-07, 14 mars 2007, M.R. Marco MONROY.

⁴⁶⁸ La constitutionnalité de l'arrestation pour des contraventions spéciales de police a été validée en raison de l'art. 28 transitoire : C.c.c. Sentence C-212-94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ. L'article 28 transitoire constitue un « (...) fondement constitutionnel précaire et exceptionnel » : C.c.c. Sentence C-270/94, 9 juin 1994, M.R. Hernando HERRERA.

⁴⁶⁹ La Cour a constaté l'expiration du fondement transitoire : C.C.c. Sentence C-176/07, 14 mars 2007, M.R. Marco MONROY.

⁴⁷⁰ Alexei JULIO, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución de 1991*, op. cit., p. 185.

de la Constitution)⁴⁷¹. Hormis ces deux exceptions, la Cour constitutionnelle s'est montré intraitable dans la protection de cette réserve judiciaire⁴⁷², tout en essayant de l'expliquer dans la séparation des pouvoirs, dans une pénurie d'arguments⁴⁷³.

b. D'autres matières sensibles

Mise à part la privation de la liberté, d'autres matières relèvent exclusivement de la compétence juridictionnelle dans les deux systèmes : l'article 116 de la Constitution colombienne interdit aux autorités administratives l'instruction des affaires pénales, tandis que la jurisprudence a élargi la réserve judiciaire aux enquêtes des délits⁴⁷⁴. De même, tant en France qu'en Colombie, les autorités administratives ne pourront pas pénétrer dans le domicile d'une personne sans l'autorisation écrite d'une autorité judiciaire⁴⁷⁵, sauf⁴⁷⁶ en raison de l'urgence dans la protection d'un droit en péril⁴⁷⁷. Le Code pénal français sanctionne la violation du domicile par une autorité publique (article 432-8 du Code pénal français⁴⁷⁸).

Les écoutes téléphoniques montrent une situation différente dans les deux États : toutes les intrusions dans les communications doivent être judiciairement ordonnées dans le droit colombien (article 15, al. 3 de la Constitution colombienne), tandis que cette règle, en droit français, est exceptée lorsque les écoutes sont nécessaires pour des raisons d'intérêt général. Dans ce cas, les écoutes téléphoniques sont autorisées par le Premier ministre et

⁴⁷¹ L'art. 250 n° 1 de la Constitution autorisait le Parquet (Fiscalía General de la Nación) à « *assurer la comparution des supposés infracteurs de la loi pénale* » ; mais, l'Acte de réforme de la Constitution n° 3 de 2002 oblige le Parquet à demander ces décisions au juge du contrôle des garanties et seulement à titre exceptionnel, le Parquet pourra être législativement autorisé à ordonner des arrestations sous un contrôle judiciaire dans les 36 heures suivantes (art. 250 Const.c. n° 1, al. 3).

⁴⁷² La possibilité donnée aux autorités de police d'arrêter jusqu'à 24 heures un conducteur en état d'ivresse, pour cette seule raison est inconstitutionnelle : C.c.c. Sentence C-189-99, 24 mars 1999, M.R. Carlos GAVIRIA. De même, l'arrestation administrative pour inaccomplissement d'un ordre de comparution émise par la police est inconstitutionnelle : C.c.c. Sentence C-237-05, 15 mars 2005, M.R. Jaime ARAUJO. L'autorisation au Parquet d'arrêter des personnes lorsque « *moyennant des motifs fondés, il n'a pas raisonnablement l'opportunité de demander l'ordre judiciaire écrit* », méconnaît la Constitution, car l'indétermination de ces raisons contrarie l'exceptionnalité de cette compétence : C.c.c. Sentence C-730-05, 12 juillet 2005, M.R. Álvaro TAFUR. L'arrestation administrative des témoins des contraventions qui se refusent à comparaître est inconstitutionnelle : C.c.c. Sentence C-850-05, 17 août 2005, M.R. Jaime ARAUJO. L'autorisation législative au Parquet pour ordonner des arrestations est inconstitutionnelle lorsque les conditions l'autorisant ne font pas de cette possibilité une compétence exceptionnelle : C.c.c. Sentence C-1001-05, 3 oct. 2005, M.R. Álvaro TAFUR.

⁴⁷³ C.c.c. Sentence C-237-05, 15 mars 2005, M.R. Jaime ARAUJO ; C.C.C. Sentence C-176/07, 14 mars 2007, M.R. Marco MONROY.

⁴⁷⁴ La Cour a élargi la réserve judiciaire aux enquêtes pénales qui ne pourront pas, même dans des circonstances exceptionnelles, être confiées aux militaires : C.c.c. Sentence C-034-93, 8 fév. 1993, M.R. Eduardo CIFUENTES.

⁴⁷⁵ Art. 28 de la Const.c. La jurisprudence constitutionnelle française énonce aussi que les visites et perquisitions doivent être autorisées et contrôlées par l'autorité judiciaire : C.c.f. Décision n° 83-164 DC, 29 déc. 1983, § 28, *Rec.*, p. 67.

⁴⁷⁶ L'art. 32 Const.c. permet de pénétrer dans le domicile d'une personne qui est trouvé en flagrance. De même, l'art. 250 n° 2 Const.c. autorise le Parquet à pratiquer des visites aux fins de preuve dans les enquêtes pénales.

⁴⁷⁷ Des raisons prévues dans le Code colombien de la police, notamment en cas d'incendie, de la chasse d'un animal violent ou de personne qui demande de l'aide : C.c.c. Sentence C-176-07, 14 mars 2007, M.R. Marco MONROY. Pour le cas français, les raisons sont prévues par le Code de procédure pénale : par exemple, le secours à personne qui demande de l'aide (art 59 al 1 C.P.P.)

⁴⁷⁸ « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, de s'introduire ou de tenter de s'introduire dans le domicile d'autrui contre le gré de celui-ci hors les cas prévus par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

contrôlées par une autorité administrative indépendante⁴⁷⁹. La jurisprudence française exclut aussi du champ des sanctions administratives les décisions concernant la liberté d'expression et de communication, en raison de la réserve judiciaire de la liberté individuelle⁴⁸⁰.

À partir de la limite commune à l'exercice multi-organique de la fonction contentieuse, consistant en la privation de liberté, on se pose la question de savoir si cette réserve judiciaire concerne, par là, certains comportements nécessairement sanctionnés par la privation de liberté et, partant, exclus de l'activité contentieuse de l'administration. M. DELLIS affirme dans sa thèse qu'en principe, la vie et l'intégrité physique devraient être sanctionnées par des sanctions restrictives de la liberté individuelle⁴⁸¹. Une telle affirmation qui pourrait relever d'une certaine logique pénale⁴⁸² n'a un fondement ni normatif⁴⁸³ ni jurisprudentiel⁴⁸⁴ solide. D'ailleurs, les jurisprudences constitutionnelles française et colombienne ont averti du caractère exceptionnel de la peine de privation de liberté⁴⁸⁵.

Il existe, finalement, une matière réservée aux juridictions qui concerne spécifiquement le droit administratif et qui montre une différence fondamentale entre le droit français et le droit colombien :

- il s'agit, pour le cas français, de l'annulation des actes administratifs des autorités placées en le haut de la hiérarchie administrative. Ainsi, lorsqu'il est question du rapport d'une décision d'une autorité non soumise à l'autorité hiérarchique, l'acte ne pourra être annulé

⁴⁷⁹ Le secret des communications téléphoniques est garanti et « *il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique* », en raison des besoins d'intérêt public (art. 1 loi n° 91-646 du 10 juillet 1991). Ce principe de la décision d'une « *autorité publique* » signifie que les écoutes téléphoniques peuvent être judiciaires (art. 97) 100-7 C.P.P.) et exceptionnellement administratives, notamment pour des raisons de sécurité nationale. Dans ce cas, l'autorisation est émise par le Premier ministre (art. 4 loi du 10 juillet 1991). La loi prévoit un contrôle de légalité a posteriori effectué par la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité (C.N.C.I.S.) – A.A.I. Or, très rapidement la C.N.C.I.S. et le Premier ministre ont décidé de pratiquer un contrôle préalable des demandes d'interceptions de la part des autorités de renseignements : *Rapport d'activité de la C.N.C.I.S. 2005*, La Documentation française, Paris, 2005, p. 13.

⁴⁸⁰ « (...) *eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative* », C.c.f. Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Rec.*, p. 107, § 16

⁴⁸¹ Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, op. cit., p. 90. Néanmoins « *en aucun cas le juge constitutionnel ne peut prononcer ex nihilo une injonction, quelle qu'elle soit, au législateur et, dans l'hypothèse qui nous intéresse, une injonction d'incriminer un comportement contraire à la Constitution* », *ibidem*, p. 91.

⁴⁸² Selon laquelle les atteintes aux biens juridiques considérés les plus importants, doivent encourir les sanctions les plus sévères.

⁴⁸³ La nécessité des peines prévues à l'art. 8 de la Déclaration de 1789 opère plutôt dans le sens de restreindre l'action normative dans la typification des comportements. Ce principe ne détermine ni qu'un certain comportement doit être typifié ni la sanction qu'il mérite. Dans le même sens, l'art. 28 de la Const.c. dispose que les raisons donnant lieu à la privation de liberté doivent être législativement prévues.

⁴⁸⁴ La jurisprudence constitutionnelle a considéré qu'elle n'a pas à « *substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition (...) n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789* », C.c.f. Décision n° 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, § 13 ; D. 1982, I, p. 441, note DEKEUWER ; J.C.P. 1981, II, 19701, note FRANCK ; A.J.D.A.1981, p. 278, note GOURNAY ; A.J.D.A.1981, p. 275 note RIVERO ; R.D.P. 1981, p. 661, note PHILIP ; R.A., 1981, p. 266 note DE VILLIERS ; D. 1981, J. p. 101, note PRADEL. Même si la jurisprudence colombienne respecte l'appréciation du législateur quant au choix des peines, elle considère : « *alors que le droit à la liberté n'est pas absolu, il est évident que sa limitation n'est pas non plus absolue* », C.C.c., Sentence C-327-97, 10 juillet 1997, M.R. Fabio MORON et, par conséquent, elle soumet la décision du législateur à un examen de raison suffisante et de proportionnalité de la sanction à l'égard du principe de la liberté.

⁴⁸⁵ C.c.f. Décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, § 17, *Rec.*, p. 89, et C.c.c. Sentence C-327-97, 10 juillet 1997, M.R. Fabio MORON.

qu'à la suite d'une décision juridictionnelle. Tel serait le cas des décisions des ministres⁴⁸⁶ et, *a fortiori*, du Premier ministre⁴⁸⁷. Or, ce sont davantage les limites mêmes du principe hiérarchique qui expliquent que seul un juge puisse prononcer l'annulation rétroactive de ces actes, qu'une véritable réserve juridictionnelle dans la matière. Dans la même logique de simples limitations du principe hiérarchique, une autorité qui n'est pas la supérieure de celle qui a pris l'acte ne pourra pas l'annuler elle-même et, par conséquent, elle devra exercer un recours pour excès de pouvoir⁴⁸⁸. Aussi, lorsque la décentralisation a rompu les liens hiérarchiques, l'annulation de l'acte ne pourra être que juridictionnelle⁴⁸⁹.

- pour le droit administratif colombien, en revanche, les autorités administratives ne disposent pas du pouvoir de retirer rétroactivement les actes administratifs et cette décision est réservée à l'annulation juridictionnelle de l'acte. L'autorité administrative ayant pris l'acte ou son supérieur hiérarchique, n'est compétente que pour prononcer la « *révocation* » de l'acte⁴⁹⁰. La révocation colombienne s'apparente à l'abrogation française dans la mesure où elle n'a d'effets que pour le futur⁴⁹¹. Dès lors, la jurisprudence colombienne a reconnu que la révocation ne fait pas obstacle au contrôle juridictionnel de l'acte révoqué⁴⁹².

Hormis les matières énoncées comme nécessairement juridictionnelles, le contentieux n'est pas l'objet exclusif des juridictions. La vision exclusivement juridictionnelle du contentieux est remise en cause. La fonction contentieuse est exercée par différents organes non juridictionnels. Par conséquent, un réexamen de la définition de la juridiction s'avère nécessaire.

Section II. La définition de la juridiction

⁴⁸⁶ C.E.f. 25 juillet 1952, *Gingold*, concl. GUIONIN, D. 1953, p. 188 et 327 et Note AUBY, R.D.P. 1953, p. 204. « Il y a là sans doute, la seule définition donnée par le Conseil d'État, de ce qu'est une juridiction : seule une juridiction peut annuler les décisions d'un ministre », Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, op. cit., p. 148.

⁴⁸⁷ Le Conseil constitutionnel français a décidé qu'il était contraire à l'article 21 de la Constitution de soumettre les dispositions réglementaires du Premier ministre aux règles imposées par une autorité administrative indépendante (en l'espèce la C.N.C.L.) : C.c.f. 18 septembre 1986, Décision n° 86-217 DC, *Rec.*, p. 141, § 60. De cette décision, le professeur DEGOFFE conclut qu'« il ne peut, *a fortiori*, conférer à cette même autorité administrative indépendante, le pouvoir d'annuler les actes de ce même Premier ministre (...) domaine réservé à celle-ci - la juridiction administrative - qui serait le pouvoir d'annuler les décisions du Premier ministre », Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, op. cit., p. 147.

⁴⁸⁸ C.E.f. 7 juin 1902, *Maire de Nérès-les-Bains*, S. 1902, III, p. 81, note HAURIOU ; C.E.f. Ass. 20 janvier 1950, *Ville de Tignes*, *Rec.*, p. 46 ; C.E.f. Sect. 1^{er} avril 1955, *Ville d'Arles*, *Rec.*, p. 194.

⁴⁸⁹ C.E.f. Ass. 2 fév. 1951, *Préfet de la Marne*, *Rec.*, p. 60.

⁴⁹⁰ « Les actes administratifs devront être révoqués par les fonctionnaires qui les ont pris ou par leurs supérieurs hiérarchiques, d'office ou à la demande de l'intéressé, dans les cas qui se suivent : 1. Lorsqu'ils sont en évidente opposition avec la Constitution politique ou à la loi. 2. Lorsque ces actes sont contraires à l'intérêt public ou social ou lorsqu'ils l'altèrent. 3. Lorsque l'acte cause un préjudice injustifié à une personne », art. 93 du C.P.A.C.A.

⁴⁹¹ « (...) la révocation d'un acte ne rétablit pas en soi l'ordre juridique affecté, ni enlève les effets ayant pu être produits avant cette déclaration », C.E.c. Section 1^{ère}, 26 fév. 2004, affaire n° 7498, C.R. Gabriel MENDOZA.

⁴⁹² « Lorsque la révocation directe de l'acte est fondée sur des raisons d'inconstitutionnalité ou d'illégalité, (...) l'administration exerce la prérogative d'autotutela ou d'autocontrôle, offerte par la loi afin qu'elle puisse éliminer, elle-même, ses propres actes par sa propre initiative ou par la demande d'un administré. Néanmoins, la révocation n'implique pas une déclaration formelle d'illégalité ou d'inconstitutionnalité de l'acte. Il s'agit d'une déclaration visant à arrêter les effets de l'acte et à décider sa disparition définitive *ex nunc*, c'est-à-dire pour le futur », C.E.c. Section 3, 13 mai 2009, affaire n° 15652, C.R. Myriam GUERRERO.

Définie par la fonction qu'elle exerce, la juridiction présuppose deux idées : d'une part, la juridiction remplit une fonction : la fonction juridictionnelle. D'autre part, l'exercice de cette fonction engendre des conséquences, dont l'identification formelle de l'organe appelé juridiction. En d'autres termes, lorsque l'on essaie de définir matériellement la juridiction, on tente, au fond, de cerner la fonction juridictionnelle. Il est donc théoriquement impossible de définir matériellement l'organe juridictionnel, car on se demande, immédiatement, ce qu'il fait.

En revanche, lorsque l'on tente de définir formellement la juridiction, on ne se pose plus la question de connaître son objet, mais de savoir comment elle agit ou sous quelles formes elle se prononce. L'impossible définition matérielle de la juridiction (**Sous-section 1**) oblige à l'étude de définitions formelles (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. L'impossible définition matérielle de la juridiction

Pour définir un organe par la fonction qu'il remplit, celle-ci doit être exclusive à cet organe⁴⁹³. Ainsi, lorsque l'on prétend définir matériellement l'organe juridictionnel, cela sous-entend que la fonction qu'il exerce est exclusive aux juridictions. En revanche, lorsque l'on cherche à définir la fonction juridictionnelle, d'un point de vue matériel, et non l'organe, il est possible que cette fonction soit exercée en dehors des juridictions. La définition matérielle de la fonction juridictionnelle se construit soit à partir de l'existence de matières juridictionnelles (**§1**), soit à partir de la fonction exercée à l'égard de ces matières, c'est-à-dire de la fonction juridictionnelle (**§2**).

§1. Les matières juridictionnelles

Une première façon de tenter la définition matérielle de la juridiction consiste à s'interroger sur l'existence de matières juridictionnelles par nature, caractérisant, par là, les juridictions. Cela fait penser, *a priori*, à la matière contentieuse. Néanmoins, le contentieux n'est pas la seule matière confiée aux juridictions. Pour délimiter les matières juridictionnelles, il est nécessaire d'analyser tant le contentieux que la matière gracieuse (**A**). L'examen des mouvements de juridictionnalisation et déjuridictionnalisation des matières (**B**) devront permettre d'identifier des matières nécessairement juridictionnelles.

A. Le contentieux et la matière gracieuse

⁴⁹³ Dans le corps humain, les « échanges gazeux » n'ont lieu que dans les poumons : « *POUMON. 2. Chacun des deux viscères logés symétriquement dans la cage thoracique, organes de la respiration où se font les échanges gazeux* », *Le Petit Robert*, éd. 2000, Vox. « *Poumon* ». La définition peut aussi inclure la fonction qui n'est pas exclusive ; mais, à laquelle l'organe participe, par exemple la locomotion. Ainsi, le pied est une « *Partie inférieure articulée à l'extrémité de la jambe (...) permettant la station verticale et la marche* », *ibidem*, vox : « *Pied* ».

Le contentieux est tranché en dehors des juridictions. La résolution des litiges n'est pas une fonction exclusivement juridictionnelle. On se pose, néanmoins, la question de savoir si le contentieux est la seule matière attribuée aux juridictions, pouvant dès lors les définir. Les juridictions pratiquent aussi l'exercice multi-organique des fonctions : elles organisent le service public de la justice, par actes soumis au contrôle de la juridiction administrative⁴⁹⁴. De même, la juridiction administrative française et la juridiction colombienne du contentieux administratif exercent une fonction consultative⁴⁹⁵. La juridiction administrative française prononce, par ailleurs, des autorisations de plaider, au profit des contribuables, au nom et à la place de la collectivité territoriale et de ses établissements publics⁴⁹⁶. Finalement, les juridictions prononcent aussi des actes d'administration juridictionnelle⁴⁹⁷ ou d'administration de la justice⁴⁹⁸, échappant, nonobstant, au contrôle de la juridiction administrative⁴⁹⁹. Il s'agit d'un groupe de matières non juridictionnelles exercées par les juridictions. En outre, les juridictions adoptent des décisions dans des matières gracieuses dont la nature non juridictionnelle est contestable. Or, l'exclusion de la matière gracieuse de la matière juridictionnelle (1) doit être nuancée, en raison d'une tendance à reconnaître le caractère juridictionnel aux matières gracieuses (2).

1. L'exclusion de la matière gracieuse de la matière juridictionnelle

Traditionnellement attachée aux institutions processuelles de droit privé, la différence entre juridiction gracieuse et juridiction contentieuse ne va pas sans conséquences sur le droit administratif. La classification fonde ses origines dans le droit romain par l'opposition entre la juridiction volontaire et la juridiction contentieuse des consuls⁵⁰⁰ : la juridiction volontaire découle de l'*imperium* du consul, tandis que la juridiction contentieuse, dépend de sa *jurisdictio*. Cette classification est adoptée par le droit français qui considère, dans un premier temps, la juridiction volontaire comme le synonyme de la juridiction gracieuse⁵⁰¹. La doctrine explique, alors, que les affaires de la juridiction contentieuse se déroulent *inter nolentes*, c'est-à-dire entre personnes qui ne

⁴⁹⁴ Tandis que les actes du fonctionnement du service public judiciaire relèvent de la juridiction judiciaire : T.c.f. 27 nov. 1952, *Préfet de Guyane, Rec.*, p. 642, *G.A.J.A.*, 18^e éd., *op. cit.*, n° 67.

⁴⁹⁵ La juridiction administrative prononce des avis ordinaires et contentieux, dépourvus de l'autorité de la chose jugée : C.E.f. 7 juillet 2000, *Clinique chirurgicale du Coudon, Rec.*, p. 313. La chambre de la consultation et du service civil du Conseil d'État colombien ne prononce que des avis non contentieux.

⁴⁹⁶ Art. L. 212-2 C.J.A. et art. L. 2132-5 à L 2132-7 du Code général des collectivités territoriales. Le Code de justice administrative classe les fonctions consultatives et celle de l'autorisation à plaider dans l'intitulé des « *Attributions administratives* ».

⁴⁹⁷ Par exemple, la suspension d'un sursis à exécution est une « *mesure conservatoire* », dans laquelle la mission du juge « *s'apparente davantage à celle d'une autorité chargée d'assurer le fonctionnement continu d'un service public qu'à une activité juridictionnelle* » dans ce cas, le président de la section « *se borne à accomplir un acte d'administration judiciaire (...)* Mais, le droit public ayant une totale autonomie, nous ne vous proposerons pas de qualifier ces mesures (...)», Jacques BIANCARELLI Conclusions sur C.E.f. Ass. 2 juillet 1982, *Huglo et autres, A.J.D.A.* 1982, p.658.

⁴⁹⁸ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 4 et 139.

⁴⁹⁹ T.c.f. 2 mai 1977, *Hénin, R.D.P.* 1977, p. 1063 note AUBY. En Colombie, la catégorie n'existe pas, mais ces actes ont un régime semblable à celui des actes français d'administration juridictionnelle, par exemple, la distribution des affaires entre les magistrats n'est pas objet de recours.

⁵⁰⁰ « *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam : ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri* », Marcianus 1 inst., in *Dig.* 1.16.2.1

⁵⁰¹ Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd. vol. 9, J.-P Robert, Paris, 1828, p. 103.

se présentent pas volontairement au procès, tandis que celles de la juridiction gracieuse se déroulent *inter volents*, car ils s'y présentent volontairement⁵⁰². Ces concepts sont ultérieurement différenciés dans la mesure où le juge agit en matière gracieuse « *en connaissance de cause* »⁵⁰³, ce qui n'est pas le cas dans la juridiction volontaire, aujourd'hui confiée aux notaires, consistant à donner acte aux accords des personnes. Le droit colombien considère, quant à lui, la juridiction gracieuse comme le synonyme de la juridiction volontaire. Ces concepts font référence aux matières de la compétence du juge où il n'y a pas de contentieux actuel, mais potentiel⁵⁰⁴ et la décision du juge est exigée par la loi⁵⁰⁵ pour la création, la modification ou l'extinction de situations juridiques (interdiction pour cause de démence, notamment) ou de relations juridiques (mariage, par exemple). L'expression « *juridiction volontaire* » est alors critiquée en raison du fait que le recours au juge n'est pas volontaire, mais imposé par la loi. Doctrinalement, il est proposé d'adopter les termes de juridiction contentieuse et non contentieuse⁵⁰⁶.

Même s'il est considéré que le non-contentieux n'est pas juridictionnel (a), cette affirmation doit être mise en doute, en raison des effets reconnus à la juridiction gracieuse de la juridiction administrative (b).

a. Le non-contentieux n'est pas juridictionnel

N'étant pas contentieuse, la matière gracieuse est exclue de la définition des matières juridictionnelles⁵⁰⁷ et, par conséquent, l'appellation « *juridiction gracieuse* »⁵⁰⁸ ne serait qu'une réminiscence du droit romain⁵⁰⁹. Conformément à la vision juridictionnelle du contentieux, non seulement le juge est seul chargé de trancher des litiges, mais sa seule fonction juridictionnelle réside dans le contentieux : « (...) *le litige est alors le critère essentiel du juridictionnel* »⁵¹⁰, alors que la

⁵⁰² *Ibidem*, p. 104.

⁵⁰³ Jean-Louis BERGEL, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, Chr., p. 153.

⁵⁰⁴ L'art. 649 du C.p.c.c. énumère les matières qui font partie de la juridiction volontaire, notamment l'autorisation de vendre des biens des personnes sous tutelle, la déclaration de l'absence et de la morte présumée, ainsi que l'interdiction pour cause de démence. En droit français, par exemple : la rectification des actes de l'état civil (art. 1047 C.p.c.f.) ; la déclaration d'absents (art. 1067 C.p.c.f.) et le divorce par consentement mutuel (art. 1088 C.p.c.f.).

⁵⁰⁵ Ce qui est conforme à la définition de la juridiction gracieuse que donne l'art. 25 du C.p.c.f. : « *Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* »

⁵⁰⁶ Hernando MORALES, *Curso de derecho procesal civil*, op. cit., p. 31.

⁵⁰⁷ « (...) *c'est la notion de litige qui permet de distinguer parmi les actes du juge ceux qui constituent des actes juridictionnels* (...) », Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, op. cit., p. XXI. De même, « *la première activité du juge (...) est évidemment son activité contentieuse (...) consiste dans l'accomplissement d'actes contentieux ou actes juridictionnels* », Gérard COUCHEZ, *Procédure civile*, 15^e éd. Sirey, Paris, 2008, n° 211. Le professeur COUCHEZ exclut, expressément, les actes de juridiction gracieuse de la matière juridictionnelle : *ibidem*, p. 218, n° 216. Le professeur colombien DEVIS énumère les différences entre la juridiction volontaire et la contentieuse afin d'affirmer que la première n'est pas juridictionnelle : Hernando DEVIS, *Compendio de derecho procesal civil*, partie générale, Temis, Bogota, 1963, p. 58-59.

⁵⁰⁸ « *Le juge tranche le litige (...) Ce lien entre litige et acte juridictionnel est si fondamental que l'on peut douter (...) du bien-fondé de la qualification de la « juridiction gracieuse »*, Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in Jean Foyer, auteur et législateur, *Écrits en hommage à Jean Foyer*, P.U.F., Paris, 1997, p. 466, n° 7.

⁵⁰⁹ « *La compétence des juges à l'égard des actes de juridiction volontaire tient à des raisons historiques* », Leonardo PEREZ, « El divorcio por mutuo acuerdo ante notario : mitos y tabúes », in *Tercer Encuentro Internacional de Derecho Notarial*, l'Havane 29-31 mai 2008, www.fgr.cu

⁵¹⁰ Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, op. cit., p. 278.

matière gracieuse n'est qu'une « *matière d'exception* »⁵¹¹. Les autres matières confiées au juge, dont la matière gracieuse, posséderaient une nature différente. Ainsi, la matière gracieuse est qualifiée d'administrative⁵¹² exercée par des formes juridictionnelles⁵¹³.

Ces idées de la doctrine se construisent, notamment, sur le fait que les décisions du juge dans des matières gracieuses n'ont pas d'autorité de chose jugée⁵¹⁴. Cela conduit à affirmer que l'autorité de chose jugée n'est attribuée que lorsqu'il a été jugé, ce qui exclut les cas des décisions qui ne concernent pas le fond de l'affaire⁵¹⁵ ou celles où il n'y avait pas de contentieux à trancher.

L'opposition entre le contentieux et le gracieux n'est pas étrangère au droit administratif. Très tôt, la jurisprudence⁵¹⁶ et les auteurs du XIXe siècle ont transposé ces idées à l'administration. En utilisant le mot juridiction comme synonyme de compétence, les auteurs décrivaient les fonctions administratives de juridiction gracieuse et celles de juridiction contentieuse : « *la juridiction gracieuse comprend tout ce qui est pure faveur du souverain (...)* »⁵¹⁷. La juridiction contentieuse se délimitait par la violation d'un droit⁵¹⁸ et elle était la seule soumise à des règles de procédure⁵¹⁹. La consolidation de la juridiction administrative, en tant que chargée exclusivement du contentieux⁵²⁰, a déterminé le fait que le terme de gracieux⁵²¹ soit largement donné à l'activité de l'administration, ce

⁵¹¹ Jean-Louis BERGEL, « La juridiction gracieuse en droit français », *loc. cit.*, p. 153.

⁵¹² La juridiction volontaire « *c'est de l'administration exercée par des organes judiciaires (...) la juridiction volontaire relève de la branche la plus large de la fonction administrative qui est dénommée administration publique du droit privé, consistant en toutes les activités où (...) l'État concourt à l'activité des particulières (...)* », Hernando MORALES, *Curso de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 30. « *Ce sont des mesures administratives (...) gestion publique des intérêts privés (...)* », Monique BANDRAC, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », in *Le Juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 181.

⁵¹³ D'après JEZE l'acte de juridiction gracieuse : « *ce sera ou bien un acte administratif, accompli dans la forme juridictionnelle, si le jugement crée une situation juridique nouvelle, ou bien un fait de volonté à forme d'acte juridictionnel, s'il ne crée ni constate aucune situation juridique* », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1^{er}, Berger-Levrault, Paris et Nancy, 1904, p. 58.

⁵¹⁴ Art. 562 C.p.c.c. « *Effets de la sentence. Les déclarations faites et les autorisations données produiront des effets, tant qu'elles n'ont pas été modifiées ou substituées par une autre sentence, dans un procès ultérieur* ». L'art. 952 C.p.c.f. dispose « *Le juge peut, sur cette déclaration, modifier ou rétracter sa décision* ». Ce principe est constant dans la jurisprudence : C.cas. civ. 25 oct. 1905, *D.* 1906, 1, 337, note PLANIOL. La Chambre des requêtes de la Cour de cassation l'avait déjà énoncé : C.cass. Chambre des requêtes, req. 10 juin 1874n, *S.* 1878, 1, 157. De même : C.cass. Chambre des requêtes, req. 3 mai 1897, *D.H.*, 1897, III, p. 224 : « *l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'aux jugements rendus en matière contentieuse, qu'elle ne résulte pas des actes de juridiction gracieuse* ». Dans une continuité absolue, la C.cass. nie aussi l'autorité de la chose jugée à ces décisions : C.cass. civ. 1^{re}, 17 oct. 1995, *Justices* 1996, n° 4, p. 266, chron. WIEDERKEHR.

⁵¹⁵ C.E.f. Ass. 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, *A.J.D.A.* 1982, p. 660.

⁵¹⁶ Une ordonnance du 21 août 1816, *de Béthune c. de Béthune-Penin*, *S.*, t. III, p. 381 décide « *qu'accorder à un particulier l'autorisation d'ajouter un nom au sien, c'est faire un acte de juridiction gracieuse* ».

⁵¹⁷ « *La juridiction gracieuse comprend tout ce qui est pure faveur du souverain ; tout ce qui émane de son libre arbitre (...)* La juridiction contentieuse comprend tout ce qui fait légalement obstacle à l'administration (...) enfin tout ce qui présente, entre l'administration et les citoyens, en matière d'ordre public, un conflit d'oppositions et d'intérêts résultant non pas de pure convenance, mais d'un droit anéanti, diminué ou seulement gêné », Louis-Antoine MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative, op. cit.*, p. 36.

⁵¹⁸ Lorsqu'il n'y a qu'un intérêt, cela relève de la juridiction gracieuse : « (...) *les réclamations sont purement administratives ; elles relèvent de ce qu'on désigne sous le titre de juridiction gracieuse, pour indiquer que toute concession est purement chose de grâce et de bon vouloir* », Auguste VIVIEN, *Études administratives, op. cit.*, p. 126-127.

⁵¹⁹ En matière gracieuse « (...) *le recours n'est assujéti à aucune règle, et pourra être reproduit* », Théophile DUCROCO, *Cours de Droit administratif*, 5^e éd. t. I, *op. cit.*, p. 224.

⁵²⁰ À un tel point que le contentieux définit le juge : « (...) *le juge intervenant pour résoudre une situation contentieuse en vertu de la règle de droit dont il constate d'abord l'application à l'espèce et qu'il réalise ensuite au moyen de sa décision* », Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif, op. cit.*, p. 523, § 1121.

⁵²¹ Le terme « *juridiction* » gracieuse a aussi été remplacé, car désormais la juridiction est devenue synonyme de contentieux.

qui revient à dire qu'elle est non contentieuse, c'est-à-dire gracieuse. De là, en droit français, les recours administratifs sont dénommés recours gracieux⁵²², en signifiant *a priori*, qu'il ne s'agit que d'un appel à la « *grâce* » administrative. Pour cela, l'accent est mis sur la possibilité de contester, non seulement la régularité de l'acte, mais aussi son opportunité, et de faire valoir des arguments issus de l'équité⁵²³. De même, la catégorie des actes « *gracieux* » fait référence aux décisions résultant du simple bon vouloir administratif et ne faisant pas grief⁵²⁴, notamment le refus d'offrir un cadeau de Noël à l'enfant d'un fonctionnaire⁵²⁵. Aussi, l'appel à la bienveillance de l'administration en matière fiscale est nommé « *juridiction gracieuse* »⁵²⁶.

b. La juridiction gracieuse de la juridiction administrative

La juridiction administrative française s'est progressivement détachée de l'administration active et on a cru y voir une séparation organique entre le contentieux et le gracieux. Mais, la juridiction administrative a toujours exercé, beaucoup plus que d'autres juridictions, des fonctions non contentieuses, notamment de consultation⁵²⁷. Il est vrai que la juridiction objective, présente notamment dans le recours pour excès de pouvoir, a été considérée comme non contentieuse et, par conséquent, non juridictionnelle, en raison de l'absence d'un droit subjectif et de la contestation entre parties. Mais, la nature objective de la juridiction n'est plus, aujourd'hui, considérée comme un obstacle aux caractères contentieux et juridictionnels du recours pour excès de pouvoir⁵²⁸. Accepter que le recours pour excès de pouvoir soit un « *procès fait à un acte* »⁵²⁹ ou un procès entre parties⁵³⁰,

⁵²² « *Ce qu'il importe de retenir, c'est le principe sur lequel repose le recours gracieux, c'est l'idée que lui sert de fondement ; ce principe c'est la bonne volonté de l'administration* », Léon MARIE, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *loc. cit.*, p. 276-277.

⁵²³ Pascale GONOD, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *R.D.P.* 1993, p. 1351-1384.

⁵²⁴ « (...) *intervenues en matière de pure faculté et ne sont pas (...) susceptibles d'être déferés à la juridiction contentieuse* », Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 8^e éd. Larose, Paris, 1914, p. 444. « *Le principe est donc qu'une décision purement gracieuse, c'est-à-dire qui tout à la fois est discrétionnaire et accorde une faveur qu'aucun texte ne prévoit, ni n'organise n'est pas au nombre de celles dont le bien-fondé peut être discuté devant le juge administratif* », Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, t. I., *op. cit.*, p. 777. Cf. Laurent RICHER, « L'action administrative bénévole », in *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Economica, Paris, 1982, p. 123 ; Pascale GONOD, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *R.D.P.* 1993, p. 1372.

⁵²⁵ C.E.f. 4 nov. 1992, *Ghirardi*, *D.A.* 1992, n° 516.

⁵²⁶ Le terme juridiction gracieuse en matière fiscale a été introduit par une loi du 27 décembre 1927 et l'expression est restée. Cela fait référence aux compétences de l'administration pour atténuer les sanctions fiscales. Aujourd'hui, cela est régulé par l'art. 247 du L.P.F. comme des « *Remises et transactions à titre gracieux* ». Cette norme autorise l'administration à « *accorder, pour des considérations humanitaires ou tenant à la bienveillance ou à l'équité, des abandons de créances fiscales régulièrement dues* », Marie-Christine ESCCLASSAN, « Juridiction gracieuse et sanctions fiscales », in *Revue française de finances publiques*, n° 65, « Les sanctions fiscales », mars 1999, p. 109. Cf. Hyacinthe LENA, « Aspects de la juridiction gracieuse en droit fiscal », *A.J.D.A.* n° 10, 1979, p.3. Cf. C.E.f. 9 et 10 s., 3 nov. 2006, *Martin*, n° 268919, *R.J.F.* n° 1, 2007, p. 65-66.

⁵²⁷ La fonction contentieuse consiste en la résolution des litiges et, par conséquent, quand l'autorité ne rend qu'un avis sur le litige, cette autorité consultative n'exerce pas la fonction contentieuse.

⁵²⁸ La doctrine a nié ces éléments comme nécessaires à l'existence du contentieux : « *le contentieux de l'annulation répond à un besoin social fondamental, tel que celui de solutionner pacifiquement des conflits irritants, et que cette circonstance suffit à en faire un véritable contentieux* », Maurice HAURIOU, *Les éléments du contentieux*, *op. cit.*, p. 12. Il a été suivi par DUGUIT qui a expressément nié l'opposition de deux parties comme élément nécessaire : Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1906, p. 449 et 453. BONNARD va plus loin, en réélaborant la notion de contestation comme la simple opposition à la prétention émise : Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *op. cit.*, p. 22.

⁵²⁹ Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p.15.

⁵³⁰ Même si la jurisprudence a nié que le recours juridictionnel pour excès de pouvoir soit un procès entre parties : C.E.f. 29 nov. 1912, *Boussuge*, *Rec.*, p. 1128 ; S. 1914, 3, p. 33, concl BLUM, note HAURIOU ; *R.D.P.* 1913, p. 331, note JEZE ; *G.A.J.A.* 18^e éd., arrêt n° 26 ; C.E.f. Ass, 21 Avril 1944, *Société Dockès frères*, *Rec.*, p. 120 et C.E.f. 13 avril

n'affecte pas les caractères juridictionnel et contentieux de ce recours, qui sont déjà acquis. Dans le recours pour excès de pouvoir, il existe une contestation, ce qui n'est pas, en principe, le cas dans l'homologation des transactions où, en revanche, s'il y a deux parties, elles ne sont plus opposées.

C'est seulement à partir de la création d'un recours en homologation de transactions que la doctrine commence à parler de la naissance de la juridiction gracieuse dans la juridiction administrative⁵³¹. En 2002, un tribunal administratif demande au Conseil d'État si l'homologation qu'on lui avait demandée était envisageable « *alors qu'aucun litige n'est introduit devant lui ?* »⁵³². La réponse favorable du Conseil d'État⁵³³, ultérieurement confirmée par un deuxième avis contentieux⁵³⁴, n'a pas été saluée par tous⁵³⁵. Non sans raison, ces avis du Conseil d'État ont été qualifiés de « *rupture* »⁵³⁶ en tant que contraires à l'identification du contentieux et de la juridiction. Pour le cas colombien, la juridiction colombienne du contentieux administratif dispose de la même compétence d'homologation des conciliations, étant entendu que l'arrangement dans des affaires publiques requiert une validation juridictionnelle⁵³⁷. La juridiction du contentieux administratif exerce un contrôle non seulement de légalité, mais aussi des effets de la conciliation sur le patrimoine public⁵³⁸.

Or, même si l'homologation gracieuse présente la caractéristique d'être une affaire non contentieuse dès l'origine, les affaires sans contentieux ne sont pas une nouveauté dans la juridiction administrative. Il existe des situations où le contentieux n'est qu'éventuel, comme dans certains

1950, de Villèle et autres, *Rec.*, p. 214, il faut reconnaître que le procès contre l'acte n'est qu'une fiction car « *dans le contentieux de l'excès de pouvoir, le procès est dirigé contre une personne à travers son acte litigieux, et non pas contre l'acte lui-même* », Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Bibliothèque de droit public, t. 151, L.G.D.J., Paris, 1988, p. 33.

⁵³¹ Laetitia JANICOT, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse », *R.D.P.* 2007, n° 4, p. 907-936.

⁵³² Question du tribunal administratif de Melun répondue par l'avis cité du 6 décembre 2002.

⁵³³ C.E.f. Avis contentieux du 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Hay-les-Roses*, *A.J.D.A.* 2003, p. 280, *Chron. DONNAT et CASAS ; R.F.D.A.* 2003, p. 291, concl. LE CHATELIER et p. 302, note PACTEAU ; *R.D.P.* 2003, p. 417, note GUETTIER ; *C.J.E.G.*, 2003, p. 568, note GAUDEMET ; *C.J.E.G.*, 2003, p. 543, note GORDOU et TERNEYRE ; *D.A.*, 2003, n° 1, janvier com. AUBY ; Jean-Grégoire MAHINGA, « La transaction en droit public », *P.A.* 16 juin 2003, n° 119, p. 12 ; François SABIANI, « Transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation », *D.A.*, mai 2003, n° 5, p. 6.

⁵³⁴ Un deuxième avis a confirmé la possibilité d'homologuer des transactions en dehors de tout contentieux : C.E.f. Avis contentieux du 4 avril 2005, *Société cabinet JPR ingénierie*, *Rec.*, p. 139 ; *A.J.D.A.* 2005, p. 1403, note CASSIA ; *R.F.D.A.* 2005, p. 678.

⁵³⁵ « *La recevabilité de la demande d'homologation gracieuse contredit en effet entièrement le principe d'irrecevabilité affirmé par ailleurs, et aboutira à surcharger la juridiction administrative (...)* », François SABIANI, « Transaction administrative (...) », *loc. cit.*, p. 9.

⁵³⁶ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd. *op. cit.*, p. 213, n° 231.

⁵³⁷ En droit colombien, les conciliations doivent être objet d'homologation juridictionnelle vérifiant la légalité de l'accord : « (...) *la conciliation, en tant que source de résolution des litiges, suppose la légalité de cet accord juridique ; puisqu'il consiste en la possibilité de disposer d'intérêts étatiques, elle doit respecter rigoureusement l'ordonnement juridique en vigueur et, par conséquent, elle exige l'homologation judiciaire* ». « (...) *la conciliation ne produit des effets qu'une fois que le juge l'a approuvée, en d'autres termes, son efficacité juridique requiert de l'homologation judiciaire* », C.E.c. Section 3, Ordonnance du 18 juillet 2007, affaire n° 25000-23-26-000-2001-00072-01(31838), C.R. Ruth CORREA.

⁵³⁸ « *Or, la juridiction ne peut désapprouver la conciliation que quand les preuves des faits objet de l'accord n'ont pas été présentées (...) lorsque l'accord méconnaît la loi ou il affecte le patrimoine public, d'après l'article 60 du décret 1818 de 1998, devenu article 73 de la loi n° 446 du 7 juillet 1998* », Rafael LAFONT, « La conciliación en lo contencioso administrativo », in *II Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2002, p. 328.

référé, notamment le référé constat⁵³⁹ et aussi dans le « *jugement des comptes* »⁵⁴⁰, réalisé par les juridictions financières : « *le jugement des comptes n'est pas nécessairement ni même généralement contentieux. (...) Ce n'est que s'ils refusent de rendre leurs comptes ou si l'examen de ces comptes révèle des omissions ou des irrégularités que s'ouvre un débat contentieux (...)* »⁵⁴¹. Lorsque le compte est régulier, il n'y a rien de contentieux dans la fonction de la juridiction⁵⁴². De même, la juridiction administrative valide des accords des parties en procès ayant pour finalité la résolution à l'amiable du litige⁵⁴³. Dans ce cas, la décision du juge porte sur une affaire qui n'est plus contentieux.

De surcroît, en droit colombien, la juridiction du contentieux administratif est compétente pour décider l'exécution des crédits en faveur de l'État ayant source dans un contrat administratif⁵⁴⁴. Les procès d'exécution sont caractérisés par la certitude du titre juridique qui permet l'exécution et, par conséquent, il n'existerait pas de contentieux⁵⁴⁵. Le titre juridique de l'exécution consiste dans le contrat et dans les actes administratifs exécutoires qui, par exemple, ont terminé et liquidé le contrat. En principe, l'exécution des créances claires, précises et actuellement exigibles n'est soumise à aucun contentieux. Néanmoins, la jurisprudence a reconnu la possibilité pour la défense de faire valoir l'exception d'illégalité des actes administratifs portant le titre de l'exécution afin de faire opposition à l'exécution⁵⁴⁶. Dès lors, un procès non-contentieux deviendrait contentieux par le fait de l'opposition aux prétentions.

⁵³⁹ Cette procédure a pour objet la désignation d'un expert qui procédera à faire un constat sur « *les faits qui seraient susceptibles de donner lieu à un litige devant la juridiction* » (art R 531-1 C.J.A), Or, le Professeur GOHIN définit l'ensemble des procédures de référé en raison du litige : « *Par procédures de référé, il faut entendre l'organisation de procédures spéciales qui (...) permettent de donner (...) une solution rapide, quoique provisoire ou partielle, au contentieux administratif* », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 285. Dans le référé constat, le contentieux n'est pas actuel. Le contentieux éventuel n'est pas objet d'une solution partielle ou provisoire ; il n'est pas l'objet de la procédure de référé constat.

⁵⁴⁰ « *Juger un compte, c'est donc à la fois : -attester systématiquement qu'un organe de contrôle externe à statut juridictionnel a vérifié la comptabilité d'un comptable public et les comptes que celui-ci a établis – engager éventuellement la responsabilité de ce comptable (...)* », Christian DESCHEEMAER, *La Cour des comptes, La Documentation française, Paris, 1992, p. 64.*

⁵⁴¹ Jacques MAGNET, *La Cour des comptes – les institutions associées et les chambres régionales des comptes*, 4^e éd. Berger-Levrault, Paris, 1996, p. 169. « *Lorsque des omissions ou des irrégularités sont constatées dans la tenue du compte, cet arrêt provisoire peut ainsi être regardé comme une demande (...) et les observations du comptable comme une réponse en défense* », Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse, op. cit.*, p. 34.

⁵⁴² Pour le président ODENT cette déclaration de conformité est une fonction administrative : Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, t. I., *op. cit.*, p. 595.

⁵⁴³ Le C.E.f. avait déjà accepté la possibilité de sanctionner un accord entre les parties en instance : C.E.f. 23 avril 1958, *Ministre des PTT c. Cachard, Rec. t.*, p. 993 et C.E.f. 30 janvier 1974, *Commissaire du gouvernement près la commission des dommages de guerre d'Avignon c. Sieur Vernet, Rec.*, p. 73 ; aussi C.E.f. 19 mars 1971, *Mergui, Rec. p. 235.*

⁵⁴⁴ Dans un premier temps, cette compétence est déduite par la jurisprudence du Conseil d'État, de l'article 75 de la loi n° 80 du 28 octobre 1993 qui dispose à l'art. 75 : « *Du juge compétent. La juridiction du contentieux administratif connaît des contentieux dérivés des contrats administratifs, ainsi que des procès d'exécution* ». Cf. C.E.c. Chambre plénière, Ordonnance du 29 nov. 1994, affaire n° S 414. Avant cette jurisprudence, les créances dérivées du contrat administratif étaient exécutées par la juridiction dite coactive. La Cour constitutionnelle a déclaré conforme à la Constitution l'article 75 de la loi n° 80, tout en précisant que cette norme attribuait, en effet, à la juridiction du contentieux administratif, la conduite des procès d'exécution : C.c.c. Sentence C-388-96 22 août 1996, M.R. Carlos GAVIRIA.

⁵⁴⁵ Tel est le cas en matière civile où lorsque le procès d'exécution a pour source une décision de la juridiction, la défense pourra seulement présenter des faits ultérieurs à la décision, notamment le paiement : article 509 du Code de la procédure civile.

⁵⁴⁶ Lorsqu'une personne « (...) est obligée par une dette issue d'un contrat administratif, relevant de la compétence de la juridiction du contentieux administratif et reconnue par un acte ou un contrat administratif ou par un autre moyen, si elle considère que ces actes juridiques ne sont pas valables, peut exercer l'action ordinaire. Or, s'il n'a pas demandé par la voie ordinaire alors que l'exécution de ces actes est demandée, elle peut se défendre en démontrant l'irrégularité des actes, à condition que le délai de l'action ordinaire ne soit pas forclo », C.E.c. Section 3, Ordonnance du 13 sept. 2001, affaire n° 19704, M.R. María GIRALDO.

Il est question de reconnaître dans toutes ces hypothèses, qu'une même affaire peut commencer gracieuse et devenir contentieuse, ou démarrer gracieuse et se transformer en contentieuse : devant le juge s'opèrent « l'élévation » et « l'abaissement du contentieux »⁵⁴⁷ et sa fonction se transforme de juridictionnelle en non-juridictionnelle, de non-juridictionnelle en juridictionnelle. La transformation des affaires pendant l'instance plaide en faveur de la définition large de la matière juridictionnelle.

2. La reconnaissance de la nature juridictionnelle de la matière gracieuse

L'exclusion de la matière gracieuse de ce qui est juridictionnel permettrait d'affirmer que, même si le contentieux n'est pas exclusivement juridictionnel, le juridictionnel, quant à lui, est exclusivement contentieux. Cela veut dire que la seule fonction juridictionnelle du juge, c'est la résolution des litiges. Or, il existe une tendance doctrinale, majoritairement menée par des auteurs du droit privé, plaidant en faveur de la reconnaissance de la nature juridictionnelle de la matière gracieuse⁵⁴⁸. Au-delà de l'élément contentieux, il existerait une certaine unité de substance des matières attribuées au juge (a), ce qui renouvelle la question de l'attribution des effets de chose jugée aux décisions prises en matière gracieuse (b).

a. L'unité substantielle des matières attribuées au juge

La doctrine parvient davantage à définir théoriquement la matière gracieuse qu'à l'identifier⁵⁴⁹. Cette difficulté laisse croire que l'opposition entre ces deux matières serait artificielle et, qu'en réalité, les liens entre le contentieux et le gracieux seraient si étroits, que la séparation serait forcée. Les arguments en faveur de l'exclusion de la matière gracieuse de la matière juridictionnelle seraient superficiels. À cette fin, il est nié que la compétence juridictionnelle sur les matières gracieuses tienne à des circonstances politiques et historiques : la matière gracieuse correspondrait, en réalité, à des matières liées fonctionnellement aux matières contentieuses⁵⁵⁰. Afin de démontrer le lien entre le contentieux et le gracieux, la doctrine s'intéresse aux mutations de la matière gracieuse en contentieuse et vice-versa. L'élévation et l'abaissement du contentieux, selon les termes du professeur BERGEL, ce sont des incidents ordinaires du déroulement des instances juridictionnelles. Ce lien devient beaucoup plus étroit dans la mesure où la solution à l'amiable des litiges, même pendant l'instance juridictionnelle (abaissement du contentieux), est une situation voulue et motivée par les législations⁵⁵¹. Par conséquent, il serait factice de séparer théoriquement la

⁵⁴⁷ Jean-Louis BERGEL, « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, Chr., p. 165-166.

⁵⁴⁸ « Réduire le rôle du juge au contentieux est une déformation de la perception de la justice », Soraya AMRANI MEKKI, « La déjudiciarisation », *La Gazette du Palais*, n° 156, mai-juin 2008, p. 1434.

⁵⁴⁹ « Fuyant comme le mercure, le gracieux en droit judiciaire privé tend à échapper à qui cherche à l'appréhender », Georges WIEDERKEHR, « L'évolution de la justice gracieuse », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 483.

⁵⁵⁰ « La juridiction gracieuse, prolongement et accessoire de la juridiction contentieuse, ne lui est donc pas absolument antinomique; mais, vit sous sa dépendance (...) », Pierre HEBRAUD, « commentaire », de la loi du 15 juillet 1944, *D.* 1946, L (3), p. 334. Ainsi, le divorce contentieux et celui de mutuel accord ou plutôt de mutuel désaccord ne diffèrent pas quant à la décision qui doit prendre le juge.

⁵⁵¹ Ainsi, les juges ne sont pas seulement chargés d'une fonction de médiation; mais, ils doivent aussi faire droit aux demandes d'opportunité d'arrangement entre les parties. L'art. 21 C.P.C.f. charge le juge d'une mission de

matière gracieuse de la matière contentieuse, puisqu'en réalité le contentieux et le gracieux ne seraient que des moments différents d'une même affaire, assignée au juge.

De plus, la doctrine s'attaque directement à l'absence de contentieux comme la caractéristique de la matière gracieuse : les matières considérées positivement comme relevant de la juridiction gracieuse ne font pas obstacle à la discussion contentieuse pendant l'instance, et l'élévation du contentieux ne changerait pas la nature gracieuse de l'affaire⁵⁵². Cela signifierait que la différence entre les deux matières n'est ni l'absence ni la présence d'un litige, mais la mutabilité de certaines décisions juridictionnelles où la chose jugée absolue serait inadaptée. Ainsi, la stabilité des décisions ne tiendrait pas de la matière décidée, mais de la volonté législative de permettre ou d'empêcher une modification ultérieure.

Entre le contentieux et le gracieux existerait une certaine « *unité substantielle* »⁵⁵³ : dans les deux circonstances, la fonction du juge est identique⁵⁵⁴ et consiste en la réponse, par le droit, à une question juridique posée au juge. En ce sens, il a été reconnu que la fonction du Conseil constitutionnel est identique lorsqu'elle contrôle la loi avec ou sans contentieux, comme c'est le cas du contrôle automatique des lois organiques et des règlements des Assemblées parlementaires⁵⁵⁵. En outre, l'unité serait aussi processuelle dans la mesure où les garanties processuelles sont aussi respectées dans la matière gracieuse⁵⁵⁶. Mais, on vérifie que cela constitue, en réalité, un souhait des auteurs⁵⁵⁷. D'un point de vue positif, la chose jugée resterait la différence fondamentale entre la matière contentieuse et la gracieuse.

concilier les parties, de même que l'art. 104 de la loi colombienne 446 de 1998, autorise les parties du procès devant la juridiction du contentieux administratif à demander, en tout moment, la tenue d'une audience de conciliation. De même, en matière civile, les parties disposent de ce droit et le juge lui-même peut décider la tenue d'une audience de conciliation (art. 43 loi 640 2001)

⁵⁵² Le litige n'est pas exclu dans la matière gracieuse : cf. Hernán LOPEZ, *Instituciones de derecho procesal civil*, op. cit., p. 136

⁵⁵³ En droit privé, cette « *unité substantielle* » « (...) s'agit toujours de protéger les intérêts privés en les déplaçant sous la tutelle du droit », Pierre HEBRAUD, « commentaire » loc. cit., p. 334. Cela lui permet de conclure que « *la juridiction gracieuse est une véritable juridiction* », *ibidem*, p. 333. Or, le professeur BANDRAC rétorque que : « *l'unité ainsi comprise conduirait à reconnaître un caractère juridictionnel aux actes des officiers de l'état civil et, plus généralement, à ceux de n'importe quel officier public (...)* », Monique BANDRAC, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », loc. cit., p. 174.

⁵⁵⁴ « (...) le juge, en exerçant son pouvoir d'administrer la justice doit déterminer, si conformément au droit objectif, il peut prononcer la décision demandée, tout en pratiquant par là, une fonction identique à celle du procès de la juridiction contentieuse », Hernán LOPEZ, *Instituciones de derecho procesal civil*, op. cit., p. 134-135. « (...) elles, ont pour objet de trancher des questions de droit, même si elles ne portent pas sur des litiges », Laetitia JANICOT, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse », *R.D.P.* 2007, n° 4, p. 923.

⁵⁵⁵ Art. 61 Const.f. De même, lorsqu'il doit déterminer la nature réglementaire ou législative d'un texte (art. 37 al. 2 Const.f.). Marcel WALINE dresse une liste des fonctions juridictionnelles et non juridictionnelles (par ex. de consultation) du Conseil constitutionnel ; mais, concernant les fonctions juridictionnelles, il affirme que « *cette juridiction est tantôt contentieuse, tantôt non contentieuse* » : Marcel WALINE, « Préface à la première édition », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. XIV. La Cour constitutionnelle colombienne exerce aussi des fonctions de contrôle automatique des lois, notamment dans le cas des lois statutaires (art. 153 Const.c.).

⁵⁵⁶ « *Le principe du contradictoire est non moins essentiel à la matière gracieuse qu'à la matière contentieuse, même si son application est retardée* », Georges WIEDERKEHR, « L'évolution de la justice gracieuse », loc. cit., p. 488. Des différences subsistent en matière civile, par exemple le délai d'appel en matière gracieuse est de quinze jours tandis qu'il est d'un mois en contentieuse 528 C.P.C.f. et la publicité n'est pas la règle en matière gracieuse 431 C.P.C.f.

⁵⁵⁷ M. ÉGEA considère qu'il faudrait unifier le régime processuel de la matière gracieuse et contentieuse, notamment en matière des preuves : Vincent ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Defrénois, Paris, 2010, p. 187-196.

b. La question de l'attribution des effets de chose jugée aux décisions prises en matière gracieuse

Alors qu'il existe, aujourd'hui, un certain accord dans la doctrine sur l'inclusion de la matière gracieuse parmi les matières juridictionnelles⁵⁵⁸, le Code de la procédure civile français aurait cherché à intégrer la matière gracieuse dans la matière juridictionnelle⁵⁵⁹, tout en réservant la chose jugée à la matière contentieuse. Cependant, la reconnaissance de la nature juridictionnelle devrait être accompagnée de la reconnaissance des effets de chose jugée aux décisions touchant la matière gracieuse⁵⁶⁰. Ainsi, la chose jugée signifierait que juger fait référence, non à la matière contentieuse, mais au processus mené par le juge afin de répondre à une question de droit : juger signifierait l'acte de produire un jugement, au sens strict du terme.

Il existe divers arguments en faveur de la chose jugée reconnue aux affaires gracieuses : d'une part, la chose jugée est comprise, non seulement en raison de la stabilité de la décision, mais aussi comme une déclaration de vérité légale qui ne pourrait pas être niée aux décisions en matière gracieuse⁵⁶¹. D'autre part, l'instabilité des décisions en matière gracieuse est autant nuancée que critiquée : elle est nuancée puisque, même s'il s'agit de décisions dépourvues de la chose jugée, le juge n'est pas autorisé à les modifier ou à les révoquer à son gré⁵⁶². Elle est critiquée, car certaines matières où la décision a été prise lors d'une instance non contentieuse ont besoin d'une décision stable et définitive, propre à consolider les situations et les relations juridiques⁵⁶³.

Même si la reconnaissance de la nature juridictionnelle de la matière gracieuse est un combat mené principalement par des privatistes⁵⁶⁴, c'est en droit public⁵⁶⁵ que la décision sur l'homologation des transactions est considérée comme une décision juridictionnelle ayant force de

⁵⁵⁸ Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd. P.U.F., Paris, 1996, p. 126.

⁵⁵⁹ La régulation de la matière gracieuse est incluse dans la partie du code dédiée à la procédure juridictionnelle, alors que l'art. 454 du C.P.C.f. régit expressément les « jugements » concernant la matière gracieuse. Sur l'intention des rédacteurs du code : Gérard CORNU, *Revue historique des facultés de droit*, 1995-16, p. 242. Ainsi, on opposerait les fonctions juridictionnelles (contentieuses et gracieuses) aux fonctions non juridictionnelles du juge, notamment les actes d'administration judiciaire.

⁵⁶⁰ VINCENT ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, op. cit., p. 188.

⁵⁶¹ « *En droit familial contemporain, dénier aux décisions gracieuses l'autorité de la chose jugée, en se fondant sur l'impératif de vérité, n'a guère de sens* », *ibidem*, p. 189.

⁵⁶² Les décisions en matière gracieuse ne peuvent être modifiées ou révoquées qu'en raison d'un changement de circonstances et après une nouvelle instruction de ces faits nouveaux : art. 562 C.p.c.c. Quant au droit français, « (...) si le Code de procédure civile prévoit des voies de recours contre les décisions gracieuses, c'est en raison du dessaisissement du juge qui les a rendues (...) », VINCENT ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, op. cit., p. 191.

⁵⁶³ Par exemple, le divorce par consentement mutuel et l'adoption, réclament que ces décisions soient irrévocables. Or, le C.p.c.c. assigne cet effet à une affaire de juridiction volontaire : l'autorisation de la vente du bien de l'incapable lorsque celle-ci a été déjà effectuée.

⁵⁶⁴ Marcel WALINE plaide tacitement pour l'inclusion de la matière gracieuse dans la définition de la fonction juridictionnelle : « *Suffira-t-il d'ajouter une précision supplémentaire et de dire : la juridiction est l'action de dire le droit au nom de l'État à l'occasion d'une contestation ? La définition risque alors de devenir trop étroite, car elle exclut de la juridiction le jugement des comptes (...). Ceci nous amène à distinguer la juridiction du contentieux* », Marcel WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *R.D.P.* 1933, p.567. Dans le même sens : Marcel WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français », *R.D.P.* 1928, p. 447.

⁵⁶⁵ Le Conseil constitutionnel et la Cour constitutionnelle décident sur des matières non contentieuses dont la doctrine ne met pas en doute le caractère juridictionnel alors que l'art. 243 de la Const.c., de même que l'art. 62 de la Const.f., confère à ces décisions les effets de la chose jugée.

chose jugée⁵⁶⁶. Par une sorte de « *novation* »⁵⁶⁷, la décision juridictionnelle transforme le contrat de transaction en un acte juridictionnel : la stabilité de la transaction mettant fin au litige est certainement un des effets de la chose jugée de l'homologation juridictionnelle. De même, lorsque les juridictions colombiennes⁵⁶⁸ décident des procès d'exécution, la sentence aura des effets de chose jugée, indépendamment du fait qu'il y a eu ou non des oppositions à l'exécution.

Néanmoins, la raison principale pour reconnaître la nature juridictionnelle à la fonction d'homologation consiste en la nécessité de permettre le contrôle juridictionnel sur ces décisions : de la nature juridictionnelle⁵⁶⁹, elles peuvent être contestées par la voie de l'appel, devant les cours administratives d'appel et de la cassation, devant le Conseil d'État. Certes, la décision a été justifiée en raison du fait que le juge administratif - à la différence du juge judiciaire - mènerait un véritable contrôle de la légalité de l'accord⁵⁷⁰ ; mais, en réalité, le juge judiciaire - de même que le juge administratif - pratique un contrôle sur l'acte à homologuer et peut refuser la décision demandée⁵⁷¹. C'est justement dans cette possibilité que se recourent les fonctions du juge à l'égard des matières gracieuses et contentieuses (unité substantielle) puisque, dans les deux cas, il devra dire le droit en répondant à la question posée⁵⁷².

Quoique l'on dise des raisons ayant conduit le Conseil d'État à la découverte prétorienne d'une nouvelle voie de recours pour l'homologation, ce qui en résulte c'est l'effet de ces avis sur la définition de la juridiction : « *les deux avis contentieux poursuivent cette logique de dissociation des notions de juridiction et de contentieux, puisqu'ils reconnaissent la possibilité pour les juridictions administratives de prendre des actes juridictionnels en dehors de tout litige* »⁵⁷³. Il existe ainsi une activité contentieuse et une activité non contentieuse des juridictions qui seraient, dans les deux cas, des matières juridictionnelles. Néanmoins, la simple description des matières attribuées aux juridictions ne démontre pas que ces matières soient juridictionnelles par nature, indépendamment

⁵⁶⁶ « *La décision d'homologation est revêtue de l'autorité relative de la chose jugée* », C.E.f. Avis contentieux du 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Haÿ-les-Roses*, cit. Un deuxième avis confirme qu'il s'agit des décisions juridictionnelles qui, malgré l'absence de litige, ont des effets de chose jugée et peuvent être contestées par la voie de l'appel : C.E.f. Avis contentieux du 4 avril 2005, *Société cabinet JPR ingénierie*, cit. Très sceptique à reconnaître la nature juridictionnelle de la matière gracieuse, M^{me} BANDRAC qualifie ces fonctions d'homologation comme une « *fonction quasi juridictionnelle* » : Monique BANDRAC, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », loc. cit., p. 181.

⁵⁶⁷ Laetitia JANICOT, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse », loc. cit., p. 934.

⁵⁶⁸ Juridiction civile, juridiction du contentieux administratif en matière d'exécution de créances dérivées du contrat administratif et juridiction coactive dans les autres créances publiques.

⁵⁶⁹ Cette raison est évidente dans l'avis du 4 avril 2005 où la question faisait référence aux voies de recours contre la décision d'homologation.

⁵⁷⁰ Le juge judiciaire en matière d'homologation « *se borne à entériner l'accord sans contrôler son contenu* » tandis que le juge administratif « *se livre à une vérification beaucoup plus étendue du respect, par l'administration, des règles d'ordre public auxquelles elle ne peut déroger* », Circulaire du Premier ministre du 6 fév. 1995, *relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits*, J.O.R.F., 15 fév., 1995, p. 2518, point 1.5.

⁵⁷¹ Hernán LÓPEZ, *Instituciones de derecho procesal civil*, op. cit., p. 134-135. Dans l'homologation du changement de régime matrimonial, le juge décide conformément à l'intérêt de la famille (art. 1397 C.p.c.f.). Dans d'autres exemples de juridiction gracieuse, notamment l'adoption, le juge prononce une véritable décision en tenant compte de l'intérêt de l'enfant (art. 353 al. 1 C.P.C.f.). Même si le contrôle du juge administratif est plus étendu, cela ne signifie pas que le juge judiciaire ne dit pas le droit.

⁵⁷² Même si l'on a pu affirmer que « *le rôle du juge n'est plus de dire le droit; mais, seulement de veiller à la justesse de la solution* », Christine HUGON, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », P.A. 11 déc. 2003, p. 7, en réalité, « *en refusant de donner une force juridique à l'accord qui lui est soumis, le juge dit le droit* », Vincent ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, op. cit., p. 184.

⁵⁷³ Laetitia JANICOT, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse », loc. cit., p. 912.

de l'organe qui les exerce. L'existence des matières naturellement juridictionnelles pourrait se dégager de l'étude des affaires, nécessairement objets de juridictionnalisation et exclues, de même, de la déjuridictionnalisation.

B. La juridictionnalisation et la déjuridictionnalisation

La matière gracieuse est la première visée par les politiques de déjuridictionnalisation : considérée comme administrative, et non juridictionnelle, cette compétence devient un des coupables présumés de l'encombrement des juridictions. La déjuridictionnalisation ne serait, dans ce cas, qu'une épuration des juridictions, à partir de l'idée que le contentieux est la matière purement juridictionnelle. Cela s'explique par la vision juridictionnelle du contentieux. Or, lorsque des matières contentieuses sont objets d'administrativisation et de déjuridictionnalisation, il est mis en évidence l'inexistence d'une matière juridictionnelle propre. L'inexistence d'un contentieux juridictionnel par nature (1), permet une grande liberté aux mouvements de la politique contentieuse (2).

1. L'inexistence d'un contentieux juridictionnel par nature

Le contentieux n'est pas naturellement juridictionnel. L'essence du contentieux est d'être un fait social⁵⁷⁴. Le conflit, le différend, la contestation, sont des formes distinctes de mise en relation, de socialisation⁵⁷⁵. Considérer le contentieux comme une anomalie pouvant être complètement anéantie dans une société parfaite, contrarie le caractère ordinaire du contentieux et transforme la prétention d'apaisement social en utopie⁵⁷⁶. Le contentieux précède la juridiction (a), ce qui explique le caractère évolutif des matières juridictionnelles (b).

a. Le contentieux précède la juridiction

D'un point de vue social, les litiges sont parfois confiés à l'intervention d'un tiers qui, en raison de l'autorité courante qu'il exerce sur les personnes en conflit⁵⁷⁷, est appelé à décider du sort de ce conflit. Jadis, cette autorité dérivait sa légitimation de considérations parfois irrationnelles : soit magiques, signifiant par exemple que celui qui décide n'est qu'un instrument de la véritable autorité, soit à des considérations de force ou de crainte. Les décisions de cette autorité sont difficilement prévisibles, de même que la contestation de cette décision dépendra du bon vouloir de

⁵⁷⁴ « Comme les autres phénomènes de la vie sociale », René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd. *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷⁵ « Du moment qu'il n'y a pas à proprement parler de conflit avec soi-même, mais nécessairement avec l'autre, il est l'une des formes possibles des relations sociales », Julien FREUND, *Sociologie du conflit*, P.U.F., Paris, 1983, p. 20.

⁵⁷⁶ « Si le conflit ne s'atténue ou ne s'apaise, l'inflation processuelle continuera, jusqu'au moment où, totalement paralysé, le contentieux disparaîtra », Raymond GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *D.* 1955, p. 97.

⁵⁷⁷ Notamment l'autorité parentale ou l'autorité tribale.

l'autorité qui décide ou de celui qui exerce autorité sur lui⁵⁷⁸. L'exécution de la décision est aussi, dans ce contexte, une question liée à la légitimation, par exemple une question de force ou de crainte. Or, l'autorité de fait ne reçoit pas la qualification de juridiction : ni le chef ni le père ne sont des juridictions⁵⁷⁹.

Le contentieux existe avant les juridictions et il naît, en principe, en dehors des juridictions, dans la vie sociale. La juridiction constitue une élaboration rationnelle, cherchant à formaliser la solution des conflits. C'est à partir de la régulation normative de certains faits et de la juridictionnalisation ou de l'administrativisation des faits sociaux qu'ils deviennent des faits juridiques⁵⁸⁰. Les solutions juridictionnelles ou administratives des litiges ne sont que des réponses formelles au contentieux. Le contentieux n'est ainsi que tardivement et non nécessairement juridictionnel, alors que la vision juridictionnelle du contentieux se construit sur l'idée que tout contentieux doit être rationalisé par une solution juridictionnelle⁵⁸¹. Dans l'évolution de l'institution juridictionnelle, la prévisibilité des décisions est considérée comme un atout des bons systèmes juridictionnels⁵⁸². Le bon juge est censé non seulement s'imposer, mais aussi raisonner, expliquer, démontrer et convaincre⁵⁸³.

Malgré la vision juridictionnelle du contentieux, la matière juridictionnelle n'a pas un contenu prédéterminé et stable. Dès l'origine, certains faits et certains comportements ne sont pas assignés aux juridictions, c'est-à-dire juridictionnalisés. Par exemple, les vols insignifiants échappent à la connaissance juridictionnelle, en raison de leur faible relevance car on considère que « *de minimis*

⁵⁷⁸ Il est difficilement admissible qu'une décision qui est censée prise par une autorité supra-humaine puisse être l'objet d'une contestation. Or, quand cela est permis, la contestation n'engage pas une discussion rationnelle sur le bien-fondé de la décision, mais une procédure relevant des mêmes caractères que la décision originale. Ainsi, le combat judiciaire était la seule façon de contester les décisions. « (...) *l'usage du combat judiciaire, usage devenu si général que presque toutes les questions et de droit et de fait se décidoient par le duel. On regardoit le duel comme un jugement de Dieu ; nos peres croyoient fermement, ou si l'on veut stupidement, que Dieu lui-même présidoit à ces combats, pour faire éclater la vérité et triompher l'innocence. On sent combien cette opinion s'opposoit à ce que l'on soumit de nouveau l'affaire à la décision d'un tribunal supérieur, c'eût été se révolter contre les décrets de la Providence. Ces combats se faisoient avec la plus grande solennité. Les formalités religieuses et militaires qui devoient les précéder ; les précautions pour éviter les sortileges, pour que le soleil n'incommodât pas l'un des combattants plus que l'autre ; les cas où l'on pouvait se faire représenter par des champions ; la position du champ de bataille ; enfin l'armure des combattants, tout étoit réglé avec beaucoup de précautions par l'usage et les statuts* », Pierre-Paul-Nicolas HENRION de PANSEY, *De l'Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Théophile Barrois, Paris, 1810, p. 21.

⁵⁷⁹ C'est, pour cela, qu'il est factice d'affirmer qu'« *Il est certain que l'homme primitif, celui que montrent les livres d'histoire, couvert avec la peau des animaux, a connu intuitivement la notion de juridiction. (...) Il n'est pas douteux qu'à ces époques révolues il existait de la juridiction, même si l'État n'existait pas de la façon dont nous le connaissons aujourd'hui. En conséquence, nous pouvons affirmer que la juridiction précède l'État moderne et, par conséquent, l'aspect étatique ne doit pas faire partie de sa définition* », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, op. cit., p. 110.

⁵⁸⁰ Dans cette logique, le mouvement contraire peut entraîner une déjuridictionnalisation, lorsque les faits sociaux deviennent neutres pour le droit.

⁵⁸¹ « *Pour saisir ce Pouvoir, pour le mettre en mouvement, pour que la décision, qu'il est appelé à rendre, ait le caractère judiciaire, il faut donc une contestation, il faut l'élément contentieux* », Louis JOUSSERANDOT, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, op. cit., p. 7. « (...) *cet élément est tellement de l'essence du Pouvoir judiciaire que par lui ce Pouvoir absorbe, attire, monopolise toutes les matières contentieuses* », *ibidem.*, p. 8.

⁵⁸² Cf. Benjamin LAVERGNE, « *La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public* », *Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif*, n° 1, 2008, p.283-312.

⁵⁸³ « *La décision traditionnelle ne cherche pas à convaincre, mais à contraindre* », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 236. Cf. François OST, « *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge* », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 33.

non curat praetor »⁵⁸⁴. D'autres contentieux sont administrativisés dès l'origine, et non comme résultat d'une procédure de déjuridictionnalisation⁵⁸⁵.

b. Le caractère évolutif des matières juridictionnelles

Le contenu prédéterminé de la « matière juridictionnelle » pourrait être donné par les matières exclusivement juridictionnelles, notamment la privation de liberté. Or, ces matières ne peuvent pas être considérées comme juridictionnelles par nature : la réserve juridictionnelle sur certaines matières constitue une décision politique, notamment, d'une Assemblée constituante⁵⁸⁶. Il faut rappeler que les matières considérées, au présent, comme relevant du noyau dur des juridictions, par une réserve du premier mot⁵⁸⁷, tel que la privation de liberté, n'ont pas toujours été juridictionnelles⁵⁸⁸ : c'est seulement à partir de la Constitution française de 1958 et colombienne de 1991 que les autorités administratives ont l'interdiction de prendre une telle décision. La réserve juridictionnelle du premier mot est le résultat d'un choix précis. Ainsi, l'interdiction de la privation administrative de liberté fonde ses origines dans la limitation du pouvoir absolu (monarchique ou dictatorial) et dans la protection des citoyens dont on proclame la sûreté personnelle⁵⁸⁹. Il s'agit, par conséquent, d'une matière évolutive⁵⁹⁰.

La matière juridictionnelle est un choix axiologique et, par là, une décision historique : c'est en considérant que la liberté est une valeur essentielle, que l'on confie sa protection et sa privation à l'institution que l'on considère comme garantissant le mieux l'indépendance à l'égard du pouvoir et l'objectivité de ses décisions. Si l'on accepte que les matières réservées aujourd'hui à la compétence

⁵⁸⁴ *Digeste* 4.1.4. « que la juridiction ne saurait traiter des causes insignifiantes », Olivier GOHIN, note sous C.E. Ass. 17 fév. 1995, *M. Marie ; M. Hardouin*, R.D.P. 1995, p. 1338. « (...) la majesté de la justice en serait offensée et le gaspillage du temps consommé », Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd. Litec, Paris, 1999, p. 150. « La déjudiciarisation, dans ce cas, est un outil qui sert à changer les attitudes quant à l'aptitude de la collectivité à s'occuper du comportement criminel peu grave », *La déjudiciarisation : vers un concept et une expérience propres au Canada, Rapport de la première Conférence nationale sur la déjudiciarisation du 23 au 26 octobre 1977*, éd. Ministère des Approvisionnement et Services, Québec, 1978, p. 24.

⁵⁸⁵ C'est notamment le cas de la sanction aux opérateurs des jeux des paris en ligne qui peut être prononcé par l'Autorité de régulation des jeux en ligne A.R.J.E.L. (art. 41 de la 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*). Les comportements qui sont sanctionnés ne faisaient pas l'objet auparavant d'une sanction juridictionnelle.

⁵⁸⁶ Par exemple, lorsque la Constituante colombienne de 1990 a décidé que l'inviolabilité du domicile ne pourrait être exceptée que par une décision judiciaire : article 28 de la Const.c.

⁵⁸⁷ Alexei JULIO, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución de 1991*, op. cit., p. 185.

⁵⁸⁸ « En France on connaissait sous le nom de lettres de cachet, des ordres du Prince en vertu desquels un particulier pouvait être privé de sa liberté ou relégué hors du lieu de son domicile », Jonas Daniel MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. IV, éd. Mme Vve. LEPETIT, Paris, 1820, p. 415.

⁵⁸⁹ « Le pouvoir exécutif, représenté par le roi et ses agents, ne peut jamais arrêter un citoyen, parce qu'il ne peut jamais faire un acte judiciaire », Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », loc. cit., p. 98.

⁵⁹⁰ L'art III, § 1 de la Constitution des États-Unis d'Amérique a été interprété par la jurisprudence comme portant le « core fonction » des juridictions où aucune intervention administrative n'était envisageable : S.C.U.E., affaire *Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Company*, 59 US, 272, 1855. À partir de cette décision, on a pu croire que les « private rights » constituaient la matière juridictionnelle aux États-Unis. Néanmoins, par une jurisprudence ultérieure, la jurisprudence a accepté la possibilité de prononcer des décisions en matière des « private rights » : S.C.U.E., affaire *Crowel vs. Benson*, 285, U.S., 22, 1932.

juridictionnelle constituent les matières juridictionnelles par nature⁵⁹¹, il faudrait affirmer que toutes les autres matières assignées aux juridictions ne sont pas juridictionnelles, alors qu'elles sont attribuées aux juridictions.

Ce caractère évolutif touche, par exemple, la matière disciplinaire. L'exercice de cette fonction a donné lieu à la reconnaissance de la nature juridictionnelle de l'organe qui l'exerçait. C'est à la matière disciplinaire que ferait référence l'expression « *nature de la matière* »⁵⁹² utilisée par la jurisprudence, sans préciser quelle était la matière et quelle était sa nature⁵⁹³. La doctrine a cru voir dans la matière disciplinaire la matière juridictionnelle par nature⁵⁹⁴ et le critère définitif de la juridiction⁵⁹⁵. Mais, l'évolution jurisprudentielle a déterminé le fait que la matière disciplinaire ne soit plus considérée comme nécessairement juridictionnelle⁵⁹⁶. De la même façon, la sanction administrative non disciplinaire était considérée, dans un premier temps, comme un indice de l'existence d'une juridiction⁵⁹⁷. Cela n'a pas empêché l'acceptation ultérieure des sanctions administratives non juridictionnelles.

Puisque le contentieux existe avant les juridictions et continue d'être tranché en dehors des juridictions, en dépit de la prétention de juridictionnalisation totale du contentieux, il est possible d'affirmer que les matières sont juridictionnelles à partir du moment où elles sont attribuées aux juridictions⁵⁹⁸. De même, une matière n'est plus juridictionnelle lorsqu'elle est transférée à une autorité non juridictionnelle⁵⁹⁹. Cela équivaut à dire que le juridictionnel est un concept matériellement vide⁶⁰⁰. La matière juridictionnelle ne serait qu'un sophisme et correspondrait à ce

⁵⁹¹ Une telle affirmation méconnaît que les matières aujourd'hui considérées comme exclusivement juridictionnelles n'ont pas toujours été réservées aux juridictions. Par conséquent, affirmer que ce sont les matières juridictionnelles par nature est une affirmation excessive.

⁵⁹² C.E.f. Ass. 12 déc. 1953, *de Bayo*, A.J., 1954, 2, p. 138, note DE SOTO.

⁵⁹³ « *L'insuffisance de ce critère matériel tient d'abord à son imprécision. Sur la base de la motivation de l'arrêt de Bayo précité, il y a lieu de se demander, en effet, ce qu'il fait entendre précisément par la « nature de la matière », celle qui relève de la juridiction et celle qui, au contraire, n'en relève pas* », Olivier GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *loc. cit.*, p. 103.

⁵⁹⁴ « *La juridictionnalisation de la fonction disciplinaire ou le fait que l'on ait revêtu de certaines formes cette fonction est, au fond, une preuve que l'on était là en présence d'une fonction qui, par nature, est juridictionnelle* », Gustave PEISER, *Le Recours en cassation en droit administratif français : Évolution et régime actuel*, Thèse Nancy, Impr. Saint-Martin, Metz, 1957, p. 217.

⁵⁹⁵ Le professeur René CHAPUS voit dans l'arrêt *de Bayo* (C.E.f. Ass. 12 déc. 1953, *de Bayo*, A.J., 1954, 2, p. 138, note DE SOTO), un principe jamais énoncé comme tel : que la matière disciplinaire est juridictionnelle lorsque la sanction est infligée par un organe collégial créé par la loi : C.E.f. Ass. 31 mars 1950, *Dame Slaiher*, *Rec.*, p. 209. Pour lui, « *Il existe une liaison absolue entre la qualité d'organisme exerçant une mission de répression disciplinaire et celle de juridiction* », René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 284.

⁵⁹⁶ Par rapport au Comité des Cinq : C.E.f. Sect. 19 déc. 1980, *Hechter*, *Rec.*, p. 488, D. 1981, p. 296, note PLOUVIN et p. 431, note SIMON.

⁵⁹⁷ C.E.f. Ass. 31 mars 1950 *Dame Slaiher*, *Leb.*, p. 209, concernant le caractère juridictionnel des sanctions de la Commission de contrôle des banques.

⁵⁹⁸ « *Le seul point commun entre tous les comportements définis comme « crimes » est d'être de la compétence formelle du système pénal* », Thibaut SLINGENEYER, « La pensée abolitionniste hulsmanienne », *Archives de politique criminelle*, n° 27, 2005, Éditions A. Pedone, p. 18, in http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=APC&ID_NUMPUBLIE=APC_027&ID_ARTICLE=APC_027_0005, consulté le 15 fév. 2010.

⁵⁹⁹ Hormis le cas colombien d'une qualification expresse et formelle comme des fonctions juridictionnelles à l'administration. Néanmoins, dans ce cas, la matière est juridictionnelle, en raison de cette qualification législative.

⁶⁰⁰ « (...) le concept de fonction juridictionnelle n'a pas de contenu en soi. C'est-à-dire il n'est pas possible de savoir, a priori, ce que c'est que la fonction juridictionnelle, quelles sont les activités constituant l'exercice de cette fonction, ni les matières concernées par cette fonction (...) En d'autres termes, le concept de fonction juridictionnelle est un concept vide qui doit être rempli par le législateur ou par le constituant, ou par celui qui

qui est assigné aux juridictions⁶⁰¹. Par conséquent, les concepts de contentieux juridictionnel et non juridictionnel sont des notions fonctionnelles dont le contenu est relatif. Or, cela ne signifie pas que toutes les compétences assignées aux juridictions soient juridictionnelles⁶⁰², ce qui équivaldrait à dénaturer, notamment, les actes d'administration juridictionnelle.

2. Les mouvements de la politique contentieuse

L'interprétation classique de la séparation des pouvoirs aurait pu laisser croire à l'existence d'une distribution uniforme des fonctions, relevant d'un ordre universel⁶⁰³ ou de la nature des choses, tout en oubliant que la distribution des différentes fonctions et la séparation des pouvoirs sont, avant tout, des choix politiques. En tant que décisions politiques, elles visent à satisfaire des intérêts divers et, nécessairement, elles reflètent une société et un moment de l'Histoire⁶⁰⁴. La distribution politique des matières (a) entre les juridictions et les autres organes du pouvoir est le résultat des raisons de la politique législative ou jurisprudentielle (b).

a. La distribution politique des matières

Le contentieux administratif français révèle ce caractère politique de la distribution des fonctions, particulièrement à l'égard de ce qui est juridictionnel et de ce qui ne l'est pas. En effet, la construction d'un concept différent de contentieux est le résultat d'une volonté politique claire d'exclure ces matières de la compétence des juridictions⁶⁰⁵. Ce qui a commandé l'assignation de ces matières à l'administration elle-même, résulte aussi d'un choix politique⁶⁰⁶. Or, l'idée même du contentieux administratif est dépourvue d'un contenu précis et c'est à la volonté politique de déterminer ce qui doit échapper aux juridictions judiciaires, devenant du contentieux

dispose d'une telle compétence (...) c'est le système juridique positif qui devra établir ce que l'on doit considérer comme juridictionnel », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, op. cit., p. 77-78.

⁶⁰¹ Cela démontre que l'étude du contentieux se limitant exclusivement à la compétence juridictionnelle, donne une vision assez incomplète du phénomène.

⁶⁰² C'est pour cette raison que le critère matériel est non seulement imprécis, mais aussi insuffisant. Même si l'on reconnaît le caractère juridictionnel à la matière gracieuse, les juridictions exercent d'autres fonctions non juridictionnelles.

⁶⁰³ La séparation des pouvoirs est considérée comme un des « axiomes du droit politique », Léon DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie Politique*, L. Larose, Paris, 1893, p. 2.

⁶⁰⁴ C'est la lutte contre l'arbitraire qui est la raison ayant motivé la formulation de l'interdiction du cumul absolu des pouvoirs.

⁶⁰⁵ Il suffit de faire référence au germe du contentieux administratif dans l'édit de Saint-Germain du 16 février 1641 qui, prenant acte des invasions des Parlements sur l'administration, interdit de s'immiscer dans les décisions de l'administration : « (...) la lutte que Louis XIII avait eu à soutenir contre un retour offensif de l'aristocratie féodale appuyée sur des princes du sang et sur le propre frère du roi. À la noblesse, devenue ennemie, il opposait des « gens du roi », des représentants directs de son autorité, investis de pouvoirs souvent excessifs ; la résistance des Parlements à l'exercice de ces pouvoirs lui apparaissait comme une complicité de rébellion », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 126.

⁶⁰⁶ L'assignation du contentieux administratif aux directeurs de département et de district était une décision qui cherchait, entre autres raisons, à ne pas « couvrir la France de juges, accabler les peuples de frais et les tourmenter encore par des questions de compétence », PEZONS, entre le 5 juillet et 9 août 1790, *Archives parlementaires*, t 17, p. 675.

administratif⁶⁰⁷. Plus qu'un concept, le contentieux administratif est, en réalité, une barrière à la compétence des juridictions judiciaires⁶⁰⁸.

L'existence d'un contentieux administratif différent du contentieux judiciaire met en évidence un cas de distribution du contentieux, à partir de la prise en considération des valeurs et des éléments de politique. La volonté politique qui peut déterminer la matière juridictionnelle administrative, est aujourd'hui, *a priori*, une politique législative⁶⁰⁹. Cette politique⁶¹⁰, lorsqu'elle concerne le contentieux, est une politique contentieuse. Elle consiste dans les réponses possibles au contentieux : par la tolérance, par la voie de la responsabilité civile ou par celle de la répression, en promouvant l'arrangement privé ou, par la décision juridictionnelle ou administrative. La politique contentieuse est ainsi commandée par la volonté et par les valeurs.

Lorsque la matière à assigner est un comportement que l'on considère comme méritant un châtement, la volonté politique relève de la politique criminelle ou, plus largement, de la politique sanctionnatrice. Cette dernière détermine les comportements considérés comme choquants, les offenses qui doivent être réprimées. Elle réalise le choix de la sanction et du barème, le choix de la prévention ou de la répression. Elle détermine si la responsabilité est patrimoniale ou pénale, cette dernière accompagnée de mesures d'indemnisation ou administrative. De même, elle choisit entre l'éloignement ou la réinsertion sociale⁶¹¹. Elle décide l'autorité chargée de cette sanction et la nature de celle-ci⁶¹². Ainsi, un comportement peut être confié à la répression sociale ou à la répression des semblables, notamment par les ordres professionnels. Elle peut être également déléguée à la répression administrative ou à la répression pénale. Donc, différentes considérations tant techniques que politiques déterminent les « *mouvements de la politique criminelle* »⁶¹³.

Or, lorsque la politique contentieuse n'est pas menée explicitement par le législateur, la juridictionnalisation - administrativisation devient jurisprudentielle⁶¹⁴. La jurisprudence réalise des

⁶⁰⁷ C'est pour cela que, quand le contentieux de l'administration relève de la compétence des juridictions judiciaires, il n'est pas considéré comme un contentieux administratif. Cf. Roland DRAGO, « Le juge judiciaire, juge administratif », *R.F.D.A.* 1990, p. 763.

⁶⁰⁸ « (...) la notion de contentieux administratif, qui est une notion fonctionnelle, forgée pour opposer une barrière aux investigations judiciaires et pour étendre la compétence des corps administratifs », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁰⁹ Conformément à l'art. 34 Const.f., la répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire relève de la matière législative : C.E.f. Ass., 30 mai 1962, *Assoc. Nat. De la meunerie, Rec.*, p. 233 ; S., 1962, p. 178 et D. 1962, p. 631, concl. BERNARD ; *A.J.D.A.* 1962, p. 285, chron., GALABERT et GENTOT. Dans le même sens C.c.f. 20 fév. 1987, n° 87-149 L, *Rec.*, p. 22. En droit colombien, cette matière relève aussi de la réserve législative, art. 150 Const.c.

⁶¹⁰ Hernando MORALES explique que l'assignation de matières à la juridiction gracieuse et non à l'administration relève de la « *politique législative* », Hernando MORALES, *Curso de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 29. Et c'est un héritage de l'époque où la fonction de registre et de documentation, aujourd'hui confiée aux notaires, était confiée aux juges, *ibidem*, p. 30.

⁶¹¹ « *Trancher implique une faible relation au délinquant ou au déviant (...) la mesure ne prépare pas l'avenir* » (...) « *Dénouer, c'est d'abord associer l'homme du refus à la réponse du corps social (...)* », Mireille DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, Paris, 1983, p. 174.

⁶¹² Concernant la déjuridictionnalisation de la première infraction du mineur délinquant : Pierre PEDRON, « *Traitement de la délinquance des mineurs : pour une rationalisation du droit et des pratiques éducatives sur le fondement des propositions de la commission Varinard* », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, janv. 2009, n° 1, p. 25-62.

⁶¹³ Mireille DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle, op. cit.*, p. 153.

⁶¹⁴ À défaut d'indices normatifs en faveur ou contre du caractère juridictionnel ou administratif, le commissaire du gouvernement CHARDEAU conclut par l'argument politique qu'il considère tiré « *de la logique et de l'opportunité* »

choix politiques lorsqu'elle considère que certaines matières sont propres aux juridictions⁶¹⁵. C'est de cette façon que l'on peut comprendre les revirements de jurisprudence à l'égard des critères jurisprudentiels d'identification de la juridiction⁶¹⁶, ainsi que les décisions législatives contrariant la jurisprudence lorsque la sanction disciplinaire est confiée à une autorité administrative. Différentes raisons motivent ces décisions politiques.

b. Les raisons de la politique législative ou jurisprudentielle

Au moment de réaliser ces choix politiques, tant les juridictions que le législateur prennent en considération différents facteurs. La déjuridictionnalisation étant une décision politique, elle peut être commandée par la vision juridictionnelle du contentieux (politique) ou par d'autres raisons techniques concernant l'effectivité de la politique contentieuse. La rapidité et la souplesse de la décision administrative sont normalement présentées comme des arguments en faveur de l'administrativisation de certaines matières.

Fruit de la vision juridictionnelle du contentieux, les déjuridictionnalisations sont guidées, avant tout, par la volonté de décharger les juridictions des matières considérées comme non juridictionnelles, en tant que non contentieuses⁶¹⁷. L'administration⁶¹⁸ et les

(...) « nous croyons que l'intérêt des membres de la profession, ainsi que la nature des litiges soulevés par l'inscription au tableau conduit à donner à cette opération le caractère d'une décision administrative (...) », concl. CHARDEAU sur C.E.f. Ass., 12 décembre 1953, de Bayo, R.P.D.A. 1954, p. 6.

⁶¹⁵ La compétence du Conseil d'État dans la découverte d'une juridiction est « discrétionnaire », lorsque le législateur n'a pas clairement tranché : « (...) lorsque c'est à lui de jouer, c'est-à-dire lorsque c'est à lui-même qu'il appartient de se prononcer sur le caractère d'un organisme ; en d'autres termes : lorsque, à la question posée devant lui, il est libre de donner la réponse de son choix », René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 266. Ainsi, dans l'affaire de Bayo, le Commissaire du gouvernement affirme que, dans le cas de silence « Il est donc permis d'interpréter les textes législatifs à la lumière de considérations tirées de la logique et de l'opportunité », concl. CHARDEAU sur C.E.f. Ass., 12 décembre 1953, de Bayo, Rec. 566 ; R.P.D.A. 1954, p. 6.

⁶¹⁶ Le C.E.f. nie notamment, le caractère juridictionnel du Comité des Cinq : C.E.f. Sect. 19 déc. 1980, *Hechter, Rec.*, p. 488, D. 1981, p. 296, note PLOUVIN et p. 431 note SIMON. pour le professeur GOHIN, cette jurisprudence cherche à éviter la « prolifération des juridictions administratives spéciales », Olivier GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *loc. cit.*, p. 103-104. De même, à l'égard de l'A.M.F., le Conseil d'État a affirmé que « la commission des sanctions n'est pas une juridiction au regard du droit interne », (C.E.f. 4 fév. 2005, *Société GSD Gestion*, requête 2690001, R.F.D.A., nov.-déc. 2005, p. 1178.) et cela en dépit du fait qu'elle dispose des pouvoirs de sanction disciplinaire à l'égard des prestataires des services d'investissement. Or, le Code des marchés financiers ne différencie plus entre les sanctions administratives et disciplinaires : Didier LINOTTE et Guillaume SIMONIN, « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'État ? », *A.J.D.A.* 2004, p.147.

⁶¹⁷ « Il est nécessaire de décharger les juges des compétences qui ont été assignées pour de simples raisons de tradition, de la division du travail ou d'opportunité et qui ne sont plus justifiables actuellement ou qui ont un contenu simplement administratif (...) », Antonio FERNANDEZ DE BUJAN, *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001, p. 188 « Lorsqu'il est amené à se consacrer à des fonctions qui n'entrent pas dans la fonction de juger « il perd son temps » et ne peut plus accorder le temps nécessaire que requiert sa fonction noble, celle de juger », Ingrid FAVROLLE, *Les aspects de la déjudiciarisation : remettre le juge au cœur de son activité juridictionnelle*, mémoire Master 2, Université Panthéon-Assas, 2009, p. 9.

⁶¹⁸ La Commission présidée par le recteur Serge GUINCHARD, (*L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, 2008), propose notamment, la déjuridictionnalisation du changement du prénom et de l'enregistrement du pacte civil de solidarité envers l'officier de l'état civil, (proposition n° 34 et 39). La proposition n° 40 concerne le transfert des procurations de vote aux collectivités locales. Cf. Bénédicte RAJOT, « Le grand chantier de la justice française : le recteur Serge Guinchard formule 65 propositions », *Responsabilité civile et assurances*, n° 10, 1 oct. 2008, p. 2 et suiv.

notaires⁶¹⁹ se voient attribuer des matières où l'on considère que l'intervention juridictionnelle n'est pas nécessaire⁶²⁰. Ainsi, la déjuridictionnalisation chercherait à épurer les juridictions⁶²¹. Néanmoins, la déjuridictionnalisation du contentieux, suivie de son administrativisation (le juge n'a plus la réserve du premier, mais du dernier mot), nie que le contentieux soit la matière juridictionnelle pouvant la définir : le contentieux est une matière qui peut être autant juridictionnelle qu'administrative. Dès lors, celui-ci ne peut définir ni la juridiction ni l'administration.

D'autres raisons peuvent aussi conditionner la déjuridictionnalisation du contentieux, par exemple, la politique consistant à réserver le juge pour les affaires complexes⁶²² ou non répétitives⁶²³ alors qu'en réalité, l'activité contentieuse de l'administration se justifie souvent en raison de la complexité technique de l'affaire. Par exemple, en 1996, un des arguments présentés au Parlement colombien, afin de justifier le transfert de certaines matières des juridictions aux autorités administratives, a été celui de la réserve judiciaire aux affaires relevant d'une véritable importance⁶²⁴. C'est au cas par cas que les arguments vont influencer la politique contentieuse.

C'est à partir des mouvements de la politique contentieuse⁶²⁵ que l'on peut affirmer

⁶¹⁹ Dans le contexte de la crise judiciaire de la fin des années 80, la loi colombienne n° 30 du 9 octobre 1987 conférait des facultés de législation extraordinaire au Président de la République pour, notamment, transférer des affaires des juridictions à des notaires et des autorités administratives. Le décret n° 902 du 10 mai de 1988 permet la succession de commun accord devant notaire. Le décret n° 999 du 23 mai 1988 autorise le changement de nom devant notaire, ainsi que la correction des erreurs de l'état civil. Le décret n° 2458 du 28 novembre 1988 permet la séparation devant notaire. Finalement, le décret n° 1900 du 24 août 1989, permet le divorce par consentement mutuel devant le notaire (art. 3, Décret 4436 du 28 nov. 2005). De même, un projet français daté de 2007 prétend déjudiciariser le divorce par consentement mutuel, ainsi que l'injonction de payer : cf. Laurence GARNIERE, « Rapport Guinchard : quel divorce pour demain ? », *Droit et Patrimoine*, n° 173, 1 sept. 2008, p. 6-10. La déjuridictionnalisation est même critiquée, car elle rendrait trop facile la procédure « ramener le divorce à une formalité porte atteinte à l'institution du mariage en rendant trop facile son anéantissement », Violette GORNY, « Même le meilleur des notaires ne peut remplacer le juge et l'avocat », *La Gazette du Palais*, n° 111, 20 avril 2008, p. 862.

⁶²⁰ La déjuridictionnalisation de la matière gracieuse ne doit pas être comprise comme une purification de la tâche du juge, en tant que chargée exclusivement du contentieux. Cela doit être une décision politique répondant à la question sur la justification et la nécessité de l'intervention juridictionnelle, ainsi que sur les atouts de l'intervention administrative : « Il ne s'agit pas d'éviter le collapsus de la justice contentieuse, mais de systématiser et redistribuer les compétences en matières juridictionnelles, afin de rationaliser le système », Antonio FERNANDEZ DE BUJAN, *La jurisdicción voluntaria, op. cit.*, p. 188

⁶²¹ Contre cette pratique : Didier ROUCOUX, « Réflexions sur le rôle du juge », *P.A.* n° 92, 7 mai 2008, p. 5.

⁶²² « Économie de temps puisqu'elle désengorgerait certaines juridictions, permettant ainsi aux juges de se concentrer sur les affaires complexes », Soraya AMRANI MEKKI, « La déjudiciarisation », *La Gazette du Palais*, n° 156, mai-juin 2008, p. 1425.

⁶²³ « (...) la déjudiciarisation d'un certain nombre de contentieux est devenue une nécessité. Il n'est pas raisonnable que le juge soit amené à se prononcer sur le contentieux des pertes de points de permis de conduire, aussi foisonnant que répétitif et posant peu de questions de droit. On peut également se montrer inquiet sur les conséquences contentieuses du droit opposable au logement », Bernard STIRN et Simon FORMERY, « La déjudiciarisation d'un certain nombre de contentieux est devenue une nécessité », *J.C.P. A.*, 2008, n° 10, 2051, p. 20-21.

⁶²⁴ « De cette façon, il est partiellement récupéré le concept de « relevance judiciaire », d'après lequel, l'intervention des juges doit être réservée aux affaires dont l'importance sociale et juridique le demandent véritablement (...) », CONGRES DE LA REPUBLIQUE, Exposition des motifs du projet de loi relatif à la décongestion de la justice, présenté à la Chambre des représentants, in *Gaceta del Congreso*, n° 621, 24 décembre de 1996.

⁶²⁵ Par exemple, le recours hiérarchique au chef de l'État a été juridictionnalisé sous la forme du recours pour excès de pouvoir que DUGUIT qualifie le R.E.P. comme « un recours hiérarchique juridictionnalisé », Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive, op. cit.*, p. 581.

que les matières juridictionnelles sont celles de la compétence des juridictions⁶²⁶. Puisque les matières assignées aux juridictions ne diffèrent pas de celles confiées à l'administration, il est nécessaire d'envisager la définition matérielle de la juridiction à partir de la fonction qu'exercent les juridictions dans ces matières.

§ 2. La fonction juridictionnelle

CARNELUTTI avait raison lorsqu'il affirmait qu'« *il n'y a pas pour la science procédurale de problème plus grave que celui qui concerne la détermination de la fonction juridictionnelle (...)* »⁶²⁷. Même s'il s'avère impossible de déterminer l'existence de matières proprement juridictionnelles, la spécificité matérielle de la juridiction pourrait être envisagée à partir de la mission des juridictions à l'égard des matières qui lui sont assignées, quelles qu'elles soient. Pour le professeur AUBY, l'existence d'un pouvoir juridictionnel différencié requiert la détermination de la fonction juridictionnelle. Pour cela, deux conditions seraient requises : « *la spécificité des fonctions de ce pouvoir* » et « *son indépendance par rapport aux autres pouvoirs constitutionnels* »⁶²⁸. Concernant la spécificité fonctionnelle des juridictions, les juridictions seraient « *essentiellement* » chargées de résoudre de litiges⁶²⁹. Certes, la résolution des litiges est une fonction exécutive (A) ; mais, cela est une définition insuffisante (B).

A. Une fonction d'exécutive

Si l'on considérait que tant le contentieux que le gracieux sont des matières juridictionnelles, alors que dans les deux cas la fonction du juge est différente, il serait nécessaire de trouver l'élément commun qui explique en quoi consiste la fonction juridictionnelle. Cela ne peut consister qu'en l'exécution de normes que réalise le juge pour décider les affaires qui sont soumises à sa décision, indépendamment de l'existence ou non d'un contentieux⁶³⁰. Dès lors, la fonction juridictionnelle ne pourrait être définie que comme une fonction exécutive. La fonction juridictionnelle consisterait à exécuter la loi, c'est-à-dire à transformer des dispositions générales en décisions concrètes. Cette définition se construit à partir de l'existence de seulement deux fonctions différentes : la création et l'exécution de normes. Même si cette définition peut être utilisée à l'appui de la juridiction administrative française (1), il s'agit d'une définition acceptée par les théoriciens du droit (2), au-delà des spécificités du droit français.

⁶²⁶ « *Établir ce que c'est et ce qui n'est pas fonction juridictionnelle résulte d'une décision relativement arbitraire et imprévisible, qui sera prise par l'autorité politique à laquelle on a assigné cette compétence dans un système spécifique* », LUIS ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, op. cit., p. 77-78.

⁶²⁷ FRANCESCO CARNELUTTI, « *Lite et funzione processuale* », *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, 1, p. 23 cité par Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, op. cit., p. XXI.

⁶²⁸ Jean-Marie AUBY, « *Autorités administratives et autorités juridictionnelles* », loc.cit., p. 95.

⁶²⁹ « *Les juridictions (judiciaires ou administratives) sont chargées essentiellement de résoudre des litiges juridiques entre des parties et cette fonction leur est propre* », idem.

⁶³⁰ Le juge applique les normes pour trancher le contentieux, pour accorder ou pour nier la décision demandée en matière gracieuse, notamment l'homologation. Lorsque le juge refuse l'homologation, il exécute la loi.

1. Une définition à l'appui de la juridiction administrative

Les défenseurs de la juridiction administrative française ne se bornent pas seulement à dire que la fonction juridictionnelle est encore une fonction administrative⁶³¹. Au fond, ils soutiennent que la fonction juridictionnelle et la fonction administrative partagent la nature exécutive de la fonction qu'ils exercent⁶³² et, pour cela, la juridiction administrative découle naturellement de cette bipartition. Ainsi pour DUGUIT, même s'il est possible de différencier entre la fonction administrative et la juridictionnelle, en raison du but poursuivi⁶³³, en réalité, il reconnaît qu'au fond, dans les deux cas, il s'agit d'une fonction exécutive⁶³⁴.

En considérant qu'il n'existe un pouvoir dans l'État que dans la mesure où la fonction qu'il exerce est matériellement différente, la défense de la théorie des deux pouvoirs est aussi adoptée par les défenseurs de la juridiction administrative : de la fonction de faire la loi et de celle de la faire exécuter ne résultent que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif⁶³⁵.

Compte tenu du fait que ces idées coïncident avec la justification de la juridiction administrative, cela pourrait jeter un voile de suspicion sur son objectivité. Ainsi, l'argument de l'identité exécutive de la fonction judiciaire est utilisé contre l'indépendance des juges et, notamment, il est présenté à la Constituante de 1789 afin de revendiquer pour le roi le droit de nommer les juges⁶³⁶.

2. Une définition acceptée par des théoriciens du droit

En réalité, « *cette identité de la fonction administrative et de la fonction judiciaire ne saurait être contestée ; elle est reconnue même par ceux qui voient dans l'ordre judiciaire un pouvoir indépendant* »⁶³⁷. Tel est le cas de CARRE de MALBERG : même s'il affirme clairement l'identité matérielle des fonctions administrative et juridictionnelle, en tant que fonctions exécutives⁶³⁸, il reconnaît l'existence du pouvoir juridictionnel indépendant⁶³⁹. Ainsi,

⁶³¹ Pierre-Paul-Nicolas HENRION de PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, op. cit., p. 312.

⁶³² Pour DUGUIT, l'acte juridictionnel est un acte complexe qui procède à une constatation et à une éventuelle condamnation et qui a été pris par la méthode du syllogisme : cf. Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », loc. cit., p. 467.

⁶³³ « (...) dans un cas l'État protège l'intérêt collectif ; dans l'autre, il sauvegarde l'intérêt individuel », Léon DUGUIT, « Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique », cit., p. 11.

⁶³⁴ « Mais le caractère juridique est le même ; c'est toujours le même rapport qui prend naissance ; il y a toujours un ordre spécial dérivant d'un ordre général », Léon DUGUIT, « Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique », loc. cit., p. 11.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 23.

⁶³⁶ « D'après Cazalès, Maury et Malouet, ces éloquents organes, le pouvoir judiciaire était une partie intégrante du pouvoir exécutif », Léon AUCOC, « Rapport sur le concours relatif à la Séparation des Pouvoirs », Académie des Sciences morales et politiques, séance du 10 mai 1879, in Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 10.

⁶³⁷ Léon DUGUIT, « Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique », loc. cit., p. 19.

⁶³⁸ « Si l'on va au fond des choses, on est obligé de reconnaître que le juge, lorsqu'il tranche la question d'application de la loi, n'a d'autre objectif que d'en préparer et assurer l'exécution. (...) et c'est en quoi la fonction de juridiction se rattache au pouvoir exécutif et rentre dans la notion générale de ce pouvoir », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 752.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 757.

l'existence d'un pouvoir juridictionnel distinct ne tiendrait pas de la particularité de la fonction exercée par les juridictions, mais à d'autres considérations d'ordre formel.

La définition de la fonction juridictionnelle comme une fonction exécutive dépasse les particularismes du droit administratif français et elle est aussi défendue par d'autres auteurs, notamment du droit privé, et par des auteurs non français. Les noms d'Otto MAYER⁶⁴⁰, de Hans KELSEN⁶⁴¹ et de Jean CARBONNIER⁶⁴² montrent à quel point la définition de la fonction juridictionnelle comme une fonction exécutive relève de la théorie du droit en général. Ces auteurs définissent la juridiction par rapport à son étymologie : *ius dictio* ou dire le droit serait la fonction juridictionnelle.

Des auteurs colombiens suivent ce courant tout en avouant l'impossible différence matérielle entre les fonctions exécutive-administrative et exécutive-juridictionnelle⁶⁴³. Ils utilisent des expressions qui expriment le caractère exécutif de la fonction juridictionnelle⁶⁴⁴. Ainsi, il est mis en évidence l'opposition entre la fonction d'édition d'actes généraux et d'actes « *particuliers et précis* »⁶⁴⁵.

Les défenseurs les plus affirmés de la nature strictement exécutive de la fonction exercée par les juridictions tombent dans le piège d'affirmer que le contentieux est une fonction juridictionnelle, bien qu'il ne la caractérise pas⁶⁴⁶. Il a été déjà démontré pour quelles raisons la fonction contentieuse ne pouvait pas faire partie de la définition de la fonction juridictionnelle, ce qui revient à dire que la seule définition matérielle possible reste, par conséquent, celle d'une fonction d'exécution normative. Cela est, néanmoins, une définition insuffisante.

⁶⁴⁰ Otto MAYER, *Le droit administratif allemand*, éd. française, t. I., Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, p. XIII.

⁶⁴¹ « (...) Il ne suffit pas de dire que les organes du pouvoir exécutif « exécutent » les normes pour distinguer le pouvoir judiciaire du pouvoir dit « exécutif ». À cet égard, la fonction des deux pouvoirs est identique », Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 304-305.

⁶⁴² « La fonction étatique qui consiste à découvrir, généralement à la suite d'une contestation, d'un litige, quelle est, parmi les règles de droit préexistantes, celle dont les dispositions abstraites recouvrent les circonstances concrètes du cas (de l'espèce), de déclarer ainsi la règle de droit applicable, et d'en faire application. C'est cela qui est proprement dire le droit (*iusdictio*) », Jean CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 18^e éd. P.U.F., Paris, 1998, p. 31.

⁶⁴³ « Tant les sentences judiciaires que les décisions administratives sont des normes individuelles et précises qui exécutent des lois matérielles, par leur application aux affaires concrètes », Leopoldo UPRIMI, « La ambigüedad e inconveniencia de los términos « jurisdicción », « función jurisdiccional » y « rama jurisdiccional del poder público en torno de una reforma constitucional propuesta por la comisión Echandía », loc. cit., p. 375.

⁶⁴⁴ « (...) le juge, qui est un étranger au procès, déclare de façon obligatoire pour les parties, quelle est la volonté de la loi pour cette affaire », Hernando MORALES, *Curso de derecho procesal civil*, op. cit., p. 21.

⁶⁴⁵ « (...) il n'est pas non plus facile de préciser la différence entre les actes administratifs et les actes juridictionnels, surtout si on tient compte du fait que, souvent, ils agissent d'une façon similaire à l'égard des sujets destinataires de l'acte puisqu'ils définissent, pour la plupart des cas, des situations juridiques individuelles et concrètes », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, op. cit., p. 141.

⁶⁴⁶ « Le pouvoir exécutif ne peut être séparé du pouvoir judiciaire que dans une faible mesure. La stricte séparation de ces pouvoirs est impossible puisque les deux types d'activité que ces termes recouvrent d'habitude ne correspondent pas à des fonctions essentiellement distinctes (...) Du point de vue de la norme générale à exécuter dans le cadre de la fonction judiciaire, le caractère de controverse de la procédure judiciaire ne revêt qu'une importance secondaire », Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 322.

B. Une définition insuffisante

Cette définition exécutive est jugée trop générale pour préciser la spécificité matérielle de la fonction juridictionnelle. Non seulement la séparation de la fonction de création et d'exécution des normes est considérée comme artificielle ou limitée dans la mesure où les organes chargés en principe de l'exécution exercent aussi une fonction créatrice, mais encore la définition de la fonction juridictionnelle comme une fonction exécutive ne permet pas de la différencier de la fonction administrative et, par conséquent, il est affirmé que les juges pourvoient à l'exécution du droit lorsqu'ils tranchent des litiges⁶⁴⁷. La définition de la fonction juridictionnelle comme une fonction exécutive n'est pas acceptée en raison de l'insuffisance de la dichotomie : création et exécution (1). De plus, cette définition ne satisfait pas la recherche de la spécificité matérielle de la fonction juridictionnelle : la fonction exécutive n'est pas la fonction matériellement juridictionnelle (2).

1. L'insuffisance de la dichotomie : création et exécution

Dire le droit, c'est-à-dire l'appliquer aux affaires concrètes est une façon d'exécuter les normes. De même, les lois sont exécutées lorsqu'elles sont développées par la voie réglementaire ou, en général, par des mesures administratives visant à assurer l'effectivité de la loi. L'exécution de la loi est ainsi une fonction partagée par les juridictions et l'administration. Par conséquent, définir la fonction juridictionnelle, d'un point de vue matériel, comme une fonction exécutive, n'apporte pas beaucoup de précisions. Malgré cela, ce caractère exécutif de la fonction juridictionnelle a servi au Conseil d'État français pour identifier une juridiction administrative spéciale⁶⁴⁸. Or, cette classification qui définit la fonction juridictionnelle comme une fonction exécutive n'est pas complètement acceptée⁶⁴⁹. Non seulement le juge n'est pas toujours exécuteur de la loi (a), mais il participe aussi à l'exercice multi-organique des fonctions (b).

a. Le juge n'est pas toujours un exécuteur de la loi

L'interprétation classique de la séparation des pouvoirs condamne théoriquement le juge à n'être qu'un exécuteur de la loi, à ne réaliser que « *le simple diagnostic de la volonté* »

⁶⁴⁷ « (...) l'objet de la fonction juridictionnelle est de dire le droit et de trancher les litiges. Nous essayerons de démontrer que la fonction qui consiste à dire le droit est une fonction autonome par rapport aux autres fonctions de l'État », Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, op. cit., p. XXI.

⁶⁴⁸ Le Conseil d'État a reconnu le caractère juridictionnel des commissions départementales de reconstitution foncière, créées pour le remembrement des régions dévastées par la guerre, en raison du fait que sa fonction cherche à « *assurer l'exacte application de la loi et de reconnaître, le cas échéant, les droits (...) pour les propriétaires* », C.E.f. 17 nov. 1922, *Légillon, Rec.*, p. 848, 2^e esp.

⁶⁴⁹ En cherchant inutilement une définition matérielle de la fonction juridictionnelle, BONNARD affirme qu'il serait moins étonnant de confondre la législation et l'administration que l'administration et la juridiction : « (...) *si on y réfléchit, cette dernière confusion s'explique mieux que l'autre, car il y a certainement plus de points communs entre législation et administration qu'entre administration et juridiction* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 21.

⁶⁵⁰ du législateur. D'un côté, cette définition ne permet pas d'expliquer la fonction créative du juge ⁶⁵¹ et, d'un autre côté, cette définition exclut la fonction du juge lorsqu'il décide en équité.

En effet, le juge est obligé de décider, même lorsque la loi ne suffit pas pour répondre à la question qui lui est posée, c'est-à-dire lorsqu'il se trouve devant un « *vacuum juris* » ⁶⁵². N'ayant pas de norme à exécuter, la fonction du juge ne peut que difficilement être considérée comme exécutive ⁶⁵³. Ainsi, la définition de la fonction juridictionnelle ne doit pas négliger la création jurisprudentielle du droit, surtout moins en droit administratif français. Elle doit considérer « *l'indépendance du juge administratif vis-à-vis du droit écrit* » ⁶⁵⁴ qui, davantage qu'un serviteur de la loi, se considère « *comme le « délégué » du législateur* » ⁶⁵⁵. De plus, le caractère principalement écrit du droit administratif colombien ⁶⁵⁶, ne signifie pas que la juridiction colombienne du contentieux administratif soit « *la bouche de la loi* », car la jurisprudence a constamment fait évoluer les institutions administratives ⁶⁵⁷.

En outre, la définition de la fonction juridictionnelle comme une fonction exécutive, laisse en dehors de cette fonction les cas des décisions des juges qui sont censées être prises en équité ⁶⁵⁸. Il s'agit d'un grief portant notamment sur le droit civil, compte tenu du fait qu'en droit administratif français, l'équité ne peut que « *compléter les méthodes juridictionnelles* » ⁶⁵⁹, alors que la Constitution colombienne ne la considère que comme l'un

⁶⁵⁰ François GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I., *op. cit.*, p. 42.

⁶⁵¹ « (...) la fonction juridictionnelle se présente comme étant une fonction de déclaration du droit et non de formation du droit », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 80. Cf. Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 121 et suiv.

⁶⁵² Ainsi, par exemple, les principes généraux du droit administratif sont « *applicables même en l'absence de textes* », C.E.f. 26 oct. 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213. Cf. Jean RIVERO, « Le juge administratif français, un juge qui gouverne », *D.* 1951, Ch., p. 21.

⁶⁵³ « Il doit certes dire le droit, même dans le silence ou l'obscurité des textes, censurer les illégalités qui lui sont déferées, accorder les réparations justifiées qui lui sont réclamées, contrôler les conditions d'exécution des contrats qui lui sont soumis (...) », Raymond ODENT, *contentieux administratif*, t. I., *op. cit.*, p. 49-50.

⁶⁵⁴ « Le droit jurisprudentiel est donc, dans son ensemble, antérieur au droit administratif écrit ; il n'est pas anormal que le juge ait conservé l'habitude de considérer également celui-là comme antécédent à celui-ci », Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, p. 134.

⁶⁵⁶ La juridiction colombienne du contentieux administratif n'est pas compétente pour déterminer sa compétence à un point tel qu'il a fallu attendre 1964, pour qu'une disposition législative confère compétence à cette juridiction pour décider les affaires de la responsabilité publique et les affaires liées au contrat administratif : décret-loi 528 de 1964. Avant cette date, la responsabilité de l'administration était déclarée par la Cour suprême de justice, sauf des exceptions précises : responsabilité dérivée de la nullité d'un acte administratif (loi n° 130 du 13 décembre 1913) ; responsabilité pour expropriation et dommages provoqués sur un domaine, dans l'exécution d'un ordre administratif (loi 38 de 1918).

⁶⁵⁷ Par exemple, la jurisprudence du Conseil d'État colombien a élaboré une théorie dite des motifs et des finalités pour déterminer les cas où le recours objectif de l'action de nullité devait être exercé à la place du recours subjectif de l'action de nullité et du rétablissement du droit : C.E.c. Sentence du 10 août 1961, M.R. Carlos ARRIETA. Cette théorie a été néanmoins considérée comme contraire au droit constitutionnel d'accès à la justice. La Cour constitutionnelle a déclaré la constitutionnalité conditionnée de la norme prévoyant les recours juridictionnels : C.c.c. Sentence C-426-02, 29 mai 2002, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁶⁵⁸ « L'acte juridictionnel tranche entre deux prétentions que le droit permet d'élever, et il pourra trancher ces prétentions en application du droit ; mais, untel acte pourrait se concevoir aussi bien sans application du droit par un recours à l'équité, à la divination du bon plaisir des dieux, voire au plaisir du juge même si cela n'est pas souhaitable », Serge GUINCHARD et al., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3^e éd. Dalloz, Paris, 2005, p. 1190.

⁶⁵⁹ « Le recours exclusif à l'équité ne saurait être compris au nom d'une méthode juridictionnelle ; il en est d'abord la négation », Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 21.

des « *critères auxiliaires de l'activité judiciaire* »⁶⁶⁰.

D'autres classifications ont été formulées d'après lesquelles la fonction juridictionnelle ne serait pas une fonction exécutive. Il s'agit, tout d'abord, des théories encore binaires⁶⁶¹, mais ayant des contenus différents : pour LABAND, les fonctions de l'État consistent à penser (jugement et législation) ou à agir (administration)⁶⁶². Ainsi, la fonction juridictionnelle serait une fonction intellectuelle, de même nature que la fonction législative, alors que la fonction de l'administration ne serait pas intellectuelle. Pour JERUSALEM, la juridiction, à la différence de la législation et de l'administration, cherche à assurer que les activités sont légales, tandis que la législation et l'administration visent à assurer les fins de l'État⁶⁶³. D'après cela, l'administration ne chercherait pas que les activités soient légales.

Une dernière classification binaire existe dans le droit français : celle qui différencie l'action et le contrôle⁶⁶⁴. Ce schéma n'oppose pas la juridiction à l'administration et, par conséquent, il reconnaît le particularisme français déterminant l'existence d'une juridiction administrative, organiquement placée au sein de l'administration. Il existe, de ce point de vue, des contrôles juridictionnels et non juridictionnels de l'action administrative : le contrôle exercé par le médiateur de la République, le contrôle politique, le contrôle citoyen et le contrôle juridictionnel. Or, puisque le contrôle peut être juridictionnel et non juridictionnel, cette classification ne pourrait pas définir la spécificité de la fonction juridictionnelle. D'ailleurs, la fonction juridictionnelle, au-delà de la juridiction administrative, ne se borne pas à une fonction de contrôle qui se réalise, par exemple, dans le cas du recours pour excès de pouvoir, parce que quand le juge tranche un litige entre prétentions opposées, la fonction n'est pas celle du contrôle.

b. Le juge pratique l'exercice multi-organique des fonctions

Ces classifications se montrent insuffisantes dans la mesure où elles ne peuvent pas

⁶⁶⁰ « *Les juges, dans ses décisions, ne sont soumis qu'à l'imperium de la loi. L'équité, la jurisprudence, les principes généraux du droit et la doctrine sont critères auxiliaires de l'activité judiciaire* », art. 230 Const.c.

⁶⁶¹ « *Toute fonction, exercée par l'État, quel que soit le résultat effectif qu'elle atteint, se traduit, au point de vue du rapport qu'elle fait naître entre l'État et les autres personnalités individus ou collectivités, soit en un ordre imposé, soit en une convention conclue, soit en un acte ayant à la fois le caractère d'un ordre et d'une convention* », LÉON DUGUIT, « Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique », *loc. cit.*, p. 30.

⁶⁶² Pour LABAND, tant le jugement que la législation sont des activités intellectuelles, car ils fixent une règle *in abstracto* et *in concreto*. Dans les deux cas, l'autorité émet des jugements, tandis que l'administration consisterait essentiellement à agir : PAUL LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, t. II, *op. cit.*, p. 511.

⁶⁶³ À partir du critère des fins de l'État, il existerait, pour lui, une identité matérielle entre la fonction législative et l'administrative et sa séparation ne serait qu'organique. En revanche, la fonction « juridictionnelle » aurait une place à part puisque matériellement elle ne chercherait à réaliser les buts de l'État mais à « *assurer que les activités soient conformes aux normes...* », JERUSALEM, *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tubingen, 1930, p. 4 et s., cité par Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration (...)*, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁶⁴ GUY BRAIBANT et BERNARD STIRN, *Le droit administratif français*, 7^e éd. Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, p. 491. Cf. GUY BRAIBANT, CÉLINE WIENER et NICOLE QUESTIAUX, *Le Contrôle de l'administration et la protection des citoyens : étude comparative*, éd. Cujas, Paris 1973.

expliquer la réalité de l'exercice combiné ou multi-organique des fonctions⁶⁶⁵. Ces théories prétendent, encore, que chaque autorité exerce une fonction matériellement différenciée. Bien que la séparation des fonctions soit utile d'un point de vue théorique, ceci est un exercice fictif : il y aurait des organes qui créent et d'autres qui exécutent, quelques-uns pensent et d'autres non, les uns chercheraient la réalisation des fins de l'État et les autres non⁶⁶⁶, les uns agissent et les autres contrôlent. Comment expliquer qu'un organe puisse agir et s'autocontrôler ? Qui crée et exécute à la fois, tout en visant à la réalisation des finalités de l'organisation étatique ?

Une démarche différente a été, en revanche, adoptée par KELSEN. Pour lui, « *la plupart des actes* » de création sont, à la fois, un acte d'exécution et vice versa, ce qui est conforme à son explication de la création échelonnée du droit⁶⁶⁷. Cette explication de la double nature exécutive-créative des décisions juridictionnelles est reçue par la doctrine colombienne⁶⁶⁸. En France, cela se confirmerait, d'une certaine façon, lorsque l'on pense notamment à la fonction du Conseil d'État français qui « *à la fois, applique ce droit et le crée pour partie* »⁶⁶⁹. La « *séparation absolue entre le pouvoir chargé de faire la loi et le pouvoir chargé de l'appliquer* »⁶⁷⁰ ne serait, en réalité, qu'une simple apparence. L'explication de KELSEN sur les fonctions de l'État se fonde, sans aucune hésitation, sur l'exercice multi-organique des fonctions⁶⁷¹. Il est contraire à l'unité du pouvoir, de définir une fonction d'un organe tout en prétendant qu'il ne peut participer qu'à une tâche⁶⁷². Ainsi, la définition matérielle de la fonction juridictionnelle, comme une fonction exécutive, doit être écartée : soit elle est exécutive et à la fois créative (KELSEN), soit elle est seulement créative, notamment dans le cas des *vacuum juris*.

⁶⁶⁵ Si juger c'est exécuter, comment expliquer que des organes non organiquement exécutifs exercent des fonctions juridictionnelles ? Cependant, il faut reconnaître que Laband accepte l'unité de l'État et l'indivisibilité de ses fonctions : Paul LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, t. I, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁶⁶ L'article 209, al. 2 de la Constitution colombienne dispose que « *Les autorités administratives doivent coordonner leurs activités pour l'exécution adéquate des fins de l'État* ». Cela ne signifie pas que la réalisation des fins de l'État soit une fonction exclusivement administrative puisque l'article 2 dispose quelles sont les fins essentielles de l'État, non seulement de l'administration.

⁶⁶⁷ « *De plus, il n'est guère possible de tracer des lignes de démarcation entre ces fonctions, puisque la distinction entre la création et l'application du droit – sous-jacente au dualisme du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif (au sens large) – ne revêt qu'un caractère relatif, la plupart des actes de l'État étant à la fois des actes de création et d'application du droit. (...)* », Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 318-319.

⁶⁶⁸ L'idée de KELSEN d'après laquelle, tout acte d'exécution est à la fois un acte de création est « *une des découvertes les plus originales et pleines de sens de la théorie pure du droit (...)* », Luis VILLAR, *Kelsen en Colombia*, éd. Temis, Bogota, 1991, p. 43. Cette idée est acceptée notamment par. Luis NIETO, *L'interpretación de las normas jurídicas*, ediciones Tiempo Presente, Bogota, 1976, p. 98.

⁶⁶⁹ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Bibliothèque de droit public, t. CVIII, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 9.

⁶⁷⁰ Concl. MARGUERIE sur C.E.f. Arrêt du 7 déc. 1883, *Cie du chemin de fer de Paris à Orléans, L.*, p. 905.

⁶⁷¹ En Colombie, il est reconnu que la juridiction est un « *collaborateur de plus – comme le législateur ou l'administrateur – dans le processus dynamique de création de l'ordre juridique* », Darío ECHANDIA, *Obras selectas*, t. II, Banco de la República, 1982, p. 151-152.

⁶⁷² « *Il est impossible, ou du moins peu souhaitable, de confier la législation (qui ne représente qu'une certaine manière de créer le droit) à un « corps distinct de fonctionnaires », et d'interdire cette fonction à tous les autres organes* », Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, *op. cit.*, p. 318-319.

2. La fonction exécutive n'est pas la fonction matériellement juridictionnelle

La résolution des litiges ne peut pas être considérée comme la fonction juridictionnelle. Même si les juridictions sont chargées essentiellement de la fonction contentieuse, d'autres organes participent aussi à l'apaisement des conflits⁶⁷³. Or, lorsque des organes non juridictionnels exercent cette fonction, les auteurs ont tendance à considérer que cela constitue une fonction matériellement juridictionnelle, bien qu'elle soit organiquement administrative⁶⁷⁴. La fonction matériellement juridictionnelle serait la fonction contentieuse (a) alors qu'en réalité, la fonction matériellement juridictionnelle n'existe pas (b).

a. La fonction matériellement juridictionnelle serait la fonction contentieuse

Ainsi, les recours administratifs et les sanctions administratives sont notamment considérés comme des fonctions matériellement juridictionnelles⁶⁷⁵. L'affirmation n'est pas dépourvue de contenu : la fonction n'est pas administrative, mais matériellement juridictionnelle, car la résolution des litiges serait la fonction propre aux juridictions. En réalité, lorsque les auteurs utilisent l'expression « *fonction matériellement juridictionnelle* », ils font référence à la fonction contentieuse, hormis le professeur Raymond GUILLIEN pour qui « *la juridiction par l'administration sur l'administration* » s'exerce quand l'administration accomplit son devoir de retirer les actes administratifs illégaux⁶⁷⁶.

Le constat de l'exercice de ce que la doctrine considère comme la fonction matériellement juridictionnelle, par l'administration, rend encore plus difficile la définition matérielle de la fonction juridictionnelle. Auparavant, on pouvait affirmer⁶⁷⁷ que bien que les fonctions administrative et juridictionnelle fussent des fonctions exécutives, elles l'étaient d'une façon différente : l'acte juridictionnel exécutait la loi dans un contexte contentieux⁶⁷⁸ alors que l'acte administratif exécutait la loi en dehors de tout litige. Cette réponse n'est pas satisfaisante à l'égard de la fonction contentieuse de l'administration.

⁶⁷³ Des essais de définition matérielle de la fonction juridictionnelle négligent les autres manières d'apaiser les conflits et de réaliser la valeur de la justice : « *un jugement n'est bon que s'il parvient tout à la fois à trancher le litige, à apaiser le conflit, à concrétiser la règle de droit et à réaliser la vertu de justice* », Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », in Jean Foyer, auteur et législateur, *Écrits en hommage à Jean Foyer*, P.U.F., Paris, 1997, p. 472, n° 26. Il y est considéré que « (...) l'apaisement des conflits (...) s'érige en fondement autonome, voire exclusif, de l'office du juge », *ibidem*, p. 475, n° 34.

⁶⁷⁴ « *Certaines activités qui relèvent de la fonction juridictionnelle entendue matériellement sont, dans une certaine mesure, confiées à des autorités administratives* », Jean-Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *loc.cit.*, p. 97.

⁶⁷⁵ « *Un autre aspect bien connu de l'exercice par l'administration de fonctions pouvant rentrer dans la fonction juridictionnelle est celui des recours administratifs (...) ces recours peuvent avoir une fonction matériellement équivalente à la fonction juridictionnelle, du fait qu'ils servent à trancher des litiges au moyen d'une solution juridique* », *ibidem*, p. 98.

⁶⁷⁶ Raymond GUILLIEN, « Décision préalable et distinction des contentieux en Droit administratif français », in *Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 273.

⁶⁷⁷ Conformément à la vision juridictionnelle du contentieux.

⁶⁷⁸ « *En définitive, en l'état actuel du droit il apparaît que la notion de litige est le critère fondamental de l'acte juridictionnel* », Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, *op. cit.*, p. 293.

On pourrait, néanmoins, essayer de répondre à cette objection par la théorie d'ARTUR qui s'obstine à chercher une définition matérielle de la fonction juridictionnelle. Pour lui, tant l'administration que la juridiction peuvent exécuter la loi dans le contentieux et, dans ce cas, l'administration « (...) paraît remplir le même office qu'un tribunal »⁶⁷⁹, mais avec des finalités différentes : l'administration ne chercherait qu'à garantir la continuité du service public⁶⁸⁰, tandis que la juridiction viserait simplement à appliquer le droit, lorsqu'il est méconnu⁶⁸¹. Or, la crise de la théorie du service public ne peut que contester le bien-fondé de cette différence si bien balayée : l'administration, lorsqu'elle exerce une activité contentieuse, ne cherche pas, dans tous les cas, à garantir la continuité d'un service public alors que la juridiction, par ses décisions, peut aussi chercher à garantir le service public⁶⁸².

b. La fonction matériellement juridictionnelle n'existe pas

La fonction matériellement juridictionnelle ne pourrait être, en principe, que l'exécution de la loi. En effet, ceux qui plaident pour l'acceptation du gracieux dans le juridictionnel expliquent qu'il existe une certaine unité substantielle de la matière gracieuse et contentieuse consistant en l'application de la loi⁶⁸³. L'unité substantielle du contentieux et du gracieux plaide non seulement en faveur de la reconnaissance de la nature juridictionnelle de la matière gracieuse, mais, aussi, en faveur du caractère simplement exécutif de la fonction juridictionnelle : dans le contentieux ou dans le gracieux, la fonction du juge serait d'exécution normative.

Or, affirmer l'existence d'une fonction matériellement juridictionnelle s'avère être un contresens : comme conséquence du principe de légalité, toute l'activité administrative serait, puisqu'elle respecte et exécute la loi, une fonction « *matériellement juridictionnelle* »⁶⁸⁴. Cela conduit à affirmer qu'il n'existe pas, en réalité, de fonction matériellement juridictionnelle : ni la fonction exécutive ni la fonction contentieuse ne sont proprement juridictionnelles. Il s'agit

⁶⁷⁹ Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *loc. cit.*, p. 266.

⁶⁸⁰ « (...) l'exécution de la loi pour les récalcitrants, c'est pour le juge une fin, c'est son but dernier et unique. Ce que l'administrateur se propose, c'est de faire marcher les services publics et à la fin dernière du juge n'est jamais la sienne », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 1^{er} article, *loc. cit.*, p. 237.

⁶⁸¹ « Juger, c'est dire le droit à l'effet d'en assurer le respect, quand il y a lieu, c'est-à-dire quand il est violé ou contesté », *ibidem*, p. 226.

⁶⁸² Par exemple, la jurisprudence a considéré que le cocontractant ne peut pas arrêter l'exécution du contrat en raison de l'inexécution de l'administration, ce qui rend inapplicable, en droit administratif, l'exception d'inexécution (exceptio non adimpleti contractus) : C.E.f. 7 janv. 1976, *Ville Amiens, Rec.*, p. 11. Or, il est permis d'y déroger expressément par une norme ou une clause du contrat. De même, « En droit colombien, afin de concilier la prévalence de l'intérêt public ou la continuité du service public avec l'intérêt juridique du cocontractant, il est admis l'exceptio non adimpleti contractus dans les contrats administratifs. Or, elle n'a pas la portée générale et absolue propre aux contrats entre particuliers. Elle est limitée exclusivement aux cas où l'inexécution imputable à l'administration place le cocontractant dans une situation d'impossibilité raisonnable de s'acquitter à ses obligations », C.E.c. Section 3, Sentence du 14 sept. 2000, affaire n° 13530, C.R. Ricardo Hoyos. Cette même exception est reconnue par le droit administratif français : C.E.f. 22 nov. 1967, *Sté. Mercuriali, R.D.P.* 1968, p. 941. Cf. Philippe TERNEYRE, « Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs », *in Juger l'administration, administrer la justice, op. cit.*, p. 805.

⁶⁸³ Vincent ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille, op. cit.*, p. 184.

⁶⁸⁴ « Tant l'autorité judiciaire que l'administrative jugent puisqu'elles agissent dans le domaine du droit et, pour cela, elles appliquent les normes pour lesquelles elles agissent. En outre, l'une et l'autre prononcent des ordres », Hernando DEVIS, *Tratado de Derecho Procesal Civil, Partie générale*, t. I, Temis, Bogotá, 1961., p. 185.

de fonctions partagées par l'administration et la juridiction. Par ailleurs, la définition matérielle de la fonction juridictionnelle comme une fonction exécutive est contestable en raison du dépassement de l'explication duale des fonctions.

Toutes les difficultés rencontrées pour définir matériellement la fonction juridictionnelle montrent qu'une telle démarche est condamnée à l'échec et que toute définition prétendue matérielle est, soit imprécise, soit éloignée de la réalité. On se pose, néanmoins, la question de savoir pour quelle raison il existe, en Colombie, trois pouvoirs distincts dont un pouvoir juridictionnel, alors même que d'après une certaine doctrine, l'existence d'un pouvoir juridictionnel suppose une réelle différence matérielle entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative⁶⁸⁵. La réponse ne peut que confirmer que la définition matérielle de la fonction juridictionnelle est impossible : le pouvoir juridictionnel est le résultat d'une volonté politique formelle d'octroyer des conséquences formelles⁶⁸⁶ à certains des actes pris par les juridictions. Cela veut dire que la fonction juridictionnelle, l'organe juridictionnel et le pouvoir juridictionnel ne peuvent être expliqués qu'à partir de critères formels.

Sous-section 2. Les définitions formelles de la juridiction

Tant le contentieux que la fonction contentieuse admettent une définition matérielle. Cela n'est le cas ni de la juridiction ni de la fonction juridictionnelle. Lorsque l'on ne dissocie pas le contentieux de la juridiction, l'un comme l'autre en sont altérés : soit on considère que les juridictions ne font que du contentieux et qu'il n'existe pas de contentieux en dehors des juridictions, soit on part à la découverte hâtive des juridictions à chaque fois qu'il existe un contentieux. La condamnation jurisprudentielle de la théorie du ministre-juge oblige à penser différemment : à un critère non matériel de la juridiction⁶⁸⁷. Seule une définition formelle de la juridiction est compatible avec l'activité contentieuse de l'administration. L'utilisation des critères formels donne raison à CARRE de MALBERG⁶⁸⁸. Mais la difficulté ne consiste plus à décider entre une définition matérielle ou formelle, mais à choisir entre les divers critères formels celui qui se suffit à lui-même. Dans le formel, on trouve tant la procédure que les caractères de l'organe qui décide. Deux types de définitions formelles sont envisageables : les définitions liées à la procédure juridictionnelle (§1) et la définition liée à l'organe juridictionnel (§2).

⁶⁸⁵ Emile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 3^e article, *loc. cit.*, p. 63-64.

⁶⁸⁶ « La qualification de juridiction emporte deux conséquences principales : le respect automatique de règles générales de procédure, un contrôle particulier, en principe un contrôle de cassation, propre à préserver l'autonomie de la fonction juridictionnelle », Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁸⁷ « L'arrêt Cadot marque ainsi le passage à une conception nouvelle et plus exigeante de l'acte de juridiction », Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *loc. cit.*, p. 85.

⁶⁸⁸ « Au point de vue strictement juridique, on ne découvre pas de différence matérielle entre les deux fonctions administrative et juridictionnelle : la juridiction ne constitue pas une fonction vraiment distincte qu'en raison de sa forme », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.* p. 785.

§1. Les définitions liées à la procédure juridictionnelle

Bien que matériellement la juridiction ne soit pas spéciale, elle pourrait l'être à partir des formes dans lesquelles elle décide. Le sentiment que la justice a été rendue⁶⁸⁹ tiendrait à la qualité des rites qui ont précédé la décision : plus que de la magie, les formes visent à protéger les parties et à procurer une décision de qualité. Les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont mis en relief la valeur des apparences dans la justice juridictionnelle⁶⁹⁰. Si la juridiction agit dans des formes propres, celles-ci pourraient bel et bien définir la juridiction⁶⁹¹. En réalité, les garanties processuelles présentées comme des attributs prétendument exclusifs (A), ne peuvent être considérés que comme indices de la volonté du législateur (B).

A. Les garanties processuelles, des attributs prétendument exclusifs

Lorsque l'on considérait que la procédure (dans son ensemble) était incompatible avec l'administration, elle avait de bonnes raisons d'être envisagée comme un critère relativement sûr pour l'identification des organes juridictionnels et pour la définition de ce qu'était une juridiction. Lorsque la procédure n'a plus été réservée à la juridiction, la question est devenue plus complexe. Dans ce contexte, il est nécessaire de définir les garanties ou les formes qui caractérisent les juridictions. Pour préciser ces garanties typiquement juridictionnelles, « *l'opinion commune* » n'est pas suffisante⁶⁹². Ces formes considérées comme juridictionnelles consistent en les garanties de l'instance (1) et les garanties de la juridiction (2).

1. Les garanties de l'instance

Une analyse du lien entre procédure et juridiction pourrait se limiter à dresser une description de rites et de garanties de l'instance pour conclure que la procédure pour la juridiction consiste en l'élaboration formelle d'une décision qui puisse être tenue pour juste⁶⁹³, tout en protégeant les droits des justiciables. Le procès est considéré comme exclusivement

⁶⁸⁹ « *Au-delà de régler une affaire complexe où les parties ne peuvent se mettre d'accord, il s'agit bel et bien de donner le sentiment que justice a été rendue* », Soraya AMRANI MEKKI, « La déjudiciarisation », *loc. cit.*, p. 1431.

⁶⁹⁰ C.E.D.H. 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, Série A n°11 ; C.E.D.H. 7 juin 2001, *Kress c/ France*, n° 39594/98 ; Christophe MAUBERNARD, *Le rôle du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État à la lumière de la "théorie des apparences"*, R.D.P. 2001, p. 895-911.

⁶⁹¹ « *La fonction juridictionnelle serait donc la fonction d'exécution exercée par un juge suivant des procédures spéciales* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 10.

⁶⁹² « *Aucune loi jamais n'a posé ce principe que les caractères de la « juridiction » sont tel et tel. Force nous est donc de nous en remettre à une sorte d'opinion commune, de tradition basée à la fois sur le raisonnement et sur des textes épars de la loi ou de la jurisprudence* », Pierre ARNAUD, *Les commissions administratives à caractère juridictionnel*, Thèse Université de Paris, Imprimerie Artistique Moderne, Paris, 1938, p. 89-90.

⁶⁹³ John RAWLS élabore une théorie non matérielle de la justice. Pour lui, il n'est pas possible de donner une définition canonique de la justice puisqu'il n'existe pas de référentiel absolu déterminant ce qui est juste ou bon. En montrant la relativité matérielle de ces concepts, RAWLS propose alors une théorie seulement procédurale de la justice d'après laquelle le juste ou l'injuste sont le résultat de la procédure suivie : John RAWLS, *Théorie de la justice* (theory of justice), trad. par Catherine AUDARD, éd. du Seuil, Paris, 1991 ; *La justice comme équité : une reformulation de la Théorie de la justice*, trad. par Bertrand GUILLARME, La Découverte, Paris, 2003. Une définition aussi procédurale, cette fois-ci, de la démocratie a été adoptée par la Cour constitutionnelle colombienne : C.c.c. Sentence C-141-10, 26 fév. 2010, M.R. Humberto SIERRA.

juridictionnel : l'instrument de réalisation des fonctions juridictionnelles⁶⁹⁴. La procédure, l'instrument de différenciation (a) de la juridiction, a permis à la jurisprudence française l'élaboration d'un corps de règles et de principes de la procédure juridictionnelle (b).

a. La procédure, instrument de différenciation

En droit français, la procédure a joué en tant qu'instrument de différenciation de la juridiction. En effet, c'est à partir du refus de la procédure à l'administration active, que la juridiction administrative a marqué sa spécificité et s'est justifiée. La séparation de ces deux types d'administration s'est construite non seulement à partir d'une certaine indépendance réciproque⁶⁹⁵, mais, également, à partir d'une séparation fonctionnelle mise en pratique par la séparation formelle : l'action et la souplesse pour l'administration ; le contentieux et la protection des droits des citoyens pour la juridiction⁶⁹⁶. De cette façon la juridiction s'est trouvée expliquée et justifiée. Au contraire, les caractéristiques du système juridictionnel colombien ont déterminé que la juridiction du contentieux administratif n'a pas été conduite à utiliser les mêmes instruments et la procédure est largement appliquée à l'administration par mandat constitutionnel. Par conséquent, elle ne constitue pas un critère sûr de différenciation de la juridiction et l'administration⁶⁹⁷.

C'est par la voie de la négation de la procédure que la jurisprudence du Conseil d'État français a démantelé les bases de la théorie du ministre-juge. Les ministres ne seraient plus considérés comme des juridictions car, par exemple, ils n'étaient pas obligés de rendre des décisions motivées⁶⁹⁸. Lorsqu'ils prenaient des décisions par défaut, celles-ci n'étaient pas objet d'opposition⁶⁹⁹ et, surtout, les ministres pouvaient retirer ces décisions⁷⁰⁰. L'arrêt *Cadot* ne constitue, en ce sens, que le coup de grâce donné à la théorie du ministre-juge : d'abord, cela reviendrait à démanteler les bases de la théorie qui considérait que les ministres étaient des juges pour, finalement, nier définitivement le caractère de premier ressort de leurs décisions. De cette façon, la jurisprudence construit ce qu'ISAAC qualifie comme un monopole

⁶⁹⁴ Le procès « constitue l'outil légitime par excellence afin de procurer les solutions que méritent les situations conflictuelles entre les associés », Miguel ROJAS, *Introducción a la teoría del proceso*, op. cit., p. 99.

⁶⁹⁵ « Le principe de séparation se décompose donc en deux principes distincts (...) Si on l'oppose à l'administration active, il signifie « indépendance de la juridiction administrative » ; si on l'oppose à la juridiction administrative, il signifie « indépendance de l'administration active », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 18.

⁶⁹⁶ « (...) il est apparu au fur et à mesure des progrès du contentieux administratif, que les garanties préalables, avec leur lenteur et leur poids, étaient d'autant moins nécessaires qu'après coup le contrôle du juge venait, en cas de besoin, rétablir le particulier dans ses droits (...) », Jean RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *In Mélanges Jean DABIN*, Bruylant, Bruxelles, 1963, p. 813-836. Reproduit in *Pages de doctrine*. L.G.D.J 1980, p.568.

⁶⁹⁷ L'article 29 de la Constitution colombienne dispose que les garanties de la procédure régulière, initialement conçues pour les procédures juridictionnelles, sont applicables tant aux juridictions qu'à l'administration.

⁶⁹⁸ C.E.f. 30 avril 1880, *Harouel et Morin*, Rec., p. 419 et C.E.f. 2 juillet 1880, *Maillard*, Rec, p. 631, note H.-D.

⁶⁹⁹ Notamment l'arrêt *Carrière* du 20 février 1880 affirme que la règle de la possibilité d'opposition aux décisions juridictionnelles rendues par défaut (non contradictoires), ne s'applique pas aux décisions des ministres : C.E.f. 30 avril, 1880 *Carrière*, conclusions GOMEL, Rec, p. 186 et C.E.f. 24 janvier 1872, *Barbe, Pons et cie.*, Rec., p. 888.

⁷⁰⁰ La décision des ministres peut être révoquée à la condition de ne pas avoir créé des droits : C.E.f. 12 août 1879, *Esquino*, Rec., p. 656, concl. GOMEL.

juridictionnel de la procédure⁷⁰¹. En refusant d'accepter qu'une autorité administrative puisse disposer des garanties de procédure, la jurisprudence a provoqué la multiplication disproportionnée de juridictions administratives spécialisées⁷⁰². Procédure et acte administratif deviennent ainsi des termes incompatibles⁷⁰³ et la protection des administrés se consolide sur un modèle *a posteriori*.

b. Les règles et les principes de la procédure juridictionnelle

En France, la consolidation de la juridiction administrative a aussi déterminé l'énonciation jurisprudentielle d'un ensemble de règles et de principes de procédure applicables à toutes les juridictions administratives⁷⁰⁴. À partir de cela, on aurait pu définir la juridiction comme l'organe obligé d'exercer ses pouvoirs⁷⁰⁵, qui instruit l'affaire contradictoirement (C.E.f. 16 janv. 1976, *Gate, Rec.*, p. 39), qui décide de façon secrète (article L. 8 du Code de justice administrative), tout en mentionnant les noms des juges qui ont y pris part, qui motive obligatoirement ses décisions⁷⁰⁶ et qui ne peut pas prononcer des arrêts de règlement⁷⁰⁷. De cette façon, « *faute d'une procédure légalement organisée* »⁷⁰⁸, un organe ne peut pas être une juridiction, et vice versa : la jurisprudence a pu reconnaître une juridiction dans un organe qui instruisait une affaire de façon contradictoire⁷⁰⁹. En revanche, certains éléments procéduraux incompatibles avec une juridiction s'opposent au caractère juridictionnel de l'organe⁷¹⁰.

⁷⁰¹ « *La procédure devenant ainsi le critère du passage de la voie administrative à la justice, de l'action administrative au Contentieux, à la juridiction (...)* », GUY ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse, op. cit.*, p. 25.

⁷⁰² Cette qualité a été reconnue notamment à des commissions administratives qui avaient été créées après la première guerre mondiale. V. C.E.f. 12 juillet 1929, *Leroux, Rec.*, p. 710.

⁷⁰³ « *La distinction tranchée qui existe en droit français entre acte administratif et acte juridictionnel a fait attribuer au terme de « procédure » un sens trop étroit, exclusivement limité à la procédure juridictionnelle* », Georges VEDEL, *Précis de Droit Administratif*, Dalloz, 3^e éd 1965 p. 423.

⁷⁰⁴ Par exemple, l'instruction contradictoire C.E.f. 20 juin 1913 *Téry, Rec.*, p. 736 ; règles applicables « *même en l'absence de texte* », C.E.f. 7 fév. 1947, *d'Aillières, R.D.P.* 1947, p. 68 note WALINE et p. 81, concl. ODENT. La contradiction, en tant que principe général de procédure : C.E.f. 16 janv. 1976, *Gate, Rec.*, p. 39.

⁷⁰⁵ C.E.f. 27 mai 1955, *Électricité de France, C.J.E.G.*, 1955, Doct., p. 44, spécialement p. 48 concl. CHARDEAU ; *D.* 1956, p. 308, note L'HUILLIER ; *R.D.P.* 1955, p. 721, note WALINE.

⁷⁰⁶ C.E.f. 1^{er} mars 1925, *Platon, Rec.*, p. 271 ; C.E.f. 8 juillet 1970, *Doré, Rec.*, p. 471. C.E.f. 1^{er} mars 1925, *Platon, Rec.*, p. 271 ; C.E.f. 8 juillet 1970, *Doré, Rec.*, p. 471. Ainsi, la Commission de contrôle des banques a été qualifiée de juridiction, en raison de la motivation obligatoire de ses décisions en matière d'inscription sur les listes des banques et des établissements financiers : C.E.f. Sect. 1^{er} fév. 1946, *Roux, D.* 1947, p. 57, note P.H. ; *S.*, 1947, 3, p. 22 et C.E.f. 17 juillet 1950, *Crédit central de la Madeleine, Rec.*, p. 849.

⁷⁰⁷ Yves GAUDEMET, « La prohibition des arrêts de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *R.D.P.* 2010, p. 1616.

⁷⁰⁸ « *Les décisions prises sur ces conflits par le Conseil supérieur doivent être considérées comme des décisions administratives exécutoires susceptibles de recours pour excès de pouvoir (...) et non comme des décisions juridictionnelles, faute d'une procédure légalement organisée* », Jean L'HUILLIER, commentaire à la loi du 8 avril 1946, *Recueil Sirey*, 1946, p. 351.

⁷⁰⁹ Par exemple, l'instruction contradictoire de l'inscription au tableau de l'ordre des médecins, par la Chambre de discipline de l'Ordre national des médecins a été considérée comme l'élément suffisant pour identifier une juridiction : C.E.f. 2 fév. 1945, *Moineau, Rec.*, p. 27 ; *D.* 1945, p. 269, note COLLIARD ; *S.*, 1946, 3, p. 9, note L'HUILLIER. Même si la note de l'arrêt (*D.* p. 271) affirme qu'il n'existait pas de contentieux, en réalité, la Chambre de discipline tranchait les appels formés contre les refus d'inscription décidés par le Conseil régional de l'ordre.

⁷¹⁰ Notamment, la possibilité donnée au commissaire du gouvernement de demander une deuxième délibération fait obstacle au caractère juridictionnel du Conseil des bourses de valeurs : C.E.f. Ass. 1^{er} mars 1991, *Le Cun, R.F.D.A.* 1991, II, p. 612 et suiv.

Or, lorsque l'on constate la procéduralisation des autorités administratives qui, par exemple, doivent motiver les décisions négatives et celles qui dérogent aux règles générales⁷¹¹, ou qui respectent des procédures contradictoires, ou au moins, auditaires⁷¹², la différence ainsi balayée entre la juridiction et l'administration, par la voie de la procédure, se dilue dans les faits. Certes, on aurait pu soutenir encore que la procédure continuait à être la règle d'application automatique concernant la juridiction, alors que pour l'administration ces garanties ne constituent que des dérogations expresses⁷¹³. Toutefois, il est incontestable que pour l'identification d'une autorité, prise individuellement, la présence ou l'absence de ces garanties ne détermine pas avec certitude la nature administrative ou juridictionnelle de l'organe. Si ce n'était pas dans la procédure que l'on pouvait trouver le critère de la juridiction, cela pourrait être dans les garanties de l'organe juridictionnel.

2. Les garanties de la juridiction

Même si l'instance juridictionnelle et la procédure administrative présentent des traits en commun, la différence entre juridiction et administration pourrait se situer au sein de l'organe menant ces procédures. La juridiction est indépendante, impartiale, collégiale et spécialisée... (a). Cependant, ce sont des éléments présents chez certaines autorités administratives (b).

a. La juridiction est indépendante, impartiale, collégiale et spécialisée...

Tout d'abord, la juridiction est indépendante. Cette caractéristique tient aux origines mêmes de ces institutions. D'un point de vue historique, il s'agit du premier élément à se détacher du pouvoir absolu pour constituer un corps à part et, c'est précisément ce détachement qui fait douter de l'adjectif « *absolu* »⁷¹⁴ attribué au pouvoir. Très rapidement, les organes juridictionnels ont pris conscience des conséquences de cette « *délégation* »⁷¹⁵ et ont cherché à s'éloigner de l'autorité disposant du reste des fonctions⁷¹⁶. C'est en raison de leur

⁷¹¹ Article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979, *relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public*.

⁷¹² Notamment pour la décision d'une sanction, la personne mise en cause doit être entendue : C.E.f. 5 mai 1944, *Dme. Trompier Gravier*, D. 1945, p. 110 concl. CHENOT. « (...) *une procédure contradictoire, on préférera dire auditoire puisqu'il n'y a pas encore le dialogue contentieux qui commence avec la défense de l'administration* », Olivier GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : la procédure administrative non contentieuse en droit comparée (Luxembourg, Belgique, France) », *loc. cit.*, p. 363.

⁷¹³ Jean-Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *loc. cit.*, p. 97. Or, à l'époque où écrit le professeur AUBY, la motivation des actes administratifs ne suivait aucun principe comme celui de la loi du 11 juillet 1979, mais, des dérogations expresses.

⁷¹⁴ Pierre-Paul-Nicolas HENRION de PANSEY, *De l'Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, *op. cit.*, p. 83. La différence entre le judiciaire et ce qu'on appelle aujourd'hui, l'administratif, est très ancienne et non exclusivement française. Ainsi, le professeur espagnol Alfredo GALLEGRO démontre que la séparation entre le *gubernaculum* et la *jurisdictio* a été nette au Moyen Âge espagnol, de même qu'en France et en Allemagne : cf. Alfredo GALLEGRO, *Poder y derecho. Del Antiguo régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVII a XIX*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 45-46.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 373.

⁷¹⁶ L'indépendance des juridictions est une conquête précoce à l'égard des monarchies. Jean BODIN exige que la justice appartienne à des juges indépendants : *Les six livres de la République*, Lib I Cap VI. C'est cette indépendance des juridictions de l'Ancien Régime (parlements) qui avait provoqué des conflits entre les

indépendance que certaines autorités administratives ont acquies une nature juridictionnelle, en même temps que les recours hiérarchiques se sont transformés en recours juridictionnels⁷¹⁷. Ainsi, le Conseil constitutionnel français découvre dans la formalisation de justice déléguée, intervenue en 1872, le principe de valeur constitutionnelle de l'indépendance de la juridiction administrative⁷¹⁸. De plus, la constitutionnalisation de la juridiction administrative garantit l'indépendance de cette juridiction à l'égard du législateur ordinaire⁷¹⁹.

L'indépendance des juridictions à l'égard des influences extérieures est tenue comme une des caractéristiques de la juridiction⁷²⁰. Celle-ci est complétée par l'indépendance des juges à l'égard des autres juridictions. Cette situation d'indépendance garantit que le jugement ne sera pas déterminé par une volonté venue d'ailleurs, même d'une autre autorité juridictionnelle qui pourrait enjoindre le juge compétent⁷²¹.

Ensuite, la juridiction est impartiale⁷²². Elle est censée arbitrer, d'une façon objective et désintéressée, les droits et les intérêts qui sont soumis à sa décision. Afin de garantir les deux éléments considérés comme propres aux juridictions, le statut du juge implique aussi des garanties notamment d'inamovibilité⁷²³, et le droit français avait, en principe, renforcé

administrations royales et les parlements, motivant, par là, les interdictions aux juridictions de prendre connaissance des affaires concernant l'administration : Cf. Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 126.

⁷¹⁷ C'est dans l'indépendance et la spécialisation du Conseil d'État que peut être situé sa « *juridictionnalisation* » : les recours abandonnent leur nature hiérarchique et deviennent juridictionnels. Cela est assuré par les ordonnances du 21 août 1830 et du 12 août 1831 décidant que les membres du Conseil d'État, ayant participé à l'élaboration de la décision, ne pouvaient pas prendre part au jugement. Les décisions de la juridiction administrative sont entourées de garanties à l'instar de la procédure judiciaire. La jurisprudence fixe le délai du R.E.P. à l'instar du recours ordinaire de l'article 11 décret 2 juillet 1806 : C.E.f. 20 mars 1862, *Ville de Châlons*, Rec., p. 235 conclusions l'HOPITAL. La loi DUFFAURE, instaurant en 1872 définitivement la justice déléguée, vient seulement confirmer une indépendance qui existait déjà dans les faits « (...) *il faut donc admettre qu'à la fin du Second empire, le recours pour excès de pouvoir n'est ni plus ni moins hiérarchique que les recours contentieux ordinaires* », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, op. cit., p. 58.

⁷¹⁸ Principe fondamental reconnu par les lois de la République, énoncé par la loi du 24 mai 1872 : C.c.f. 22 juillet 1980, décision n° 80-119 DC, § 6, Rec., p. 46.

⁷¹⁹ Le Conseil d'État est reconnu, dans son rôle juridictionnel, par l'article 74 de la Const.f. issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003. De même, l'article 61-1 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, incluant la question prioritaire d'inconstitutionnalité, reconnaît tacitement que le Conseil d'État est une juridiction, de même que la Cour de cassation. Le professeur GOHIN affirme, néanmoins, que les décisions du Conseil constitutionnel, reconnaissant l'indépendance et la compétence de la juridiction administrative, valident l'existence de la juridiction administrative au niveau constitutionnel : Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 33.

⁷²⁰ L'article 64 de la Constitution française place le Président de la République en « *garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* ». Les décisions des juridictions colombiennes sont « *indépendantes* » (art. 228 Const.c.) puisque les juges ne sont « *soumis qu'à l'imperium de la loi* » (art. 230 Const.c.).

⁷²¹ L'indépendance des juges implique aussi qu'ils ne soient pas obligés de suivre les critères des juridictions supérieures. Une décision méconnaissant une jurisprudence d'une instance supérieure, pourra être objet d'annulation ; mais, le juge ne sera pas sanctionné pour ce fait. Cf. art. 5 de la loi statutaire de l'administration de la justice colombienne (270 de 1996). De même, comme garantie de son indépendance, les avis contentieux de la juridiction administrative française ne sont pas obligatoires pour le juge du fond.

⁷²² « (...) *ce qui définit l'existence de la fonction juridictionnelle c'est l'effet de la chose jugée des décisions qui en vertu de cette fonction sont adoptées et l'impartialité du fonctionnaire qui l'exerce* », C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁷²³ L'inamovibilité des juges découle de la qualité de magistrat (Ordonnance n° 58-1270 et décret n° 58-1277 du 22 déc. 1958 pour le cas français et art. 233 Const.c., concernant les magistrats des hautes cours). En France, concernant les magistrats du siège, leur indépendance a une source constitutionnelle (art. 64 al. 4). Dans la juridiction administrative les magistrats des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel disposent

l'indépendance et l'impartialité par la collégialité : « *administrer doit être le fait d'un seul, et juger le fait de plusieurs* »⁷²⁴. Cette idée pourrait expliquer l'attitude de la jurisprudence à l'égard de nombreuses autorités administratives collégiales – commissions – qui sont reconnues comme juridictionnelles par la jurisprudence. En ce sens, il a été décidé, dans les années 70, que la décision prise par un organe individuel ne peut être qu'un acte administratif⁷²⁵. Dès lors, cette décision a été considérée comme consacrant définitivement la collégialité comme une condition de la nature juridictionnelle, alors qu'il s'agit d'une décision confuse qui peut aussi être interprétée comme en niant la nature juridictionnelle du fait que c'était un décret qui octroyait cette fonction à une autorité individuelle⁷²⁶. Or, la collégialité des juridictions n'est plus, aujourd'hui, une condition du caractère juridictionnel d'un organe, et toute une évolution est intervenue en faveur du juge unique⁷²⁷. Dans la tradition juridique colombienne, la collégialité n'est pas une condition de l'exercice juridictionnel. En outre, d'un point de vue organique, la seule présidence d'un conseiller d'État a justifié la mutation d'une autorité administrative en juridiction administrative spécialisée⁷²⁸.

La juridiction serait un organe indépendant, impartial, et spécialisé dans la fonction contentieuse, ce qui expliquerait ses autres caractéristiques⁷²⁹. L'administration, en revanche, mêlerait plusieurs fonctions dont éventuellement la fonction contentieuse. De même, le propre de l'administration serait la discipline, la hiérarchie⁷³⁰ et l'action commandée par les buts de sa fonction⁷³¹.

des garanties d'inamovibilité (L. 231-3 C.J.A. cf. Bernard PACTEAU, « L'indépendance des juges des tribunaux administratifs », *R.F.D.A.* 1986, p. 783. Concernant les conseillers d'État, il existe une inamovibilité qui n'est pas inscrite dans les textes mais acquise par la pratique et, dans ce sens, on parle d'une « *coutume administrative* » : Olivier GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 78 et suiv.

⁷²⁴ *Moniteur*, 19 pluviôse an VIII, p. 554.

⁷²⁵ La sanction prise par le recteur d'académie ne peut pas être considérée comme juridictionnelle : C.E.f. 27 nov. 1970, *Bouez et UNEF, Rec.*, p. 690 ; A.J.D.A. 1971, p. 519, concl. THERY et p. 483, note CHEVALLIER.

⁷²⁶ « (...) cet arrêt Bouez se lirait ainsi : le gouvernement pouvait confier un pouvoir répressif à une autorité administrative non à une juridiction. Le fait que le recteur ne remplisse pas les conditions minimales de la juridiction conforte cette analyse », Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée, op. cit.*, p. 67.

⁷²⁷ Le Conseil constitutionnel ne voit pas d'inconstitutionnalité dans l'attribution d'une affaire à un juge unique, à la condition que cette attribution opère pour tous les cas semblables, afin de respecter le principe d'égalité : C.c.f. 23 juillet 1975, Décision n° 75-56 DC, *Rec.*, p. 22, § 3. Cela a été confirmé dans une décision provoquée par une question prioritaire de constitutionnalité concernant l'attribution d'affaires au juge unique, devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ; l'égalité devant la justice n'est pas méconnue dans la mesure où le pouvoir réglementaire fixe les catégories à partir de critères objectifs : justice : C.c.f. 14 octobre 2010, Décision 2010-54 QPC, *J.O.* 15 octobre 2010, p. 18542, § 4. V. Claudie BOITEAU, « Le juge unique en droit administratif », *R.F.D.A.* 1996, p. 10.

⁷²⁸ La jurisprudence a considéré que quand la Chambre disciplinaire de l'Ordre national des médecins est présidée par un conseiller d'État (Acte dit loi du 10 septembre 1942) elle n'était plus une autorité administrative comme elle l'avait considéré (C.E.f. 2 avril 1943, *Bouguen, Rec.*, p. 86 ; S., 1944, III, p. I, concl. LAGRANGE, note MESTRE) ; mais, une autorité prenant des décisions juridictionnelles : C.E.f. Sect. 2 fév. 1945, *Moineau, Leb.*, p. 27 ; D. 1945, p. 269, note COLLIARD ; S., 1946, III, p. 9, note L'HUILLIER.

⁷²⁹ « *La transformation de cette fonction sociale –contentieuse- en fonction juridique passe par la mise en place d'autorités spécialisées dans son exercice et indépendantes des autres Pouvoirs publics* », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 284. Dans un sens identique : « *En premier lieu, le juge est spécialisé dans la fonction juridictionnelle et ne participe pas à aucune autre fonction de l'État. Dans l'exercice de sa fonction, il jouit d'une indépendance particulière (...)* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration, op. cit.*, p. 93.

⁷³⁰ Cf. Prosper MOLLIER, *Le pouvoir hiérarchique*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1909, p. 9 et suiv.

⁷³¹ Intéressé en raison des fins de l'activité administrative. Le C.P.A.C.A. consacre sa première partie à la procédure administrative. Pour cette partie le code dispose : « *les normes de cette première partie ont pour finalité la protection et la garantie des droits et libertés des personnes, la primauté des intérêts généraux, la soumission des autorités à la Constitution*

b. Des éléments présents chez certaines autorités administratives

Ces différences si franches contrastent avec le panorama actuel des autorités administratives. Une autorité administrative peut être collégiale, indépendante⁷³², et peut même être spécialisée dans la fonction contentieuse, comme c'est le cas des collèges des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (article L. 621-2 du Code monétaire et financier) ou de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (article 35 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010), tout en restant des autorités administratives. De même, toute l'activité administrative est censée être impartiale⁷³³ à un point tel que les décisions administratives prises pour des considérations étrangères à l'intérêt général sont entachées d'illégalité pour détournement du pouvoir⁷³⁴. Néanmoins, la théorie du détournement du pouvoir montre, qu'en réalité, l'impartialité administrative n'équivaut pas à l'impartialité juridictionnelle. Dans les deux cas, les motivations personnelles en faveur ou contre des parties sont répréhensibles. Toutefois, l'action administrative n'est pas complètement désintéressée de la situation : l'affaire qui est soumise à sa connaissance, a des conséquences sur le service public, sur l'intérêt pris en charge par l'autorité administrative⁷³⁵. Cette impartialité spéciale qui serait propre aux juges est dénommée *terzietà*, (extranéité) par la doctrine italienne, et caractérise le rôle d'étranger absolu ou de tiers du juge à l'égard de l'affaire⁷³⁶.

Mises à part les différences entre l'impartialité administrative et la *terzietà* juridictionnelle, il existe une différence générale entre la juridiction et l'administration à l'égard des garanties organiques : bien que ces garanties ne soient pas réservées à la juridiction, elles sont juridictionnelles par principe et administratives par exception⁷³⁷. La

et l'ensemble des autres normes de l'ordonnement juridique, l'accomplissement des finalités de l'État, la marche efficiente et démocratique de l'administration et le respect des devoirs de l'État et des particuliers ».

⁷³² Les décisions des jurys d'examen, considérés comme l'ancêtre des autorités administratives indépendantes, pouvaient être objet d'un recours hiérarchique au ministre, si elles avaient été prises en méconnaissance de la réglementation : C.E.f. 28 avril 1984, *Kazakos, Rec.*, p. 641 ; C.E.f. 6 janvier 1989, *Renaud, R.D.P.* 1989, p. 235, note DRAGO. Voilà un argument de poids pour douter de cette prétendue filiation entre les jurys d'examen et les autorités administratives indépendantes.

⁷³³ L'impartialité administrative est un principe général du droit administratif français : C.E.f. 4 mars 1949, *Trèbes, S.*, 1950, III, p. 21. *Rev. Adm.* 1949, n° 9, p. 260 ; C.E.f. sect. 29 avril 1949, *Bourdeaux, Leb.*, p. 488. Cf. Éric MITARD, « L'impartialité administrative », *A.J.D.A.* 20 juin 1999, p. 478. En droit colombien, l'impartialité est un des principes de l'activité administrative : art. 3, al. 6 du C.C.A. et art. 3, n° 3 du C.P.A.C.A.

⁷³⁴ Le détournement de pouvoir ne donne lieu à l'annulation de l'acte que lorsqu'il est le seul motif de l'acte ou le motif déterminant : C.E.f. Ass., 13 juillet 1962, *Bréart de Boisanger, D.* 1962, p. 664. Ainsi, lorsqu'il existe un détournement de pouvoir mais qu'un des motifs de l'acte est légal, le vice n'annule pas l'acte : C.E.f. 5 mai 1972, *Sieur Ferdinand, Rec.*, p. 339 ; *A.J.D.A.* 1973, p. 143.

⁷³⁵ Tant la juridiction que l'administration tranchent des litiges « *mais l'organe judiciaire n'est pas partie au conflit tandis que l'organe administratif représente l'administration en tant que partie au conflit - puisque l'intérêt public est en jeu- et il devra trancher le conflit* », Hernando DEVIS, *Tratado de Derecho Procesal civil, op. cit.*, p. 185. Le professeur colombien DEVIS suit les propos de Leo ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil (Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts – Munich et Berlin, 1951)*, Trad. Angela ROMERO-VERA, Tome Ier, E.J.E.A., Buenos Aires, 1955, p. 47.

⁷³⁶ Cf. Germain BUILLARD, « *L'évolution de la notion de juridiction dite gracieuse ou volontaire et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne* », *R.I.D. comparé* 1957, p. 5 ; José (Giuseppe) CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil (principii di dir. Proc. Civ.)*, Trad. de la 3^e éd. 1913, par José CASAS Y SANTALO, t. I^{er}, Instituto éd. Reus, Madrid, 1922, p. 378.

⁷³⁷ Jean-Marie AUBY, « *Autorités administratives et autorités juridictionnelles* », *loc. cit.*, p. 92. L'impartialité et l'indépendance des juridictions sont un principe constitutionnel découlant de l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : C.c.f. Décision n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, § 24, *Rec.*, p. 138.

différence entre l'organe administratif et l'organe juridictionnel devient une question de degré : l'administration serait plus ou moins contradictoire ou plus ou moins indépendante, tandis que la juridiction serait nécessairement contradictoire⁷³⁸ et indépendante⁷³⁹. Cependant, la procédure, prise isolément à l'égard d'une autorité, ne pourrait pas être un critère probant de définition de la juridiction ; on se trouverait face à une impasse puisque ces garanties peuvent faire partie, indifféremment, tantôt de la règle, tantôt être une des exceptions⁷⁴⁰. C'est-à-dire être juridictionnelles ou administratives. Par conséquent, les garanties de l'instance et de la juridiction devront être envisagées comme de simples indices de la volonté de l'auteur de la norme.

B. Des indices de la volonté de l'auteur de la norme

Affirmer que les garanties processuelles révèlent la volonté de l'auteur d'une norme, d'attribuer le statut juridictionnel ou de l'enlever, présuppose que cette volonté n'a pas été clairement exprimée dans le texte⁷⁴¹. Face au silence du texte, il reviendra à la juridiction de déterminer la nature juridictionnelle ou administrative des fonctions ou de l'organe, à partir des indices démontrant cette volonté. Lorsque le silence est absolu – pas d'indices –, la décision sera considérée davantage comme un choix jurisprudentiel qu'une interprétation. À défaut d'une qualification directe, les garanties processuelles pourraient être considérées comme indices de la volonté d'attribuer le caractère juridictionnel (1), alors qu'en réalité elles n'expriment que la volonté de garantir les droits des citoyens (2).

1. La volonté d'attribuer le caractère juridictionnel

Le caractère juridictionnel d'une fonction détermine, en France, le caractère

Auparavant, la jurisprudence fondait différemment l'indépendance : art. 64 de la Const.f. pour la juridiction judiciaire, et un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour la juridiction administrative : C.c.f. Décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, § 6, *Rec.*, p. 46. De même, en Colombie, l'indépendance est une condition *sine qua non* de l'exercice des fonctions juridictionnelles : C.c.c. Sentence C-1641-00, 29 novembre 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ. En revanche, l'indépendance de certaines autorités administratives n'est pas un principe ; mais, lorsqu'elle est prévue, elle n'est pas contraire à la Constitution : C.c.f. Décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, § 96, *Rec.*, p. 141. Une situation semblable concerne les garanties d'indépendance et d'inamovibilité des juges puisque le fonctionnaire administratif « (...) *dans la plupart des cas, ne dispose pas des deux garanties ou, parfois, d'une seule* », Leopoldo UPRIMI, « La ambigüedad e inconveniencia de los términos « jurisdicción », « función jurisdiccional » y « rama jurisdiccional del poder público » en torno de una reforma constitucional propuesta por la comisión Echandía », *loc. cit.*, p. 411.

⁷³⁸ « (...) *l'une est contradictoire par principe et que l'autre l'est seulement par exception* », Olivier Gohin, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, *op. cit.*, p. 19.

⁷³⁹ « (...) *il n'y a de juridiction qu'indépendante dans son organisation et que contradictoire dans sa procédure, et ces deux critères contribuent incontestablement à l'identification de la juridiction, notamment administrative* », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 51-52.

⁷⁴⁰ « *On peut avancer que certaines procédures administratives sont plus compliquées et donnent en pratique plus de garanties aux intéressés que certaines procédures juridictionnelles (...) La complication de la procédure, ou son caractère contradictoire, ne sauraient donc fournir de critérium sûr pour distinguer l'acte juridictionnel de l'acte administratif* », Marcel WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *loc. cit.*, p. 570.

⁷⁴¹ Même si la jurisprudence du Conseil d'État est arrivée même à contrarier la volonté exprimée de créer une juridiction : « *la commission, instituée par le décret du 22 novembre 1978 et chargée de procéder à la répartition de l'indemnité prévue (...) n'a pas le caractère d'une juridiction* », C.E.f. 19 déc. 1986, M. Amine, req. 54682.

juridictionnel de l'organe qui l'exerce ; ce n'est pas, en principe, le cas en Colombie. Ainsi, il est nécessaire de différencier entre la volonté de créer une juridiction et la volonté de considérer que certaines fonctions sont juridictionnelles.

La volonté de créer une juridiction est celle du législateur, mais, aussi de l'administration. La Constitution française réserve au législateur la fixation des « *règles concernant la création de nouveaux ordres de juridiction* » (article 34 de la Constitution). La Cour de cassation est, en ce sens, un « *ordre de juridiction* »⁷⁴² de même que les tribunaux administratifs ou les cours administratives d'appel. Une fois la catégorie juridictionnelle créée⁷⁴³, il revient au domaine réglementaire d'instaurer les juridictions répondant à cette catégorie ou ordre⁷⁴⁴. En droit colombien, la volonté de créer une juridiction répond à un schéma similaire : d'après la Constitution, relève du Parlement l'élaboration de la loi statutaire⁷⁴⁵ de l'administration de la justice⁷⁴⁶. Cette loi a notamment pour fonction de dresser la liste des organes juridictionnels⁷⁴⁷. La création de nouvelles juridictions, au sein des catégories prévues par la loi statutaire, relève de la compétence du Conseil supérieur de la judicature⁷⁴⁸ qui le décide « *conformément aux besoins* »⁷⁴⁹.

En revanche, la volonté d'attribuer la nature juridictionnelle à certaines fonctions confiées à l'administration colombienne correspond exclusivement au Parlement qui l'exprime par une loi (article 116 de la Constitution⁷⁵⁰).

⁷⁴² Le Conseil constitutionnel français a précisé que conformément à l'art 34 de la Const.f. la « *création d'un ordre de juridiction* » relève de la compétence du législateur, tandis que la mise en œuvre des règles de composition d'une juridiction a une nature réglementaire : C.c.f. Décision n° 77-99, L du 20 juillet 1977, 23 juillet 1977, *Rec.*, p. 63, § 1.

⁷⁴³ La création réglementaire d'un nouvel ordre de juridiction déterminerait, qu'en réalité, l'autorité sera considérée comme une autorité administrative. « *Cons. Que ni la loi du 29 octobre 1975, ni aucune autre disposition législative, n'ont conféré un caractère juridictionnel aux organes chargés par les fédérations sportives d'exercer le pouvoir disciplinaire* » : C.E.f. sect. 19 déc. 1980, *Hechter, Rec.*, p. 488, Concl. GENEVOIS.

⁷⁴⁴ Un certain nombre de juridictions administratives spécialisées ont été créées par décret, notamment les chambres régionales et la Chambre nationale de discipline des commissaires aux comptes par décret du 12 avril 1969, lit 2 chap. 2. Ou les chambres régionales de discipline de l'Ordre des experts-comptables du décret 19 fév. 1970, art. 59. De même, le décret du 29 juillet 2009 a créé le tribunal administratif de Montreuil, en Seine-Saint-Denis. Les juridictions peuvent aussi être créées par la voie de la législation déléguée, par exemple l'Organisme disciplinaire des personnels scientifiques et médicaux des Centres hospitaliers et universitaires a été créé par l'art. 5 de l'ordonnance du 3 déc. 1958.

⁷⁴⁵ Dans la Constitution colombienne, la loi statutaire est une loi spéciale tantôt matériellement, tantôt formellement. Matériellement, certaines matières sont réservées à la loi organique, notamment les mécanismes de participation démocratique

⁷⁴⁶ « *Le Congrès de la République régule, par des lois statutaires, les matières concernant : (...) b. l'administration de la justice* », article 152 lit. b de la Const.c.

⁷⁴⁷ Ainsi, l'article 11 de la loi n° 270 du 7 mars 1996 réalise une description générale de l'organisation judiciaire. À partir de l'art 15, il est précisé quels sont les organes de la juridiction ordinaire (judiciaire en France) et à partir de l'article 34, les organes de la juridiction du contentieux administratif.

⁷⁴⁸ Le Conseil supérieur de la judicature est un organe créé par la Constitution colombienne (Cap. VII Const.c.), exerçant des fonctions juridictionnelles (art. 116 Const.c.) et chargé de l'administration, et le gouvernement de la branche juridictionnelle du pouvoir public (art. 256 et 257 Const.c.). Leurs actes sont administratifs et soumis au contrôle juridictionnel du Conseil d'État en premier et dernier ressort (art. 149 n° 1 C.P.A.C.A.) : C.E.c. Section 2, Ordonnance du 13 oct. 1995, affaire n° 12131, C.R. Álvaro LECOMPTE, § I.

⁷⁴⁹ Ainsi, le Conseil supérieur de la judicature décide la création, « *conformément aux besoins* », des tribunaux supérieurs de la juridiction ordinaire (art. 19 L.S.A.J.), des juges (juge unique) de la même juridiction (art. 22 L.S.A.J.), des tribunaux administratifs (art. 40 L.S.A.J.) et des juges administratifs (juge unique) (art. 42 L.S.A.J.).

⁷⁵⁰ Art. 116 : « (...) *Le Congrès exercera des fonctions judiciaires déterminées. Exceptionnellement la loi pourra attribuer la fonction juridictionnelle dans des matières précises à des autorités administratives déterminées. Néanmoins, elles seront défendues d'instruire des affaires pénales et de juger des délits. Les particuliers peuvent se faire attribuer transitoirement la fonction d'administrer la justice comme des jurys dans des causes pénales,*

Lorsque ces volontés n'ont pas été clairement exprimées par les textes, elles devront être révélées par les juridictions. À cette fin, les garanties processuelles sont un des indices de la volonté de créer une juridiction française (a), alors qu'elles ne comportent pas d'importance dans la détermination de la volonté d'attribuer des fonctions juridictionnelles à l'administration colombienne (b).

a. La volonté de créer une juridiction française

Le juge français s'est vu confronté à des organes remplissant des fonctions contentieuses, mais dont la procédure considérée comme juridictionnelle fait défaut⁷⁵¹ ; de même qu'à des organes disposant de certains éléments d'une procédure considérée comme typiquement juridictionnelle, mais remplissant des fonctions non contentieuses. Puisque les garanties dites juridictionnelles découlent du statut juridictionnel (règles et principes généraux de procédure) lorsque, par d'autres moyens, la juridiction est identifiée, l'absence de garanties ne ferait pas obstacle à la reconnaissance de la nature juridictionnelle d'un organe⁷⁵². Dans d'autres cas, la jurisprudence a pris en compte la procédure en tant que porteuse d'indices d'une volonté. La procédure pouvait ainsi faire croire que l'intention était celle de créer un organe administratif ou juridictionnel⁷⁵³.

Face à ces situations, le juge français se place dans une situation différente de celle du juge colombien : il n'existe pas un texte constitutionnel semblable à l'article 29 de la Constitution colombienne⁷⁵⁴ permettant d'affirmer, à ce niveau normatif, que les garanties processuelles sont applicables par principe à l'administration⁷⁵⁵.

En France, l'incompatibilité qui s'était forgée entre la procédure et l'administration⁷⁵⁶

comme des conciliateurs ou comme des arbitres autorisés par les parties à prendre des décisions par le droit ou par l'équité, dans des termes qui détermine la loi »

⁷⁵¹ Dans l'affaire *de Bayo*, le commissaire du gouvernement constate d'abord que la procédure et la composition de l'organe ne permettent pas, dans ce cas, de prouver la nature juridictionnelle de l'organe : concl. CHARDEAU sur C.E.f. Ass., 12 décembre 1953, *de Bayo*, Rec. 566 ; R.P.D.A. 1954, p. 3.

⁷⁵² Ainsi, il a été reconnu que certaines juridictions administratives spécialisées dérivent leur nature juridictionnelle de l'intention du Conseil d'État de leur faire appliquer les garanties dites juridictionnelles. « *Le problème, évidemment, se trouve ainsi inversé : au lieu de déterminer, d'abord, le caractère juridictionnel d'un organe et d'en tirer les conclusions, il s'interroge sur les conséquences qu'entraînerait la qualification d'un tel organe, de juridiction* », Gustave PEISER, *Le recours en cassation en droit administratif français*, op. cit., p. 212.

⁷⁵³ Et par là, la jurisprudence peut appliquer les garanties considérées nécessairement juridictionnelles comme le nom des personnes qui ont pris part à la décision.

⁷⁵⁴ « *La procédure régulière du droit doit être respectée dans toutes procédures judiciaires et administratives (...)* », art. 29 Const.c.

⁷⁵⁵ L'application de l'article 6 de la Conv. E.D.H. n'a pas d'effets semblables à ceux de l'article 29 de la Const.c. car il ne s'applique pas de façon générale à toute l'activité administrative, mais seulement à la partie de celle-ci qui est considérée comme relevant du volet pénal ou civil dudit article.

⁷⁵⁶ « *C'est donc bien le succès inégale du contrôle juridictionnel de l'administration qui a sonné progressivement le glas des garanties non contentieuses préalables* », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 22. C'est seulement dans un article très critique, publié en 1948, que l'on commence à parler, en France, de procédure sans pour autant renvoyer à la juridiction : Georges LANGROD, « *Procédure administrative et droit administratif* », R.D.P. 1948, p. 549-556.

avait fait penser que quand la norme avait prévue une procédure, l'intention était de créer une juridiction. Ainsi, quand une autorité « statue (...) selon une procédure juridictionnelle ; elle constitue, dès lors, une juridiction administrative spéciale »⁷⁵⁷. La procédure devient un indice tellement fort de la juridiction, que sa simple description a été considérée comme décisive pour faire naître une juridiction administrative⁷⁵⁸, même à l'encontre de la qualification administrative de l'organe faite expressément par la loi⁷⁵⁹. Dans d'autres circonstances, une description de procédure n'a pas été considérée suffisante car il manquait certaines garanties considérées comme « (...) les traits essentiels de la procédure et de la décision juridictionnelle »⁷⁶⁰.

Un mouvement progressif de reconnaissance des garanties processuelles des administrés a rendu très peu fiable l'indice procédural dans l'identification des juridictions : le Conseil d'État de l'après-guerre a commandé la procéduralisation de la répression administrative⁷⁶¹, notamment par des principes généraux⁷⁶² s'appliquant même sans texte⁷⁶³ et contre le règlement⁷⁶⁴. De même, en 1956, lors de l'anéantissement de la vague de multiplication des juridictions administratives spécialisées, le Conseil d'État a suivi le commissaire du gouvernement en disant que « (...) l'octroi des garanties d'une procédure « de type juridictionnel » n'a rien d'incompatible avec le fonctionnement d'un organisme de caractère administratif (...) »⁷⁶⁵. Cet infléchissement jurisprudentiel a permis le développement de la procédure administrative dite « non contentieuse », sans la crainte de multiplier davantage les juridictions administratives spécialisées. Plusieurs régulations ont rattrapé le

⁷⁵⁷ C.E.f. 12 juillet 1929, *Leroux, Leb.*, p. 710. En l'espèce il s'agissait de la Chambre du contentieux administratif de l'office supérieur des assurances sociales de la Moselle. Concernant l'identification de la juridiction en raison de sa composition et de ses pouvoirs ; même en absence de la description de la procédure : C.E.f. Ass., 7 fév. 1947, *d'Aillières, Rec.*, p. 50 ; *R.D.P.* 1947, p. 68 et 81, note WALINE et concl. ODENT.

⁷⁵⁸ Ainsi, dans le silence des textes, la loi a pris d'abord la procédure comme un indice de juridiction : C.E.f. 1^{er} avril 1938, *Sieur Martin, Rec.*, p. 339. En l'espèce, les normes qui sont citées comme fondement du caractère juridictionnel de la Commission de révision des marchés de fortifications, ne font que décrire les procédures devant cette commission.

⁷⁵⁹ La Chambre du contentieux administratif de l'Office supérieur des assurances de la Moselle était une juridiction, même si la loi la qualifiait d'organe administratif puisque « ladite chambre statue (...) selon une procédure juridictionnelle ; qu'elle constitue dès lors, une juridiction administrative spéciale (...) », C.E.f. Sect., 12 juillet 1929, *Sieur Leroux, Rec.*, p. 711.

⁷⁶⁰ Même si un organe mène une procédure qui ne prévoit pas d'appel, ce qui ferait penser à une décision définitive, il existe l'obligation d'énoncer le nom des membres qui ont pris part à la délibération, « Tout cela n'est pas déterminant, car il y manque et le caractère contradictoire de la procédure et l'obligation de motiver et l'usage de la formule exécutoire, qui sont les traits essentiels de la procédure et de la décision juridictionnelle », Jules Pierre Hubert GUIONIN Conclusions sur C.E.f. 12 janv. 1951, *Union commerciale de Bordeaux-Bassens, D.* 1951, p. 335. Le commissaire a conclu le caractère juridictionnel des mots utilisés par l'ordonnance et le Conseil l'a suivi.

⁷⁶¹ Cependant, la procéduralisation de la répression disciplinaire a été perçue, pour certains, comme la confirmation du fait qu'il s'agissait d'une matière juridictionnelle qui, même si elle était confiée à l'administration, devait répondre aux garanties de type juridictionnel : cf. Gustave PEISER, *Le Recours en cassation en droit administratif français, op. cit.*, p. 217. Dans ce sens, pour le professeur CHAPUS, lorsque le Conseil d'État fait référence à la nature de la matière, dans l'arrêt *Dame Slaiher*, (C.E.f. Ass, 31 mars 1950, *Dame Slaiher, Rec.*, p. 209), cela ne peut être que la matière disciplinaire : René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc.cit.*, p. 284.

⁷⁶² Par exemple, les droits de la défense ont été reconnus comme principe général du droit par C.E.f. 5 mai 1944, *Dme. Veuve Trompier-Gravier, Rec.*, p. 133, *G.A.J.A.*, 18^e éd., *op. cit.*, n° 54. Cela a été confirmé par 26 oct. 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213 ; *S.*, 1946, 3, p. 1, concl. ODENT ; *D.* 1946, p. 158, note MORANGE ; *G.D.J.D.A.*, n° 4, p. 129. Concernant l'impartialité : C.E.f. 29 avril 1949, *Bourdeux, Rec.*, p. 188.

⁷⁶³ L'art. 65 de la loi du 22 avril 1905 imposait déjà le respect des droits de la défense avant toute mesure grave dans la fonction publique. En particulier il y est reconnu le droit à la « communication du dossier ».

⁷⁶⁴ René CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, *Chron.*, p. 99.

⁷⁶⁵ Concl. CHARDEAU sur C.E.f. 2 mars 1956, *Secteur Électrique du Cambrésis, C.J.E.G.*, 1956, *Jur.*, p. 180.

retard en la matière⁷⁶⁶ : la loi du 17 juillet 1978 a régulé l'accès aux documents administratifs⁷⁶⁷, la loi du 11 juillet 1979 a posé le principe de la motivation des décisions individuelles ou dérogatoires⁷⁶⁸. Dans le souci de réguler les relations entre l'administration et les citoyens, certains éléments de la procédure administrative non juridictionnelle ont été régulés par le décret du 28 novembre 1983⁷⁶⁹. Ce décret introduit, notamment, une certaine procédure contradictoire ou, plus précisément, auditoire⁷⁷⁰, dans tous les cas où la loi de 1979 ordonne la motivation de l'acte. La procéduralisation de l'activité administrative menée par ce décret a été perçue, à tort⁷⁷¹, comme une juridictionnalisation de l'administration ; la doctrine parle alors d'une procédure ayant « *des allures quasi juridictionnelles* »⁷⁷². La loi du 12 avril 2000 adopte la plupart des normes de 1983 et développe davantage la procédure administrative non juridictionnelle⁷⁷³. La dernière retouche est constituée par le décret du 8 juin 2006 concernant les procédures consultatives et abrogeant ce qui restait du décret de 1983⁷⁷⁴.

Ayant exprimée clairement son intention d'améliorer le contact des administrés avec l'administration⁷⁷⁵, « *de le rendre plus simple, plus transparent, plus accessible –et- d'instaurer*

⁷⁶⁶ GERANDO plaide déjà pour l'existence d'un code administratif : DE GERANDO, *Institutes du Droit administratif français ou éléments du code administratif*, t. I, 2^e éd. Nève, Paris, 1842. Cf. Yves GAUDEMET, « La codification de la procédure administrative non contentieuse en France », *D.* 1986, chron., p. 107 ; Pascale GONOD, « La codification de la procédure administrative », *A.J.D.A.* 2006, p. 489.

⁷⁶⁷ La loi précise dans quelles conditions les documents administratifs peuvent être communiqués, la procédure pour le faire ou pour contester le refus et les raisons motivant le refus de communication : art. 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978. En droit colombien, le droit d'accès aux documents administratifs, prévu à l'art. 17 et suiv. du C.C.A. de 1984 a été régulé par la loi 57 de 1985. Ce droit est aujourd'hui reconnu à l'art. 74 de la Const.c.

⁷⁶⁸ Par ailleurs, la loi dresse une liste des actes devant être obligatoirement motivés. La loi du 27 janvier 1986 étend la motivation obligatoire aux refus d'autorisation.

⁷⁶⁹ Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, *concernant les relations entre l'administration et les usagers*. Cf. Jean-Marie AUBY, « L'administration et ses usagers. Le décret du 28 novembre 1983 », *A.J.D.A.* 1984, vol. 40 n° 3, p. 124-136 ; Pierre DELVOLLE, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux. Le décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers », *D.* 1984 ; n° 22 ; 23, p. 137, 142 et 143-146, Chron. ; « Le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers : une mini-révolution ? », *Gazette du Palais*, 1984, n° 85-87, p. 2-10 ; Herbert MAISL, Céline WIENER et Jean-Marie WOEHRLING, « L'administration et ses usagers. Un décret ne fait pas le printemps », *A.J.D.A.* 1984, vol. 40, n° 3, p. 137-148. L'application de la partie essentielle de ce décret a été élargie aux collectivités d'outre-mer par le décret n° 93-981 du 4 août 1993.

⁷⁷⁰ Cf. Olivier GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : la procédure administrative non contentieuse en droit comparée (Luxembourg, Belgique, France) », *loc. cit.*, p. 363.

⁷⁷¹ Puisque les garanties ne sont pas réservées aux juridictions, il n'est pas possible de qualifier de juridictionnalisation, la procéduralisation de l'activité administrative.

⁷⁷² Christian GABOLDE, « La procédure administrative précontentieuse », *D.* 1984, 19^e cahier, Chr., p. 123.

⁷⁷³ Loi du 12 avril 2000, *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, étend l'application des principes du décret de 1983, aux collectivités territoriales, aux établissements publics et aux organismes de droit privé chargés d'une mission de service public. Cette loi adopte des évolutions déjà préconisées par la jurisprudence concernant les droits de la défense. Cf. Bénédicte DELAUNAY, « La loi du 12 avril 2000 relative au droit des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *R.D.P.* 2000, n° 4, p. 1191 ; Armelle TREPPOZ, « La loi du 12 avril 2000 sur les relations entre les citoyens et les administrations », *D.A.* 2000, n° 8-9, p. 4 ; Eliane CHEMLA, Céline WIENER et Yves GOUNIN, « Les relations citoyens-administration », *C.F.P.A.* 2000, n° 193, p. 3 ; Pierre FERRARI, « Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : commentaire général de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 », *A.J.D.A.* 2000, n° 6, p. 471.

⁷⁷⁴ Pascal COMBEAU, « Le décret du 28 novembre 1983 est mort, vive la loi ? », *A.J.D.A.* 2006, n° 32, p. 1745

⁷⁷⁵ « (...) depuis les années 1970, plusieurs textes sont intervenus dans le but de réconcilier les citoyens et l'administration », Emmanuel ROUX, « France. Les apports de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits du citoyen dans leurs relations avec l'administration », in *Annuaire européen d'administration publique 2000*, vol. 23, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2001, p. 435. Cf. Bénédicte DELAUNAY, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Bibliothèque de droit public, t. 172, L.G.D.J., Paris, 1993.

une relation plus étroite entre les fonctionnaires et les citoyens »⁷⁷⁶, ces réglementations ont prouvé que les garanties ne résultent pas nécessairement de la volonté de créer une juridiction. Aussi, les garanties organiques des juridictions ont été transférées à l'administration, par la voie des autorités administratives indépendantes. Malgré les plaidoyers en faveur de la nature juridictionnelle de certaines autorités administratives indépendantes⁷⁷⁷, les refus jurisprudentiels successifs ont déterminé le fait que le lien nécessaire entre l'indépendance et la juridiction n'exclut pas l'indépendance de l'administration⁷⁷⁸. Une autre étape de procéduralisation de l'activité administrative est commandée par l'application matérielle des garanties du procès équitable ayant commandé l'application des garanties traditionnellement juridictionnelles à des organes non juridictionnels, au sens interne⁷⁷⁹.

La procédure n'a pas été vraiment considérée comme un critère de la juridiction, mais comme un indice de la volonté législative⁷⁸⁰. En tant qu'indice, il est normalement accompagné d'autres éléments motivant la conviction du juge. C'est pour cette raison que l'on a pu parler de la technique du « faisceau d'indices »⁷⁸¹. Dans cet ensemble de preuves indirectes, les mots utilisés par les textes expriment cette volonté, à la condition que l'on puisse en déduire qu'ils sont utilisés dans le sens propre d'une juridiction. Ainsi, la volonté de créer une juridiction pourrait être interprétée quand le texte utilise le mot « jugement »⁷⁸² ou les expressions : statuer en « premier ressort »⁷⁸³ ou « en dernier ressort »⁷⁸⁴, « sans appel »⁷⁸⁵ ou, plus nettement, lorsqu'il y est attribué l'autorité de la « chose jugée »⁷⁸⁶. Cette volonté sera plus facilement établie dans le cas où les voies des recours prévues sont celles ouvertes contre une décision juridictionnelle, notamment la cassation⁷⁸⁷, ou quand le mot « appel » y est utilisé

⁷⁷⁶ François MITTERRAND, message au colloque de l'Association « Services publics », dans les textes réunis par Robert FRAISSE, *Le service public demain*, Economica, Paris, 1989, p. 1.

⁷⁷⁷ Par exemple : Claude Lucas DE LEYSSAC, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », *loc. cit.*, p. 277.

⁷⁷⁸ C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 17 concernant le Conseil de la concurrence ; C.E.f. 4 février 2005, *société GSD Gestion et M. YX., R.F.D.A.*, Nov.-Déc. 2005, p. 1178, à l'égard de l'A.M.F.

⁷⁷⁹ Par exemple : C.cas, Com., 9 avril 1996, *Haddad, Bull. Civ. IV*, n°115 ; *Bull. Joly Bourse*, 1996, p. 305, § 47 (C.O.B.) ; C.E.f. Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec. p. 399* (C.M.F.) ; C.E.f. 29 juillet 2002, *Assoc. Radio Deux couleurs, A.J.D.A.* 2003, p. 475 (C.S.A.).

⁷⁸⁰ L'arrêt de Bayo (*cit.*) considère la « nature de la matière » comme un critère de la juridiction, alors que l'arrêt d'Aillières (*cit.*) ne considère la procédure que comme un indice de la juridiction : cf. François LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *R.D.P.* 1979, note n° 3, p. 36.

⁷⁸¹ Olivier GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *loc. cit.*, p. 97.

⁷⁸² Par exemple, ce terme était utilisé pour qualifier ce que furent les comités départementaux de l'enseignement technique par l'art. 25 de la loi du 13 juillet 1925.

⁷⁸³ D'après la loi du 21 juillet 1922, les commissions départementales décident « en premier ressort » sur les pensions militaires d'invalidité concernant les contestations du régime des soins gratuits. Ces juridictions ont été substituées par les tribunaux des pensions (art. L. 80 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre) et par la Cour régionale des pensions (art. L. 89)

⁷⁸⁴ Par ex la loi du 18 mai 1946 concernant le Conseil supérieur de l'éducation nationale parle des jugements et des décisions « en dernier ressort » art. 12. Cette même expression est aussi utilisée par ex. concernant les commissions spéciales de remembrement urbain art 21 loi du 11 oct. 1940 et du 12 juillet 1941.

⁷⁸⁵ Art. 7 de la loi du 28 mars 1882 concernant les décisions du conseil départemental de l'Enseignement primaire : C.E.f. 28 mai, 1986, *Ep. Genevois et Vincent*, req. 61062, 61063, 61106 et 61107

⁷⁸⁶ Loi interprétative du 11 déc. 1956, concernant les commissions des indemnités tchécoslovaque, polonaise, hongroise et yougoslave : C.E.f. Sect. 16 déc. 1955, *ép. Deltel, D.* 1956, p. 45, concl. LAURENT ; *R.D.P.* 1956, p. 150 note WALINE.

⁷⁸⁷ Décret du 29 déc. 1945, art. 126 concernant les sections des assurances sociales de leurs conseils nationaux.

dans un sens révélant une deuxième instance juridictionnelle⁷⁸⁸. L'utilisation du mot contentieux exprime difficilement la volonté de créer une juridiction⁷⁸⁹. Les indices linguistiques confèrent « *un préjugé en faveur de leur qualité de juridiction* »⁷⁹⁰, puisqu'ils contribuent à décrypter la volonté du texte.

b. La volonté d'attribuer des fonctions juridictionnelles à l'administration colombienne

Si, en droit français, les garanties processuelles, considérées comme typiquement juridictionnelles, ne sont qu'un indice, peu fiable par ailleurs, du caractère juridictionnel d'un organe, leur poids est beaucoup plus faible dans l'identification des fonctions juridictionnelles de l'administration colombienne. Le juge colombien, à la différence du juge français, n'a pas été conduit à qualifier la nature juridictionnelle ou administrative des organes ; les textes de création - loi statutaire ou décision du Conseil supérieur de la judicature – l'ont toujours précisée. En revanche, il a été conduit à qualifier la nature des fonctions exercées par une autorité administrative qui, en fonction de la collaboration entre les branches du pouvoir et, d'après la Constitution (article 116), a été investie de fonctions administratives et juridictionnelles. L'examen des critères utilisés à cette fin démontrera la place de la procédure dans l'identification des fonctions juridictionnelles.

La première méthode consiste à vérifier si le législateur a lui-même qualifié la fonction, puisque la norme constitutionnelle exige que cette attribution soit législative, exceptionnelle, expresse et précise. Toutefois, le travail herméneutique mené par la Cour constitutionnelle n'a pas toujours pour but principal la découverte de la véritable volonté du législateur⁷⁹¹. Pour cela, la Cour aurait pu adopter un critère rigide découlant de l'exégèse de la Constitution : puisque l'article 116 exige une attribution expresse des fonctions juridictionnelles, si le législateur ne s'est pas prononcé, la fonction serait administrative⁷⁹². Or, la Cour constitutionnelle, moins formaliste, a cherché à identifier la nature des fonctions⁷⁹³ par d'autres critères.

Premièrement, la Cour a tenté de cerner les matières qui seraient juridictionnelles ou

⁷⁸⁸ Par exemple dans le cas où l'appel est attribué à un organe juridictionnel : loi du 15 juillet 1970, art. 64 qui attribue au Conseil d'État, l'appel des décisions des commissions du contentieux de l'indemnisation des rapatriés d'outre-mer.

⁷⁸⁹ Par exemple, lorsque le « *Comité contentieux du contrôle des prix* » créé par l'art. 22 de la loi du 8 juin 1943, il fallait interpréter l'expression conformément à l'équivalence, acceptée à l'époque, entre contentieux et juridiction. Aujourd'hui, un tel indice serait peu fiable s'il n'était pas accompagné d'autres comme celui d'une décision en dernier ressort ou même de l'attribution de la chose jugée.

⁷⁹⁰ René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 270.

⁷⁹¹ La Cour constitutionnelle ne fait que rarement recours aux débats parlementaires cherchant à établir si l'intention du Parlement visait à attribuer des fonctions juridictionnelles ou administratives. Cette méthode a permis de déterminer la nature administrative et non juridictionnelle de la compétence de la Surintendance bancaire à l'égard des accords de redressement des entreprises en difficulté. L'intention du Parlement était de créer un mécanisme souple et surmonter ainsi, les problèmes de l'ancien système judiciaire de « concordat » ou de redressement des entreprises en difficulté : C.c.c. Sentence C-625-03, 29 juillet 2003, M.R. Clara VARGAS.

⁷⁹² Cet argument n'a été présenté que dans une affaire d'action en tutela et non de contrôle de constitutionnalité : C.c.c. Sentence SU-1023-01, 26 sept. 2001, M.R. Jaime CORDOBA.

⁷⁹³ Cela est particulièrement nécessaire pour déterminer les voies des recours possibles à l'encontre des décisions des autorités administratives : C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

administratives *per se*. Compte tenu du fait qu'il n'existe pas de matières naturellement administratives ou juridictionnelles, ces décisions doivent être regardées avec suspicion. Ainsi, la Cour a affirmé que les fonctions juridictionnelles consistent à trancher des litiges et, par conséquent, à administrer la justice⁷⁹⁴. Ce critère a permis de nier le caractère juridictionnel de l'acte d'approbation de l'accord de redressement des entreprises en difficulté⁷⁹⁵. Dans une autre affaire, la Cour a considéré que les fonctions d'un liquidateur d'une société, ainsi que l'émission d'ordres à cette personne, sont des fonctions naturellement administratives⁷⁹⁶. Celle-ci est une affirmation qui fait partie des considérations sans rapport direct avec le dispositif de la sentence (*obiter dicta*⁷⁹⁷ ou motif surabondant), ne constituant pas le motif de décision (*ratio decidendi*). En réalité, la compétence est considérée comme administrative, car le législateur ne l'a pas expressément qualifiée de juridictionnelle⁷⁹⁸. La décision qui prétend donner une définition naturellement contentieuse aux fonctions juridictionnelles de l'administration reste un cas isolé.

Deuxièmement, plus fréquemment, la Cour constitutionnelle a fait appel au caractère non naturel, mais fonctionnel des matières juridictionnelles. Par là, elle a considéré qu'une matière est juridictionnelle dans la mesure où elle est exercée par une juridiction⁷⁹⁹, elle était exercée par une juridiction avant son assignation à l'administration⁸⁰⁰ ou, d'un point de vue constitutionnel, il s'agit d'une fonction obligatoirement juridictionnelle⁸⁰¹. De plus, le projet de réforme constitutionnel dispose que l'attribution de fonctions juridictionnelles aux autorités administratives ne peut intervenir que de façon concurrente avec les juridictions⁸⁰² ;

⁷⁹⁴ « Dans ce sens, certaines autorités administratives, par disposition législative, disposent de la compétence pour connaître et trancher des conflits juridiques ». Par conséquent, « (...) l'acte par lequel est approuvé l'accord du redressement privé, qui met fin à la procédure, est un acte administratif (...) parce que même si dans la procédure de redressement cette autorité exerce des fonctions juridictionnelles, elle conserve sa nature d'autorité administrative », C.c.c. Sentence T-279-97, 4 juin 1997, M.R. Vladimiro NARANJO.

⁷⁹⁵ En droit colombien, le redressement des entreprises en difficulté est un mécanisme contractuel, mené devant la Surintendance des sociétés, pour le cas des sociétés commerciales, la Surintendance bancaire pour les établissements de crédit et le ministère des Finances, pour les collectivités territoriales. Il s'agit d'un instrument visant à éviter la liquidation de l'entreprise (dépôt du bilan).

⁷⁹⁶ Fonctions ayant un « caractère de gérance ou administratif (...) », C.c.c. Sentence SU-1023-01, 26 sept. 2001, M.R. Jaime CORDOBA.

⁷⁹⁷ L'*obiter dicta* ou ce qui est « dit en passant » est un motif surabondant, utilisé pour clarifier la position de la jurisprudence ou pour illustrer. Néanmoins, la jurisprudence colombienne abuse fréquemment de motifs surabondants, notamment en citant des théories de doctrine étrangère, sans rapport direct avec les faits de l'espèce. La jurisprudence, prétendant être de qualité, devient longue, académique et confuse.

⁷⁹⁸ La Cour constate que la loi 222 de 1995 n'a pas qualifié expressément ces matières comme juridictionnelles.

⁷⁹⁹ « (...) puisqu'il existe une compétence partagée –entre les juridictions et la Surintendance– pour connaître des affaires de concurrence déloyale, il est clair qu'il doit s'agir de la même fonction de nature juridictionnelle (...) », C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE. Ce même critère a été utilisé ultérieurement : C.c.c. Sentence C-1071-02, 3 déc. 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁸⁰⁰ « La Surintendance des sociétés dispose de la fonction exclusive de mener les procédures collectives à l'encontre des personnes juridiques (...) se trouvant dans état de risque ou de cessation des paiements. Cette compétence – qui sous le système antérieur (décret 350 de 1989) était partagée entre la Surintendance et le juges civils (...) est d'une nature éminemment juridictionnelle (...) », C.c.c. Sentence T-494-99, 9 juillet 1999, M.R. Vladimiro NARANJO.

⁸⁰¹ « Certaines de ces fonctions sont éminemment juridictionnelles, notamment le prononcé des mesures de sûreté qui restreignent la liberté de la personne enquêtée (...) », C.c.c. Sentence C-037-96, 5 fév. 1996, M.R. Vladimiro NARANJO. De même : « Sachant que pour l'obtention des preuves dans les procès disciplinaires ils pourront procéder à des actes comme celui du levé du secret des correspondances et des communications téléphoniques et électroniques, etc., qui sont étroitement liés à la restriction de certains droits fondamentaux, il est obligatoire que ces décisions soient prises par une autorité judiciaire (...) », C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA.

⁸⁰² L'art. 2 du projet de réforme constitutionnelle en matière de justice, modifiant l'art. 116 de la Const.c. dispose : « La loi pourra attribuer des fonctions juridictionnelles, dans des matières précises, aux autorités administratives, de façon exceptionnelle et concurrente avec les juridictions », Projet de révision de la Constitution n° 07 de 2011, *Gaceta del Congreso*, XX, n° 566, 4 août 2011, p. 8. .

c'est-à-dire, en donnant la possibilité aux citoyens de choisir entre agir devant le juge ou devant l'autorité administrative chargée des fonctions juridictionnelles.

Troisièmement, la Cour a fait recours au caractère décisive et unilatéral des décisions juridictionnelles. Cela a permis de fonder autrement le caractère administratif de l'approbation de l'accord de redressement des entreprises en difficulté : lorsque le contexte est consensuel, la fonction est administrative et non juridictionnelle⁸⁰³. Quant au caractère décisive de la fonction juridictionnelle, la Cour a considéré que la saisine d'une juridiction, qui devra trancher l'affaire, est une fonction administrative et non juridictionnelle⁸⁰⁴.

Quatrièmement, la Cour a fait recours à l'exceptionnalité des fonctions juridictionnelles de l'administration, exigée par l'article 116 de la Constitution, afin d'énoncer un critère « *in dubio pro* » administratif : puisque les fonctions juridictionnelles de l'administration sont exceptionnelles, lorsqu'il existe un doute concernant la nature des fonctions exercées par une autorité administrative, elles seront considérées comme administratives⁸⁰⁵.

En principe, l'aménagement des garanties processuelles ne pourrait pas être considéré dans les critères d'identification des fonctions juridictionnelles, compte tenu de l'article 29 de la Constitution disposant que les garanties de la procédure régulière du droit s'appliquent tant à la juridiction qu'à l'administration. Or, la Cour constitutionnelle a décidé que la procédure de responsabilité pour des dommages causés au patrimoine public⁸⁰⁶, menée par un organe de contrôle, n'est pas une fonction juridictionnelle car les fonctionnaires de cette autorité ne disposent pas des garanties considérées comme propres aux juridictions⁸⁰⁷. Dans la majorité des cas, les garanties d'indépendance, d'impartialité, de prédétermination et d'inamovibilité sont utilisées comme critères, non de l'identification d'une fonction juridictionnelle, mais de la constitutionnalité de l'attribution à l'administration des fonctions que le législateur lui-même

⁸⁰³ Cela renvoie implicitement à l'argument que la fonction juridictionnelle consiste à trancher des litiges. Cf. C.c.c. Sentence C-625-03, 29 juillet 2003, M.R. Clara VARGAS.

⁸⁰⁴ « (...) *puisque'il s'agit d'une fonction administrative, coexistant avec des fonctions juridictionnelles de la Surintendance, tout en restant séparées, la norme a seulement légitimé cette autorité pour saisir le juge de l'action révocatoire –action paulienne– ; mais, elle ne lui a pas donné compétence pour en connaître ni pour la décider (...)* », C.c.c. Sentence C-1143-00, 30 août 2000, M.R. Carlos GAVIRIA. L'exercice de l'action paulienne a été ultérieurement introduite dans une liste de fonctions juridictionnelles de la Surintendance ; mais, ce n'était pas l'objet du litige : C.c.c. Sentence C-625-03, 29 juillet 2003, M.R. Clara VARGAS.

⁸⁰⁵ C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁸⁰⁶ En droit colombien, les personnes ayant eu la gestion ou l'administration de deniers publics et qui, dans ce contexte, par action ou par omission, volontairement ou par négligence, ont donné lieu à un préjudice du patrimoine public peuvent être condamnées pour la responsabilité pour des dommages causés au patrimoine public (art. 268 n° 5 Const.c. et loi n°610 du 15 août 2000). Cette procédure est menée et décidée par les « *contralorías* » : des organes de contrôle, constitutionnellement autonomes et indépendants, remplissant des fonctions d'inspection des finances (art. 267 Const.c.).

⁸⁰⁷ (...) *en raison de l'absence des garanties d'impartialité, d'indépendance et d'inamovibilité de ces fonctions, ces actes ne sont pas définitifs car ils peuvent être révisés par les juges (...)* Par ailleurs, même la structure de la Contraloría, c'est-à-dire son organisation hiérarchique et administrative, est cohérente avec le besoin que leurs décisions puissent être contestées devant un organe réunissant les qualités propres des fonctionnaires judiciaires, notamment devant la juridiction du contentieux administratif », C.c.c. Sentence C-189-98, 6 mai 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ.

a considérées comme juridictionnelles⁸⁰⁸. Dans d'autres circonstances, la Cour constitutionnelle a mis en pratique le principe de l'interprétation constitutionnelle de la loi et, en fonction de la conservation de la norme⁸⁰⁹, a conditionné⁸¹⁰ la constitutionnalité des fonctions juridictionnelles de l'administration à la mise en pratique des aménagements considérés comme nécessaires pour la satisfaction des garanties processuelles « *propres à tout organe exerçant des fonctions juridictionnelles* »⁸¹¹.

2. La volonté de garantir les droits des citoyens

La procédure, n'étant plus un facteur de juridictionnalisation, ce n'est qu'un faible indice de la création d'une juridiction. Il est donc nécessaire de s'interroger sur sa fonction actuelle. Deux réponses complémentaires sont à envisager : la procédure détermine les systèmes de protection des citoyens (a), en même temps que la légitimation des organes est possible grâce à la protection processuelle des citoyens (b).

a. Les systèmes de protection procédurale des citoyens

Lorsque la procédure est réservée aux juridictions, la protection des citoyens passe par la protection des justiciables. Afin de protéger l'administré, sa transformation factice en justiciable ne serait pas un mécanisme performant. D'autres systèmes de protection procédurale sont envisageables. La procéduralisation de l'administration garantirait mieux les droits des administrés, tout en préservant, le cas échéant, le droit de devenir justiciable. La transformation de l'administré en usager pourrait être le symptôme d'un dernier système de protection des citoyens. La France et la Colombie ont connu une évolution qui, en dépit des différences propres à leur histoire politique, trace une position similaire à l'égard des systèmes de protection.

En France, le système traditionnel de protection des citoyens à l'égard de

⁸⁰⁸ Ainsi, la Cour déclare l'inconstitutionnalité des fonctions juridictionnelles de la Surintendance bancaire parce que « (...) l'exercice de ces compétences judiciaires, par ces autorités, peut méconnaître la procédure régulière du droit. En effet, si le fonctionnaire qui doit décider judiciairement une affaire à l'intérieur de cette autorité est obligé de suivre les instructions de ses supérieurs, de même que s'il a connu préalablement la matière soumise à décision, il est évident qu'il ne dispose pas de l'indépendance et l'impartialité dont doit disposer toute personne exerçant la fonction juridictionnelle dans un État de droit », C.c.c. Sentence C-1641-00, 29 nov. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁸⁰⁹ Le principe de la conservation du droit ou des actes juridiques ou de l'interprétation conforme signifie que « *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*, c'est-à-dire « l'acte doit être interprété de façon à lui donner vie plutôt que de le laisser sans effet », Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, n° 11, p. 18.

⁸¹⁰ Cf. Thierry DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 90.

⁸¹¹ Par exemple, les fonctions juridictionnelles ne pourront pas être exercées par le même fonctionnaire qui a exercé des fonctions administratives à l'égard de la même affaire ou par un fonctionnaire lié hiérarchiquement à celui qui les a exercées : C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE. De même, l'autorité devra toujours annoncer au citoyen la nature des fonctions qu'elle est en train d'exercer : C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

l'administration⁸¹² est construit sur une logique « *après coup* »⁸¹³. Les juridictions, judiciaires⁸¹⁴ et administratives, acquièrent une place prééminente dans la protection des citoyens. Au lieu d'empiéter sur l'action administrative à cause des procédures, les juridictions interviennent après l'action administrative pour décider le rétablissement des droits. Dans ce système, la mission administrative ne consiste pas à protéger les administrés, mais à agir efficacement. Ainsi, il apparaît cohérent que l'administré doive se porter devant le juge afin de connaître les motifs de l'acte administratif⁸¹⁵. Ce système a permis l'essor de la juridiction administrative, en même temps qu'il a procuré la consolidation de la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux.

La multiplication des juridictions administratives spécialisées a garanti la continuité du système : le contentieux et les garanties restaient juridictionnels ; la protection des administrés, aussi. Pour garantir les droits processuels devant ces autorités, les administrés sont transformés en justiciables par la transformation d'une autorité administrative en une juridiction administrative spécialisée⁸¹⁶ : « *La juridictionnalisation de l'action administrative serait la réponse du législateur à la faiblesse de la procédure administrative non contentieuse* »⁸¹⁷. Or, cette politique jurisprudentielle a provoqué des résultats contrastés : la multiplication excessive des juridictions administratives n'a pas, pour autant, améliorée significativement la protection procédurale des citoyens devant ces commissions⁸¹⁸ ; alors que, en étant des juridictions, le contrôle que peut exercer le Conseil d'État à son égard est plus limité que celui qu'il aurait pu exercer si ces commissions avaient été considérées comme des autorités administratives⁸¹⁹. La jurisprudence a dû réagir : l'arrêt *de Bayo* adopte un critère matériel de la juridiction afin de nier le caractère juridictionnel à l'inscription au tableau de l'Ordre des vétérinaires et, par là, permettre un contrôle juridictionnel du détournement de pouvoir⁸²⁰, ouvert même aux tiers lésés par cet acte⁸²¹. La transformation des autorités

⁸¹² Jean RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *loc. cit.* ; Georges VEDEL et Pierre DELVOLVE, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, Paris, 1991.

⁸¹³ Jean Rivero explique que ce système « *après coup* » a été mis en place afin d'alléger l'activité administrative : Jean RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *loc. cit.*, p. 820.

⁸¹⁴ La juridiction judiciaire est garante de la propriété et de la liberté individuelle (art. 66 Const.f.). La liberté individuelle est aussi assurée par la juridiction administrative, notamment par la voie du référé liberté, prévu à l'article L. 521-2 du C.J.A et créé par la loi du 30 juin 2000.

⁸¹⁵ En France, avant la loi n°79-587 du 11 juillet 1979, la motivation des actes administratifs n'était possible que lorsqu'une loi expressément faisait dérogation à la règle générale. La non motivation ou, la motivation défectueuse, sont ainsi considérées comme une des causes de l'encombrement évitable des juridictions.

⁸¹⁶ « (...) *Le plus souvent le Conseil d'État fit d'une commission une juridiction (...) parce qu'il voulait protéger les assujettis à cette commission (...)* », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse, op. cit.*, p. 32.

⁸¹⁷ Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée, op. cit.*, p. 253.

⁸¹⁸ « (...) *le reproche que l'on fait aux juridictions spécialisées de ne donner que des garanties illusoires aux intéressés (...)* », Adrien CARRON, « À propos du contentieux de l'indemnisation des entreprises de gaz et d'électricité nationalisées dont les titres n'étaient pas cotés en Bourse », *C.J.E.G.*, 1956, p. 75-76

⁸¹⁹ Depuis 1953, le commissaire du gouvernement CHARDEAU avait mis en évidence les limitations à l'égard du contrôle, provoquées par la nature juridictionnelle de ces organes. Il s'agit, notamment, de l'absence du contrôle du détournement de pouvoir : « (...) *en admettant qu'il soit souhaitable, pratiquement, de faire porter le contrôle du détournement de pouvoir sur les juridictions professionnelles, cette solution se heurterait à la difficulté, et même à l'impossibilité juridique, d'appliquer un régime différent à des pourvois formés contre des décisions ayant un même caractère juridictionnel* », Jacques CHARDEAU conclusions sur C.E.f. sect. 6 mars 1953, *abbé Giloteaux, Rec.*, p. 119-120.

⁸²⁰ Le caractère juridictionnel de cette matière « (...) *aurait encore l'inconvénient de priver les intéressés de la possibilité d'invoquer un moyen de détournement de pouvoir* », Jacques CHARDEAU conclusions sur C.E.f. Ass., 12 décembre 1953, *de Bayo, Rec.* 566 ; *R.P.D.A.* 1954, p. 6.

administratives en juridictions s'est ainsi avérée comme un procédé méritant d'être abandonné⁸²². Cette étape de transition a permis le développement d'un système de protection⁸²³ processuelle administrative et juridictionnelle⁸²⁴. Les mouvements internes⁸²⁵ et ceux imposés par l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux autorités administratives ont entamé la procéduralisation de l'activité administrative française, tout en préservant des traces importantes du système de protection exclusivement juridictionnel⁸²⁶.

Le cas colombien décrit une situation relativement similaire : au XIX^e siècle, les garanties de la défense étaient réservées à la procédure juridictionnelle en matière criminelle⁸²⁷. Ces droits ont été ultérieurement appliqués à l'ensemble de la procédure juridictionnelle⁸²⁸. Le premier Code du contentieux administratif colombien (loi n° 130 du 13 décembre 1913) ne prévoit pas une régulation de la procédure administrative. C'est seulement la loi n° 167 du 24 décembre 1941 qui introduit les concepts de procédure « *gouvernementale* »⁸²⁹ et des recours administratifs « *de la voie gouvernementale* ». Le décret-loi n° 2733 du 27 octobre 1959 régit le droit de pétition et les procédures administratives, qualifiées comme gouvernementales. Les droits processuels des administrés y sont assez développés⁸³⁰. Les bases du système actuel ont été bâties par la loi n° 58 du 28 décembre 1982⁸³¹ et développées par le Code du contentieux administratif (décret n° 01 du 2 janvier 1984, révisé par le décret-loi n° 2304 du 7 octobre 1989). L'article 29 de la Constitution de

⁸²¹ « *Enfin le dernier et, à nos yeux, le principal argument en faveur du caractère administratif a trait à la nécessité d'ouvrir un recours contentieux aux tiers dont les intérêts pourraient être lésés par une inscription irrégulière au tableau* », *idem*.

⁸²² En 1955, le commissaire CHARDEAU affirme encore que s'il s'agissait d'une juridiction, « *le Conseil d'État ne pourrait exercer aucun contrôle sur le fond (...) Il n'y aurait aucune garantie sérieuse pour les parties* », Jacques CHARDEAU conclusions sur C.E. 27 mai 1955, *Électricité de France, C.J.E.G.*, 1955, Doct., p. 48.

⁸²³ « *Les instruments non juridictionnels apparaissent dès lors comme un complément indispensable de la protection juridictionnelle des droits des administrés* », Bénédicte DELAUNAY, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, Travaux de l'A.F.D.A., n° 4, Litec, Paris, 2011, p. 212.

⁸²⁴ Le même commissaire conclut en 1956 que « (...) l'octroi des garanties d'une procédure « *de type juridictionnel* » n'a rien d'incompatible avec le fonctionnement d'un organisme de caractère administratif (...) », Jacques CHARDEAU conclusions sur C.E.f. 2 mars 1956, *Secteur Électrique du Cambrésis, C.J.E.G.*, 1956, Jur., p. 180.

⁸²⁵ Notamment celui motivé par le souci d'améliorer les relations entre l'administration et les citoyens.

⁸²⁶ Notamment en ce qui concerne les recours administratifs facultatifs.

⁸²⁷ C'était le cas de la Constitution de l'État fédéré de Cundinamarca de 1811, art. 16 et 17 et de la Constitution nationale de la République de Colombie, de 1886, art. 26.

⁸²⁸ « (...) ce droit cherchait, à l'origine, à garantir la liberté physique et, il n'a été étendu que graduellement aux instances de nature non criminelle, c'est-à-dire aux autres formes de chaque procès, selon la constitution précédente (...) », C.c.c. Sentence T-552-92, 7 octobre 1992, M.R. Fabio MORON.

⁸²⁹ Avant la loi n° 167 du 24 décembre 1941, l'administration suivait une procédure non spécifique à l'administration, conçue par application directe du Code judiciaire (loi n° 105 du 17 octobre 1931) dont l'art. 204 disposait que « *les procédures spéciales prévues dans d'autres lois seront appliquées en priorité. Néanmoins, les vides s'y trouvant seront remplis par l'application des normes de ce code judiciaire* ». Mais cette procédure était clairement inadaptée à l'administration : à l'égard des autorités administratives « *est exotique l'application des normes de la procédure civile supposant l'existence d'une autorité tierce, différente des parties en litige* », "Exposición de motivos del proyecto de ley orgánica del Consejo de Estado y de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo", 27 nov. 1939, in *Anales de la Cámara de representantes*, p. 1773.

⁸³⁰ Par exemple, l'art. 10 dispose que toute décision ayant des effets négatifs, même à l'égard des tiers, doit être notifiée. La personne affectée pourra exercer les recours administratifs. De même, l'art. 24 dispose que les actes créateurs des droits ne pouvaient pas être retirés sans l'autorisation du titulaire de ce droit. Cf. Sur l'évolution de la matière : Jaime VIDAL, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 510.

⁸³¹ Par exemple, l'art 4 dispose l'obligation de respecter les délais des procédures au risque d'encourir des sanctions disciplinaires^{et reconnaît le droit des administrés de se plaindre pour les retards}. L'art. 6 reconnaît le droit à tout intéressé de se présenter devant l'autorité et de demander à être partie dans la procédure et, l'art. 7 régit le silence administratif.

1991 formalise l'évolution législative et jurisprudentielle⁸³² visant la protection des citoyens dans la procédure d'élaboration de la décision administrative. La procédure n'a jamais été considérée comme essentiellement incompatible avec l'activité administrative et, pour cela, la jurisprudence colombienne n'a pas eu à faire recours à la création de juridictions administratives spécialisées pour protéger les administrés. Les garanties ont néanmoins fait l'objet d'une évolution. La consécration constitutionnelle du droit à la procédure régulière en matière administrative a accéléré la reconnaissance jurisprudentielle de droits processuels des administrés⁸³³, notamment par la voie de l'action en tutela⁸³⁴.

Bien que la protection des citoyens puisse être confiée, en France et en Colombie, aux autorités administratives, cela n'empêche pas l'accès potentiel des citoyens aux juridictions, remplissant une fonction de protection ultime⁸³⁵. Il s'agit d'un système qui protège tant les administrés que les justiciables. Le statut d'*usager* du service public déterminerait un changement cohérent avec ce nouveau modèle de protection. Le citoyen n'est plus objet de la décision (administré ou justiciable), mais usager des services publics administratifs ou du service public de la justice et, par là, il dispose des droits substantiels et processuels accordés à son statut.

b. La légitimation des organes par la protection procédurale

Par ailleurs, de sa fonction de protection la procédure remplit, en outre, une fonction de légitimation. Dans un système démocratique, la légitimité d'une autorité s'explique en raison des fonctions qu'elle est censée exercer à l'égard des principes du système, de la place qu'elle occupe dans l'organisation du pouvoir et du respect des formes préétablies pour l'exercice de leurs fonctions. Certes, les conditions d'accès à l'exercice des fonctions sont le facteur classique de légitimation ; mais, cela n'est pas toujours une raison de légitimité.

À l'égard des juridictions, la procédure est un facteur de légitimation de l'organe et de la décision. Les temps révolus de la légitimation des juges par la voie de l'élection⁸³⁶ ont obligé à chercher ailleurs la légitimité juridictionnelle⁸³⁷. Les juridictions agissent en tant

⁸³² Même avant la Constitution de 1991, la jurisprudence reconnaît le droit de défense en matière administrative « *La Constitution colombienne prévoit à l'article 26 cité le précieux droit à la défense dans les procès administratifs, législatifs et juridictionnels* », C.E.C. Chambre du contentieux électoral, Ordonnance du 18 oct. 1986, affaires n° E-009 et E-014, C.R. Hernán ALDANA. Mais c'est seulement à partir de 1991 que la jurisprudence du droit à la défense se développe.

⁸³³ Par exemple, le Conseil d'État a considéré qu'est méconnu le droit à la procédure régulière du droit, lorsque des preuves qui ont été demandées au cours de la voie administrative (gouvernementale), n'ont pas été produites : C.E.C. Sentence du 17 mars 2000, affaire n° 5583, C.R. Gabriel MENDOZA et C.E.C. Sentence du 26 juillet 2001, affaire n° 6549, C.R. Gabriel MENDOZA.

⁸³⁴ S'agissant d'un droit fondamental, le droit à la procédure régulière du droit est objet de la protection rapide et efficace de l'action en tutela prévue à l'art. 86 de la Const.c.

⁸³⁵ Les recours juridictionnels abandonnent la position de seul garant pour devenir « *l'ultime garant* » des droits des citoyens : Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, op. cit., p. 466.

⁸³⁶ « *Faire élire les magistrats, c'est pour l'Assemblée constituante le moyen de rompre avec l'Ancien Régime et son système de la vénalité des offices* », Grégoire BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration*, Bibliothèque de science administrative, t. 15, L.G.D.J. Paris, 1999, p. 30.

⁸³⁷ En poussant au fond les conséquences du principe contenu dans l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, d'après lequel « *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul*

qu'institutions démocratiques, grâce à leur fonction de paix sociale, à la procédure et à leur statut. Le respect des procédures préétablies est l'une des garanties essentielles de la liberté, une sauvegarde contre l'arbitraire du juge⁸³⁸. Il s'agit d'une légitimité « *liée à la nécessité de rendre une justice qui soit entendue, transparente, lisible et comprise* »⁸³⁹. Grâce à l'indépendance, à l'impartialité, à la publicité, à la motivation des décisions et, notamment, à la contradiction, il est né une « *démocratie contentieuse fondée sur la confrontation* »⁸⁴⁰. Le fonctionnement défectueux des juridictions, non seulement par l'erreur ou la prévarication, mais, aussi, par la lenteur propre à l'encombrement, mine la légitimité des juges puisqu'elle est fondée sur « (...) *la confiance des justiciables* »⁸⁴¹. La procédure remplit également cette fonction à l'égard de l'administration.

Lorsque les arguments autoritaires du droit administratif, propres à un système de privilèges, et non de garanties, laissent la place aux raisons du service et de la protection⁸⁴², le respect de la procédure devient un facteur de légitimité⁸⁴³. Les autorités administratives n'ont pas besoin d'être élues, comme l'a déterminé la Révolution de 1789, pour être légitimes. C'est dans la quête de légitimité que les autorités administratives cherchent à améliorer les relations avec les administrés, par la voie de la procéduralisation⁸⁴⁴.

Quand la structure administrative répond à une logique hiérarchique, les instruments du contrôle interne permettent d'arriver à une légitimation, tant par l'élection que par la responsabilité du supérieur hiérarchique⁸⁴⁵. Or, l'existence des autorités administratives non soumises aux structures hiérarchiques pose à nouveau la question de la légitimité démocratique⁸⁴⁶. La réponse à l'absence de légitimité démocratique est alors donnée, tant sur la base des procédures qui garantissent les droits des citoyens, que sur les procédures de

corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément », les révolutionnaires ont fait élire les juges. En mettant fin à la vénalité et à l'hérédité des charges, l'art. I, titre III de la Constitution de 1791 annonce « *le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple* ». Tombé rapidement en crise, le principe est renversé par la Constitution de l'an VIII.

⁸³⁸ « *Jhering a dit de la justice formelle : la forme est l'ennemi de l'arbitraire, la sœur jumelle de la liberté (...)* », Max WEBER, « Propos sur l'exposé d'Hermann Kantorowicz : « la science du droit et la sociologie » Congrès allemand de sociologie 1910 », in *La Sociologie du droit de Max Weber*. (J-Ph. HEURTIN et N. MOLFESSIS), Dalloz, Paris, 2006, p. 227.

⁸³⁹ Guy CANIVET, « Légitimité du juge », in *Dictionnaire de la Justice*, (Dir. Loïc CADIET), P.U.F., Paris, 2004, p. 819.

⁸⁴⁰ *Idem*.

⁸⁴¹ Yves GAUDEMET, « *Crise du juge et contentieux administratif en Droit français* », in *la crise du juge*, L.G.D.J., Paris 1996, p. 92.

⁸⁴² « (...) *en réalité, le droit administratif n'est pas un droit de privilèges ; c'est un droit de soumission (...)* », Francis-Paul BENOIT, *Le droit administratif français*, op. cit., p. 76.

⁸⁴³ « *La procédure, plus largement la procéduralisation (...) est manifestement de nos jours l'une des voies permettant d'asseoir la légitimité des organes de régulation (...)* », Laurence BOY « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », loc. cit., p. 3035.

⁸⁴⁴ En France, mises à part les successives régulations reconnaissant des droits processuels des administrés, l'instauration des procédures de médiation, en 1973 (loi du 3 janvier 1973), par la création du Médiateur de la République est aussi le résultat d'une quête de légitimité administrative.

⁸⁴⁵ L'art. 20 de la Constitution française attribue au gouvernement la conduite de la politique de la Nation et dispose que le Premier ministre dirige le gouvernement. Les administrateurs relèvent de l'autorité du Premier ministre (décret du 26 nov. 1964). Les ministres sont chefs de leurs départements ministériels. De son côté, l'article 189 de la Const.c. place le Président de la République comme suprême autorité administrative et l'art. 44. de la loi 489 de 1998 attribue aux ministres et aux directeurs de département administratif, la détermination des politiques d'administration générale du secteur administratif qu'ils animent.

⁸⁴⁶ Martine LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.* 2005, p. 530.

contrôle sur les actes et sur l'autorité même⁸⁴⁷. L'indépendance de ces organes à l'égard des influences du pouvoir politique et du pouvoir économique est aussi considérée comme sources de leur légitimité⁸⁴⁸. Ainsi, l'efficacité de leur intervention ne suffirait pas à légitimer leur action⁸⁴⁹, car il y est aussi exigé la protection efficace des droits des citoyens et celle-ci ne peut pas être réservée au contrôle juridictionnel exercé sur les actes de cette autorité. Le rapport établi entre la légitimité des autorités indépendantes et les garanties procédurales est étroit à un point tel que, par contrecoup, la légitimité des autorités classiques est mise en doute⁸⁵⁰; tout se passe comme si pour être légitime il fallait être séparé de l'administration classique.

La procédure, partagée par l'administration et la juridiction, remplit une fonction de protection; elle ne peut plus être considérée comme un facteur de juridictionnalisation⁸⁵¹. La juridictionnalisation d'un organe ne passe plus par son indépendance, aujourd'hui reconnue à certaines autorités administratives, ni par sa spécialisation contentieuse⁸⁵². Là où les garanties processuelles sont placées, il y aura l'exercice d'une fonction de protection. Là où elles sont exercées pleinement, il y aura une intervention *a priori* légitime. En conséquence, ce n'est pas dans les garanties processuelles que se trouve cette spécificité formelle pouvant définir la juridiction. Il est donc nécessaire de s'intéresser aux définitions issues de l'organe juridictionnel.

§2. La définition liée à l'organe juridictionnel

Ni l'organe juridictionnel ne pourrait être défini comme indépendant et impartial ni la fonction juridictionnelle comme celle exercée par l'organe ayant ces caractéristiques. Ces garanties, qui doivent être présentes dans toutes les juridictions, mais qui ne sont pas exclusivement juridictionnelles⁸⁵³, font partie des indices de la juridiction qui ne peuvent être interprétés qu'avec suspicion. En réalité, la présence d'un organe juridictionnel emporterait des éléments propres pouvant le caractériser, tels que les effets de la chose jugée sur les décisions qu'il prend, le type de contrôle exercé sur ses actes et la détermination de la nature

⁸⁴⁷ Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 117.

⁸⁴⁸ Jean MARIMBERT, « Les conditions de l'indépendance comme facteur de légitimité », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 83.

⁸⁴⁹ Dans ce contexte post-moderne, la différence entre légitimité et efficacité n'est pas aussi tranchée et l'absence d'efficacité peut nuire à la légitimité.

⁸⁵⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 326.

⁸⁵¹ Par exemple, dans les cas des recours administratifs, la prévision d'une procédure est considérée comme un indice de son caractère obligatoire. Ainsi, il a été considéré, à cette fin, qu'« il ne suffit pas, à notre avis, qu'un texte ait prévu la possibilité de saisir une instance administrative; il faut aussi qu'il l'ait organisée de telle sorte que cette procédure apparaisse soit comme la modalité normale d'élaboration d'une décision administrative, soit, ou en même temps, comme un véritable précontentieux destiné à donner des garanties particulières aux administrés », Alain BACQUET, conclusions sur C.E.f. 1^{er} fév. 1980, *Clinique Ambroise Paré, Rec.*, p. 62, *R.D.S.S.*, 1980, p. 359.

⁸⁵² La spécialisation contentieuse est présente notamment dans le collège de l'Autorité des marchés financiers et celle de régulation des jeux en ligne (art. L. 621-2 du Code monétaire et financier, pour l'A.M.F. et article 35 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010, pour l'A.R.J.E.L.) « (...) constater que la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers n'est nullement une juridiction; mais, un organe administratif seulement investi d'une fonction contentieuse, c'est avouer que le droit administratif rebrousse chemin, puisqu'il irait alors à rebours de l'évolution que connut le Conseil d'État tout au long du XIX^e siècle (...) », Delphine COSTA, « L'autorité des marchés financiers : Juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », loc.cit., p. 1180.

⁸⁵³ Il s'agit des garanties qui sont nécessairement, mais non exclusivement juridictionnelles.

juridictionnelle des matières sur lesquelles il décide. Le rapport entre la chose jugée et les décisions juridictionnelles (A) pourraient déterminer la définition du juridictionnel. Néanmoins, ce critère reste insuffisant ; il faudra avoir recours à l'identification formelle du juridictionnel (B).

A. La chose jugée et les décisions juridictionnelles

Gaston JEZE prétendait donner une définition matérielle, lorsqu'il a adopté la chose jugée comme l'élément déterminant de l'identification de la juridiction⁸⁵⁴. La postérité a donné raison à JEZE, tout en précisant, avec raison, que la chose jugée est le plus formel des critères non matériels⁸⁵⁵. Il est vrai que la chose jugée est un attribut exclusivement juridictionnel (1) ; mais, cela est un critère insuffisant (2) pour la définition du juridictionnel.

1. Un attribut exclusivement juridictionnel

La doctrine publiciste aurait trouvé, dans la chose jugée, l'élément caractéristique et exclusif du juridictionnel⁸⁵⁶. Pour de nombreux auteurs y est fixé le critère de différence entre juridiction et administration (a). Cette doctrine est critiquée en raison de l'existence d'une certaine chose jugée administrative (b). La réponse à ces critiques exige de donner la définition de la chose jugée (c), pouvant la différencier de la chose décidée.

a. Le critère de différence entre la juridiction et l'administration

Puisque matériellement il n'existe pas de différences entre les fonctions administratives et juridictionnelles, une même décision serait juridictionnelle ou administrative en raison de la force s'y attachant. La chose jugée serait le seul élément réservé exclusivement aux décisions juridictionnelles. Ainsi, pour différencier les actes, il ne faudrait pas s'intéresser à leur contenu, mais, à leurs effets. Au début du XXe siècle, DUGUIT et JEZE

⁸⁵⁴ Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *loc. cit.*, p. 668. Ultérieurement, JEZE développe l'idée de la spécificité de l'acte juridictionnel et confirme que c'est la chose jugée, même s'il affirme que la définition ne peut pas être formelle : Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 48 et 226. La thèse de M^{me} D'AMBRA prétend aussi donner une définition matérielle de la juridiction, tout en affirmant que : « la décision contentieuse est celle qui met fin à un litige entre deux adversaires (...) », Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, *op. cit.*, p. 274.

⁸⁵⁵ « M. Jèze paraît présenter (ibid.) ce critérium (sic) comme matériel, et non formel alors que l'autorité de chose jugée nous paraît au premier chef un élément formel de la décision du juge (...) », Marcel WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *loc. cit.*, note 1, p. 571. « (...) utilisant ce critère – celui de la chose jugée –, ils quittent la thèse fonctionnelle et adoptent un critère formel », Isabel BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 142.

⁸⁵⁶ Afin de comparer les systèmes, il est nécessaire de faire référence au « juridictionnel », compte tenu du fait que la Constitution colombienne autorise l'exercice des fonctions juridictionnelles à l'administration par des décisions ayant force de chose jugée. Ainsi, la chose jugée serait tant en France qu'en Colombie, l'élément propre de la fonction juridictionnelle ; mais, la chose jugée ne serait pas, en principe, un élément lié organiquement aux juridictions colombiennes. Néanmoins, il sera expliqué comment, en réalité, la chose jugée est aussi, en Colombie, un élément organiquement juridictionnel.

partagent l'intention de donner une définition matérielle de l'acte juridictionnel⁸⁵⁷ ; mais, rapidement, en 1909, JEZE s'en éloigne⁸⁵⁸ : tout en déterminant que « *le critérium doit être cherché dans la mission du juge* »⁸⁵⁹, l'auteur conclut que ce qui caractérise cette mission, c'est la force de chose jugée qui s'attache à la constatation et qui constitue « (...) *la raison d'être de leur existence* »⁸⁶⁰. La thèse de JEZE fait fortune⁸⁶¹ et elle est suivie par un secteur de la doctrine privatiste⁸⁶². Par ailleurs, même si BONNARD cherche une définition matérielle de la fonction juridictionnelle, il conclut que l'organe juridictionnel se caractérise par la chose jugée⁸⁶³. Pour Marcel WALINE, la chose jugée est le trait qui distingue fondamentalement la décision de justice⁸⁶⁴, alors que pour le professeur CHEVALLIER, la chose jugée constitue, à l'égard des actes juridictionnels, le « (...) *trait caractéristique de leur régime* »⁸⁶⁵. D'après lui, la séparation de l'administration active de la juridiction administrative ne constitue nullement un monopole fonctionnel sur le contentieux, mais une exclusivité des juridictions sur la chose jugée⁸⁶⁶. Le critère de la chose jugée serait tellement déterminant à l'égard du juridictionnel, qu'il détermine que seules les décisions prises par le juge ayant force de chose jugée sont juridictionnelles, tandis que celles dépourvues d'un tel effet, auraient une nature différente⁸⁶⁷.

Munie de ce critère, la doctrine est portée à accepter l'activité contentieuse de

⁸⁵⁷ Dans la première édition de ses Principes, JEZE avait affirmé que l'acte juridictionnel « *c'est celui par lequel les agents constatent l'existence d'une situation juridique pour un individu, en mesurant l'étendue, déclarent que cette situation doit se réaliser, enfin menacent de la force publique tous ceux qui seraient tentés de s'y opposer* », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1^{er}, éd. de 1904, *op. cit.*, p. 57. En 1906, DUGUIT présente une définition semblable. L'acte juridictionnel se constituerait d'une constatation et d'une condamnation prise en forme de syllogisme : Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *loc. cit.*, p. 467. Mais en 1909, JEZE ajoute à la définition son idée de la chose jugée : Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *loc. cit.*, p. 668.

⁸⁵⁸ Pour qui l'élément caractéristique de l'acte juridictionnel, composé d'une contestation et une décision, c'est la nature spéciale de la prétention. Cf. Léon DUGUIT, « La fonction juridictionnelle », *R.D.P.* 1922, p. 170.

⁸⁵⁹ « *À mon avis, il faut mettre de côté, pour résoudre cette question, la qualité de l'auteur de l'acte, les formes dans lesquelles l'acte est accompli, les facilités données par la loi pour assurer l'exécution de l'acte, et, d'une manière générale, tous les éléments formels. Le critérium doit être cherché dans la mission du juge* », Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *loc. cit.*, p. 667.

⁸⁶⁰ « *La constatation, c'est la mission essentielle du juge, c'est la raison d'être de son existence. Mais cette constatation n'est pas une constatation quelconque ; elle a une nature propre. C'est la certification d'une chose comme vérité légale (autorité de chose jugée)* », *ibidem*, p. 668.

⁸⁶¹ Bien que DUGUIT confirme sa définition : Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, Fontemoing, Paris, 1911, p. 263, en 1922, DUGUIT donnerait finalement raison à JEZE : « *Notre collègue et ami a pleinement raison sur ce point* », Léon DUGUIT, « La fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 171.

⁸⁶² La juridiction « (...) *c'est le pouvoir, reconnu par la loi à certaines personnes, de trancher les litiges par des décisions ayant l'autorité de la chose jugée* », René JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Arthur Rousseau, Paris, 1916, p. 107.

⁸⁶³ Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *op. cit.*, p. 23.

⁸⁶⁴ L'acte administratif est dépourvu de « (...) *l'autorité de la chose jugée, c'est même ce qui le distingue fondamentalement de la décision de justice ; par conséquent, les faits que constate un acte administratif peuvent être remis en question devant le juge (...) et ne lient pas l'administration elle-même lorsqu'elle statue sur les mêmes faits à un autre point de vue (...)* », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd. *op. cit.*, p. 548.

⁸⁶⁵ « *C'est exclusivement par son régime que l'acte juridictionnel peut être distingué des autres actes étatiques. Ce régime s'exprime par l'autorité de la chose jugée, qui représente l'élément de différenciation nécessaire et suffisant, notamment par rapport aux simples actes administratifs* » (...) « *Ainsi conçue, l'autorité de la chose jugée s'attache aux seuls actes juridictionnels, et représente à ce titre le trait caractéristique de leur régime* », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 285-286.

⁸⁶⁶ « (...) *l'indépendance de l'administration active implique sa compétence exclusive pour prendre des actes administratifs, et l'indépendance de la juridiction administrative implique de façon symétrique sa compétence exclusive pour rendre des décisions dotées de l'autorité de la chose jugée* », Jacques CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *loc. cit.*, p. 75.

⁸⁶⁷ Cf. Gérard COUCHEZ, *Procédure civile*, 15^e éd. Sirey, Paris, 2008, n° 211.

l'administration sans affirmer qu'il s'agit d'une fonction juridictionnelle⁸⁶⁸. Bien que l'administration soit conduite à exercer des fonctions contentieuses, les décisions dans cette matière resteront administratives, car la contestation pourra être présentée ultérieurement devant la juridiction⁸⁶⁹. Le contrôle exercé sur ces décisions sera juridictionnel, en tant que définitif⁸⁷⁰. Dans cette présentation, la difficulté pour accepter la chose jugée comme spécifique à la juridiction apparaît lorsque l'on s'interroge sur la définition de cet élément. Si la chose jugée consistait à la stabilité de la décision, il y aurait des actes de l'administration jouant des effets dits de chose jugée.

b. La chose jugée administrative

Sous la rubrique du rapport entre la chose jugée et l'acte administratif, trois situations différentes doivent être distinguées : l'idée de la chose jugée administrative, celle de la chose jugée de certains actes administratifs et celle de la chose décidée.

Tout d'abord, la chose jugée administrative consiste en l'effet des décisions prononcées par la juridiction administrative. Les particularités propres du système français avaient conduit Otto MAYER à théoriser sur la chose jugée des « *actes administratifs* » adoptés par la juridiction administrative⁸⁷¹. Cette explication serait datée en raison du fait qu'il est accepté que les décisions de la juridiction administrative sont des actes juridictionnels⁸⁷². Or, l'explication que prétend donner Otto MAYER de la chose jugée des décisions de la juridiction administrative française a été interprétée, sous d'autres latitudes, comme la possibilité pour

⁸⁶⁸ BOGNETI reconnaît un nouveau dessein de la séparation des pouvoirs à l'égard de l'état néo-libéral et de l'État social-démocrate (état social) ; il reconnaît que dans de nombreux cas l'administration tranche des litiges en laissant à la juridiction seulement la résolution des recours contre ces décisions. Par conséquent, il redéfinit la fonction juridictionnelle comme « *La fonction de garantir définitivement, à partir d'une position d'indépendance et de « neutralité », la correcte application du droit à la situation concrète (...)* », Giovanni BOGNETI, *La divisione dei poteri*, op. cit., p. 87.

⁸⁶⁹ « *Juger, au sens technique du mot, c'est statuer sur une question contentieuse, non pas par une décision quelconque (les autorités administratives sont appelées à le faire constamment quand elles assurent le fonctionnement des services publics, et leur décision n'en reste pas moins un acte administratif) (...)* ». « *En nous référant, dans cette question difficile de la définition de l'acte juridictionnel, à la théorie qui caractérise l'acte de juridiction par la force particulière attachée à la décision qui statue sur le point litigieux (...)* », Julien LAFERRIERE, « *Chronique législative, 2^e étude* », R.D.P. 1921, p. 133-134.

⁸⁷⁰ « *La caractéristique de la juridiction (...) c'est d'être une puissance consistant à imprimer aux décisions émises par la voie juridictionnelle la valeur et la force spéciales de la chose jugée (...)* », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit. p. 812. En ce sens, les commissions considérées comme des juridictions administratives spécialisées ne se différencient d'une commission administrative, qu'en raison de la chose jugée attachée à leurs décisions. « *Nous savons donc ce que l'on considère actuellement le plus communément comme une juridiction : c'est un organisme dont les décisions sont revêtues de l'autorité de la chose jugée* », Pierre ARNAUD, *Les Commissions administratives à caractère juridictionnel*, op. cit., p. 80.

⁸⁷¹ « *La justice administrative (...) est l'activité en vue d'accomplir un acte administratif avec admission des intéressés comme parties et avec cet effet que l'acte soit susceptible d'entrer en force de chose jugée, - tout cela dans le sens de la procédure civile* » (...) « *La justice administrative ainsi comprise se présente comme une forme particulière dans laquelle un acte administratif peut être accompli (...)* », Otto MAYER, *Le droit administratif allemand*, op. cit., p. 223-224. « *L'acte de juridiction n'est autre chose que l'acte administratif que nous appelons une décision (...)* », *ibidem*, p. 210.

⁸⁷² Lorsque notamment HAURIOU, DUGUIT, JEZE, BONNARD essaient de définir soit la fonction juridictionnelle, la juridiction ou l'acte juridictionnel, ils y entendent déjà la situation de la juridiction administrative française. D'ailleurs, c'est justement le fait que dans le système français la juridiction administrative se place à l'intérieur de l'administration ce qui les motive à trouver le critère pour différencier les organes, les actes ou les fonctions juridictionnels des administratifs. On parle alors d'actes juridictionnels ou d'« *actes de juridiction* » : René LOTH, *L'autorité de la chose jugée en matière administrative*, thèse, éd. Camille Robbe, Lille, 1911, p. 26.

certaines actes administratifs de disposer des effets de la chose jugée, en dehors du contexte propre de la juridiction administrative française. Ainsi, la Cour suprême argentine, suivant les explications de MAYER⁸⁷³, et la doctrine argentine ont élaboré la théorie de la « *chose jugée administrative* », consistant à la stabilité des actes administratifs créateurs de droits subjectifs⁸⁷⁴. Cette théorie a été aussi reçue au Chili⁸⁷⁵. On voit bien que l'influence de MAYER n'a conduit qu'à un abus de langage, n'empêchant pas de différencier entre une telle « *chose jugée administrative* » et la véritable chose « *jugée* »⁸⁷⁶.

Ensuite, il est des théories qui, véritablement, ont nié l'exclusivité juridictionnelle sur la chose jugée par l'énonciation de la théorie de la chose jugée des actes administratifs. MERKL prétend établir une théorie générale du droit administratif qui dépasse les particularismes de chaque pays. Pour cela, il affirme que tous les actes administratifs, de même que les actes législatifs peuvent avoir les effets de la chose jugée⁸⁷⁷. L'influence de MERKL sur la législation autrichienne attribuait l'autorité de chose jugée aux « *décisions déclaratives* » des autorités administratives⁸⁷⁸. Cette théorie a été reçue en Espagne par DIEZ-PICAZO pour qui il n'est pas possible de différencier la juridiction et l'administration à partir de la chose jugée puisque les actes administratifs, après le délai de contestation, sont aussi irrévocables que les actes juridictionnels⁸⁷⁹. La doctrine italienne a élaboré la théorie de la « *decisione amministrativa* » consistant à un acte pris par l'administration dans un contexte contentieux et qui, pour cela, aurait des effets de chose jugée⁸⁸⁰.

Enfin, la théorie de la chose décidée. Le terme a été introduit par HAURIUO qui, dans un

⁸⁷³ Juan LINARES, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 353.

⁸⁷⁴ « *La chose jugée administrative consiste en l'inaltérabilité dont disposent certains actes administratifs dont il est impossible pour l'administration, de déroger, de modifier ou de les substituer, hormis le cas d'une loi préalable autorisant une telle altération* », *ibidem*, p. 343. Pour la Cour suprême argentine un acte a les effets de la chose jugée lorsqu'il est : individuel, unilatéral, d'administration active, régulier, créateur de droits subjectifs, il n'est plus objet de recours, il a été pris par une compétence non discrétionnaire et il n'y a pas une autorisation législative pour le modifier. Cf. *idem*, p. 351-352.

⁸⁷⁵ « *La chose jugée peut être reconnue, d'un point de vue formel, à l'égard de ces actes qui deviennent stables en raison de l'expiration des délais pour exercer les recours contre les décisions administratives* », María MARFÁN, *La cosa juzgada administrativa en la Administración no contenciosa*, Universidad de Chile, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972, p. 142.

⁸⁷⁶ Expression « *impropre et défectueuse* », Juan LINARES, *Cosa juzgada administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, éd. Kraft, Buenos Aires, 1956, p. 13. « (...) l'expression "chose jugée" ne reflète pas complètement la richesse de son contenu », María MARFÁN, *La cosa juzgada administrativa en la Administración no contenciosa*, op. cit., p. 19. « *L'appellation est peut-être défectueuse ; mais, il faudrait donner quelque nom à cela* », Juan LINARES, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 350.

⁸⁷⁷ Adolf MEKRL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien u. Berlin, Springer, 1927, p. 208. « *Elle consiste dans l'immutabilité de cet acte, dans le fait qu'il ne peut être ni détruit ni remplacé par un autre (...) l'autorité juridique se pose de la même façon pour toutes les fonctions de l'État parce qu'elle ne se fonde pas sur les caractères spécifiques des fonctions, mais sur l'idée même de norme juridique* », Roger BONNARD, « *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl* », *R.D.P.* 1928, p. 28.

⁸⁷⁸ Les actes déclaratifs, par opposition aux actes constitutifs, ne font qu'appliquer le droit à une situation déjà constituée : Michel STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, collection de l'Institut français d'Athènes, n° 82, Athènes, 1954, p. 250. Cette classification des actes administratifs a été supprimée en 1925 : la loi du 21 juillet 1925 généralise le régime de l'irrévocabilité des actes créateurs de droits sauf pour raisons énumérées par la loi.

⁸⁷⁹ Luis DIEZ-PICAZO, *Régimen constitucional del poder judicial*, Ed Civitas, Madrid, 1991 et « *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial* », *Revista española de Derecho constitucional*, n° 34, janv.-avril, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1992, p. 23 et suiv.

⁸⁸⁰ La théorie de la *decisione amministrativa* a été originalement conçue pour définir les actes de l'administration en matière contentieuse et dont la doctrine prétendait reconnaître des effets de la chose jugée ; mais, l'art. 3 de la loi 241 de 1990 a utilisé le terme dans un sens général ainsi devenu synonyme de *provvedimento*, cf. Elio CASSETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, 3^e éd. Giufrè, , Milano, 2003, p. 275.

article de 1911, fait non seulement référence à la chose décidée par l'administration, mais aussi, à la chose légiférée et à la chose jugée⁸⁸¹. Il y définit la chose décidée comme « *l'autorité qui s'attache aux décisions exécutoires de l'administration* », consistant au « *bénéfice de l'exécution préalable* »⁸⁸². On voit bien que chez HAURIOU la chose décidée, jugée ou légiférée consiste à la validité de ces actes jusqu'à la révision de la loi, de la décision de justice ou de l'annulation de l'acte⁸⁸³ et cette validité explique leur force pour créer ou modifier des situations juridiques⁸⁸⁴. C'est LANGROD qui assimile la chose décidée à l'intangibilité de la « *chose définitivement décidée* »⁸⁸⁵.

Certes, on pourrait affirmer que la chose jugée ne peut pas caractériser la décision juridictionnelle puisque la décision administrative aurait des effets semblables – de chose décidée⁸⁸⁶ –, lorsque l'acte devient incontestable d'un point de vue procédural et définitif lorsqu'il n'est pas possible à l'administration de le retirer elle-même, en raison des droits que cela a créés. Dans ce cas, la force de chose décidée serait formelle puisque aucune voie de recours n'est ouverte, et matérielle car le retrait n'est pas possible. Mais la chose décidée n'est pas complètement l'équivalent de la chose jugée⁸⁸⁷. Pour le démontrer, il faut analyser ce en quoi consiste véritablement la chose jugée qui reste exclusivement juridictionnelle.

c. La définition de la chose jugée

Si l'on définissait la chose jugée comme la présomption de vérité légale, on pourrait rétorquer que la décision des juges, en matière gracieuse, est aussi présumée vraie et que l'acte administratif est, quant à lui, présumé légal. Que la chose jugée entraîne le caractère définitif de la décision, on pourrait riposter qu'une fois décidés les recours ou expiré le délai pour les exercer, l'acte administratif est définitif. Si l'on considérait que la chose jugée interdit au juge de revenir sur sa décision, l'on pourrait répondre que l'administrateur est dans la même situation lorsque l'acte a créé des droits pour une personne. D'ailleurs, tant la chose jugée que la chose décidée donne lieu à exécution. Pour pouvoir accepter l'exclusivité juridictionnelle sur la chose jugée, il est nécessaire de préciser que la présomption de vérité n'est pas assimilable à celle de légalité, que le caractère définitif de la chose jugée n'a pas les mêmes conséquences que le caractère définitif d'un acte administratif, et que le

⁸⁸¹ Maurice HAURIOU, « Les idées de M. Duguit », *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, p. 5

⁸⁸² *Idem*, p. 23.

⁸⁸³ *Idem*, p. 24.

⁸⁸⁴ Il faut être prudent avec le contenu de l'expression « *décision exécutoire* » qui peut avoir plusieurs significations : privilège du préalable, présomption de légalité, modification de l'ordre juridique et, même, chez HAURIOU, la possibilité d'exécution d'office.

⁸⁸⁵ Georges LANGROD, « Remarques sur l'autorité des décisions administratives », *R.D.P.* 1948, p. 20.

⁸⁸⁶ Jaime VIDAL, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 512.

⁸⁸⁷ « *Dans ces cas exceptionnels, nous ne parlons pas de force de chose jugée, mais d'une « irrévocabilité » ayant pour fondement « le besoin de stabiliser les situations administratives* », Michel STASSINOPOULOS, *Traité des actes administratifs*, *op. cit.*, p. 252-253. De ce point de vue, lorsque l'art. 164 de la loi colombienne n° 734 du 5 fév. 2002, portant le Code disciplinaire unique dispose que la clôture définitive de l'enquête disciplinaire « *aura des effets de chose jugée* », il faut interpréter que le terme a été utilisé d'une façon non technique : soit cette norme ne fait référence qu'aux hypothèses où la sanction disciplinaire est prononcée par une juridiction, soit elle entend ici par chose jugée, le caractère définitif de la clôture. Cette interprétation est cohérente avec les normes auxquelles cette norme fait renvoi pour la détermination des raisons de la clôture.

dessaisissement du juge n'est pas assimilable aux limitations au retrait et à l'abrogation des actes administratifs.

Premièrement, la chose jugée et la force de vérité légale : « *res judicata pro veritate habetur* » : la chose jugée est tenue par la vérité. La décision juridictionnelle est légalement présumée⁸⁸⁸ se conformer à la vérité. Pour des raisons de « *paix sociale* »⁸⁸⁹, les décisions de la juridiction ne peuvent pas être remises en question. Ainsi, la présomption de véracité et de conformité juridique serait la caractéristique des actes juridictionnels⁸⁹⁰. Même si les actes administratifs sont couverts par une présomption de légalité, ils peuvent être l'objet d'une contestation ultérieure, notamment par la voie de l'exception d'illégalité⁸⁹¹ ou, par la voie des demandes de responsabilité pour des dommages provoqués par des actes illégaux⁸⁹².

Deuxièmement, la chose jugée détermine l'exécution même forcée de la décision et son caractère obligatoire⁸⁹³. Ainsi, la chose jugée ne s'appliquerait aux décisions de justice qu'après l'expiration des délais des recours ou une fois qu'ils ont été décidés, hormis le cas où l'exercice des recours ne suspend pas l'exécution de la décision, par l'effet dévolutif⁸⁹⁴. Définie de cette façon, la chose jugée serait aussi partagée par les actes administratifs puisqu'ils sont obligatoires et exécutoires. Néanmoins, l'exécution forcée des actes administratifs, en droit français, n'est possible, en général, que par l'intervention d'autorité judiciaire⁸⁹⁵. En droit colombien, la règle est inverse⁸⁹⁶.

⁸⁸⁸ « (...) la chose jugée est simplement présumée être conforme à la vérité, *pro veritate habetur*, elle est érigée artificiellement par l'ordre juridique en vérité de la sphère du droit », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit. p. 787. En revanche, pour le professeur colombien Jairo PARRA, la fin du procès c'est l'obtention de la seule vérité, en niant par là la différence entre une vérité processuelle et une certaine vérité réelle : « *Lorsqu'on suit des formalités pour construire l'affaire à partir des preuves, on ne tente pas de créer une espèce de vérité qui soit différente de la « vérité unique » (...) les limitations de preuves ne sont pas d'une telle importance qui puissent nous éloigner de la seule vérité : la vérité réelle ou matérielle* », Jairo PARRA, *Manual de Derecho Probatorio*, 11^e éd., éd. Librería del profesional, Bogota, 2001, p. 121.

⁸⁸⁹ « *Pour maintenir la paix sociale entre les hommes, il faut que les procès aient une fin : il importe que les constatations régulièrement faites par le juge soient tenues pour exactes et ne puissent être remises en question* », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, op. cit., p. 257.

⁸⁹⁰ Miguel ROJAS, *Introducción a la teoría del proceso*, op. cit., p. 143.

⁸⁹¹ « *Par exemple, un règlement à l'égard duquel le délai du recours pour excès de pouvoir est expiré pourra faire l'objet d'une exception d'illégalité à l'occasion d'un recours dirigé contre une mesure d'application* », Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, *Droit administratif*, 9^e éd. P.U.F., Paris, 1984, p. 282.

⁸⁹² L'illégalité de l'acte sera constatée aux fins de la responsabilité ; mais, l'acte ne pourra pas être annulé : C.E.f. 3 déc. 1952, *Dubois*, J.C.P. 2, 7353, note VEDEL.

⁸⁹³ Hernán LOPEZ, *Instituciones de derecho procesal civil*, t. I, op. cit., p. 593.

⁸⁹⁴ Devant la juridiction administrative française les recours ont, pour règle générale, l'effet dévolutif : C.E.f. 22 avril 1932, *Élections de Bologne*, Rec., p. 411 et art. L. 4 et R. 811-14 C.J.A. En revanche, en droit administratif colombien, les recours en appel contre les décisions juridictionnelles ont, en règle générale, un effet suspensif : art. 243 C.P.A.C.A. En droit privé, l'article 561 du C.p.c.f. précise que « *l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en droit en fait* ». L'art. 354 du C.p.c.c. régule les effets de l'appel qui a, par principe, des effets dévolutifs.

⁸⁹⁵ Sauf, par exemple, dans une situation d'urgence : T.c.f. 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, G.A.J.A. 18^e éd. op. cit., n° 10 ; S., 1904, 3, p. 17 concl. ROMIEU.

⁸⁹⁶ « (...) caractère exécutoire des actes pris par les autorités : hormis le cas d'une loi expressément contraire, les actes qui ne sont plus susceptibles d'être contestés, à la fin de la procédure administrative suffiront, par eux-mêmes, afin que l'administration puisse par elle-même les exécuter immédiatement. En conséquence, l'exécution matérielle sera possible sans l'intervention d'une autorité. À cette fin, il sera possible de demander l'appui ou l'aide de la Police nationale », art. 89 C.P.A.C.A. L'ancien C.C.A., art. 64 utilisait les termes 'exécutif' et 'exécutoire'. La jurisprudence précise que « *Deux caractéristiques sont alors attribuées à l'acte administratif qui ne peuvent plus être contestés : le caractère exécutif et exécutoire qui sont des concepts différents. Le caractère exécutif fait référence à la force obligatoire et la possibilité de l'acte administratif d'être un titre d'exécution valable. En revanche, le caractère exécutoire consiste en la faculté de l'administration d'exécuter par elle-même*

Troisièmement, la chose jugée implique l'impossibilité d'exercer des recours contre la décision. Il s'agit de l'intangibilité procédurale de la décision, notamment pour l'expiration des délais des recours. Cela pourrait être considéré comme le seul critère valable⁸⁹⁷ pour définir la chose jugée puisque les attributs de vérité légale et le caractère exécutif et obligatoire sont aussi caractéristiques des décisions sur la matière gracieuse sans, pour autant, être revêtus de force de chose jugée⁸⁹⁸ ; pour un changement de circonstances et moyennant un recours, la décision gracieuse pourra être modifiée. C'est grâce à cette définition que l'on a pu défendre le caractère juridictionnel des décisions du Conseil constitutionnel français dont la nature juridictionnelle s'avérait douteuse et l'on aurait pu le considérer comme une troisième chambre du Parlement : la chambre constitutionnelle⁸⁹⁹. Or, de ce point de vue, les actes administratifs peuvent aussi devenir incontestables. D'ailleurs, un des arguments qui ont été soulevés en faveur du ministre-juge du XIXe siècle, c'était le fait qu'ils ne pouvaient être contestés que dans un certain délai au bout duquel l'acte était incontestable⁹⁰⁰. Cela conduit à l'absurde d'affirmer que tout acte qui doit être contesté dans un certain délai est juridictionnel. En ce sens, la chose jugée signifierait, certes, l'intangibilité procédurale de la décision ; mais, cette définition ne se suffit pas à elle-même⁹⁰¹.

Quatrièmement, la chose jugée entraîne le dessaisissement définitif du juge. À la différence de l'acte administratif, l'acte juridictionnel dessaisit le juge dès son prononcé⁹⁰². Cela signifie que, non seulement celui qui a pris la décision ne pourra pas, de sa propre

ces actes. Or, l'administration n'a pas toujours la possibilité d'exécuter elle-même ses décisions obligatoires », C.E.c. Opinion dissidente du conseiller Mario MENDEZ à la sentence de la section 5, 7 déc. 1995, C.R. Mirén DE LA LOMBANA, affaire n° 487. Cela arrive notamment lorsque les actes n'ont pas été exécutés dans le délai de cinq ans. Il s'agit d'actes qui ont perdu leur caractère obligatoire, donc leur force exécutoire, d'après l'art. 91, n° 3 du C.P.A.C.A.

⁸⁹⁷ « (...) la chose jugée n'est ni ce qui a été décidé ni la déclaration de certitude ; mais, c'est une spécificité de ce qui a été décidé : cela n'est pas discutable ou contestable en raison de la manifestation substantielle du juge (...) », Luis ACERO, *La creación judicial del derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 91, voir aussi p. 90.

⁸⁹⁸ On peut comprendre, par là, que la plaidoirie en faveur de la chose jugée des décisions concernant la matière gracieuse dépendra de ce que chaque auteur considère comme tel.

⁸⁹⁹ D'après l'art 62 al. 2 de la Const.f., « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours », et, pour cela, il s'agit d'une juridiction : C.c.f. Décision n° 58-90 bis, 5 mai 1959, *Rec.*, p. 223. Cf. François LUCHAIRE, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *R.D.P.* 1979, p. 27-52 ; François LUCHAIRE, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est-elle exactement celle de la chose jugée ? », in *Le Conseil constitutionnel*, t. II : jurisprudence, 2^e éd. Economica, Paris, 1998, § 17, p. 11-12. Le professeur RENOUX choisit l'explication de l'autorité qui s'attache en vertu de l'article 62 de la Constitution : Thierry RENOUX, « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, p. 853.

⁹⁰⁰ Un des arguments pour défendre la nature juridictionnelle des décisions des ministres français, sous la théorie du ministre-juge, c'était l'obligation d'exercer ces recours dans un certain délai : Cependant, « il n'y a donc aucune corrélation nécessaire entre la nature de l'acte à déférer, soit au conseil, soit à une juridiction administrative quelconque, et l'obligation de réclamer dans un délai fixe », Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, « Les ministres sont-ils juges ordinaires du contentieux administratif ? », *loc. cit.*, p. 26.

⁹⁰¹ Face à l'impossibilité de retirer les actes ayant créé des droits, au-delà du délai du recours juridictionnel « La véritable explication semble être ce que j'appellerais la « contagion » de la règle qui limite à deux mois la possibilité de demander à la juridiction administrative l'annulation de l'acte (...) après ces deux mois (...) le souci de légalité est sacrifié à celui de la stabilité des situations », Marcel WALINE, note sous C.E.f. 3 fév. 1956, de Fontbonne, *R.D.P.* 1956, p. 862.

⁹⁰² « Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche », art. 481 al 1^{er} C.p.c.f.

initiative, revenir sur elle⁹⁰³; mais, aussi, que la même affaire, entre les mêmes parties et par une même *causa petendi*, ne pourra pas être présentée à nouveau devant n'importe quelle autre juridiction⁹⁰⁴. La chose jugée pourra ainsi empêcher un nouveau procès⁹⁰⁵. En revanche, la nature même des actes administratifs est l'instabilité, la tendance à être remplacés ou supprimés d'office⁹⁰⁶: en droit français, l'auteur de l'acte dispose, par principe, de la possibilité de les retirer avec des effets rétroactifs, c'est-à-dire *ex tunc*⁹⁰⁷ ou, au moins, de l'abroger pour le futur ou *ex nunc*⁹⁰⁸, comme c'est le cas en droit colombien. « *L'acte administratif « définitif » demeure sous l'empire d'un principe de mutabilité* »⁹⁰⁹ et, par ailleurs, l'administration est obligée d'y revenir lorsqu'il est illégal. Par conséquent, il n'est pas possible d'assimiler la chose jugée⁹¹⁰ aux limitations au retrait ou à l'abrogation des actes administratifs, en raison notamment des droits qu'ils ont créés⁹¹¹. Hormis le cas des recours, le juge ne pourra pas revenir sur sa décision⁹¹², même avec l'autorisation du titulaire des droits créés⁹¹³: la chose jugée n'est pas seulement établie en faveur du vainqueur du procès⁹¹⁴.

⁹⁰³ Le juge est dessaisi à un point tel qu'il n'est permis que la correction des erreurs matérielles ou mathématiques de la décision, l'interpréter et combler les omissions: art. 196 n° 1-2 C.p.c.c. Pour le cas privé français, cela est réglé par l'art. 481, al. 3, permettant l'interprétation de la décision et la rectification des erreurs ou des erreurs matérielles (arts 461-464 C.p.c.f.). Ce même article prévoit l'exception au dessaisissement du juge consistant en la possible rétractation du juge en cas d'opposition, de tierce opposition ou de recours en révision. On voit bien qu'il s'agit des espèces de 'recours'. En droit colombien, le recours en reconsidération ressaisit de l'affaire au juge. Par conséquent, le juge ne pourra pas, de sa propre initiative, revenir sur sa décision.

⁹⁰⁴ « *Ce qui constitue vraiment et uniquement l'autorité de la chose jugée, c'est l'autorité dite formelle. L'impossibilité de renouveler la contestation sur la question réglée par l'acte juridictionnel (...)* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 86.

⁹⁰⁵ En droit privé français, une fin de non-recevoir tirée de la chose jugée peut être opposée (art. 122 C.p.c.f.), de même qu'en droit colombien cela est possible sous la forme d'une « *exception préalable* », (art. 6 de la loi n° 1395 de 2010, portant modification à l'art. 97 du C.p.c.c.).

⁹⁰⁶ La chose jugée détermine la stabilité de la décision « (...) *tandis que le fait qui a été constaté par un administrateur, peut encore être discuté devant le supérieur hiérarchique ou en tout cas devant un juge, et que l'auteur même de la constatation peut mettre celle-ci à néant en reconnaissant qu'il s'est trompé (...)* », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit. p. 786-787. « *La décision administrative exécutoire garde donc une révocabilité de principe et, à ce point de vue, elle est très différente d'un jugement qui ne peut pas être repris et refait par le juge et cela revient à dire qu'elle n'a pas la solidité de la chose jugée* », Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., op. cit., p. 381.

⁹⁰⁷ Dès lors.

⁹⁰⁸ Dès à présent.

⁹⁰⁹ Roger-Gérard SCHWARTZENBERG, *L'autorité de la chose décidée*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1969, p.11.

⁹¹⁰ Pour JEZE, la force de chose jugée implique impossibilité de retrait postérieur, ainsi, le ministre liquidateur ne ferait pas d'actes juridictionnels car « *la jurisprudence est bien établie en ce sens que le ministre peut rapporter la décision par laquelle il avait opposé à un créancier une déchéance quinquennale (Conseil d'État, 12 août 1879, Esquino, Rec., p. 656) Cela signifie que la constatation ministérielle n'est pas la vérité légale. Dès lors, ce n'est pas un jugement proprement dit* », Gaston JEZE, « *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux* », loc. cit., p. 671.

⁹¹¹ « *Une fois épuisées ou expirés les voies ou les délais de contestation, l'acte passe de l'autorité provisoire à l'autorité définitive de chose décidée (...)* Même « *définitif* », l'acte administratif demeure, par essence, contestable et précaire », Roger-Gérard SCHWARTZENBERG, *L'autorité de la chose décidée*, op. cit., p. 10-11.

⁹¹² Le juge pourra prendre une nouvelle décision seulement après l'annulation de la décision originale, par le fait d'un recours en appel ou de cassation et une fois qu'il a opéré le renvoi.

⁹¹³ Par contre, l'acte administratif créant ou modifiant des situations juridiques concrètes ou des droits à l'égard d'une personne pourra être retiré, en droit colombien, moyennant l'autorisation expresse et écrite du bénéficiaire de la situation juridique créée par l'acte administratif: art. 93 C.P.A.C.A. En droit français, Le retrait de l'acte administratif créateur de droits ne peut être prononcé au-delà des délais ordinaires que si le titulaire de droits créés le demande par la voie d'un recours administratif C.E.f. 20 fév. 1924, *Brandstetter, Rec.*, p. 193; C.E.f. 9 janvier 1953, *Desfour, Rec.*, p. 5; C.E.f. Sect. 29 nov. 1974, *Sieur Barras, Rec.*, p. 598; C.E.f. 16 mars 1984, *Moreteau, Rec.*, p. 108, concl. GENEVOIX. Dans ce cas, l'autorité administrative ne peut substituer la décision que pour une autre plus favorable pour l'intéressé: C.E.f. 23 juin 1974, *Min Intérieur c/ Gay, Rec.*, p. 441; A.J.D.A. 1974, p. 534, chron. FRANC et BOYON.

⁹¹⁴ La chose jugée peut être objet de renonciation en matière du plein contentieux, mais non du recours pour excès de pouvoir où la chose jugée est un moyen d'ordre public: C.E.f. sect., 13 juill. 1967, *Min. éduc. nat. c/ École privée de filles de Pradelles, Rec.*, p. 339; R.D.P. 1967, p. 1205, note WALINE; R.D.P. 1968, p. 187, concl.

La chose jugée a alors la force juridique qui empêche de revenir sur la question dans un autre procès, qui présume la véracité de ce qui a été décidé, qui commande son exécution, mais, surtout, qui dessaisit définitivement le juge de l'affaire. Cela constitue la manifestation maximale de la sécurité juridique et, par conséquent, elle partage ce fondement avec la prescription⁹¹⁵. Les affaires doivent avoir une fin ; lorsque cette fin est la chose décidée - puisque les recours juridictionnels n'ont pas été exercés -, il n'y aura pas de chose jugée parce que la décision ultime n'a pas été prise par un juge.

2. Un critère insuffisant

Bien que la chose jugée soit le seul élément qui reste exclusivement juridictionnel⁹¹⁶ à un point tel que, lorsqu'elle est présente, l'organe, la fonction et les actes ne peuvent être que juridictionnels⁹¹⁷, ce n'est pas un critère suffisant : tout d'abord, la chose jugée ne définit pas ce qui est le juridictionnel (a), ensuite, la chose jugée ne serait que la conséquence de la présence d'autres éléments (b) et, finalement, la chose jugée ne suffit pas à identifier le juridictionnel (c).

a. La chose jugée ne définit pas ce qui est le juridictionnel

La chose jugée « caractérise la fonction juridictionnelle »⁹¹⁸, certes, mais il est difficile d'accepter que cet élément formel, attaché aux effets de la partie finale de l'exercice de la fonction juridictionnelle, puisse définir, à lui seul, le juridictionnel. L'organe juridictionnel, la fonction juridictionnelle et l'acte juridictionnel seraient beaucoup plus que la chose jugée. La juridiction ne s'occupe pas seulement du contentieux et, par conséquent, la chose jugée ne pourrait pas définir la fonction des juridictions en matière gracieuse. Seulement, si l'on acceptait la chose jugée des décisions juridictionnelles en la matière gracieuse, la chose jugée pourrait être un élément propre aux fonctions et aux actes pris par les juridictions.

BERNARD ; A.J.D.A.1968, p. 344, note DUPEYROUX. De son côté, l'art. 175 du C.C.A. dispose que la chose jugée de la décision annulant l'acte a des effets « erga omnes » ou de chose jugée absolue, différents de ceux en matière des contrats et de responsabilité. En droit privé français, il reste la possibilité de renoncer tacitement à la chose jugée, ne la soulevant pas comme exception dans un nouveau procès. En revanche, en droit colombien, le juge pourra soulever d'office la chose jugée car, d'après les normes, il ne pourra pas soulever d'office seulement les exceptions de prescription, de compensation et de nullité relative : art. 306 C.p.c.c.

⁹¹⁵ Au-delà de la sécurité juridique « *En fait, dans la culture juridique la prescription extinctive est justifiée par plusieurs raisons qui mettent en valeur le caractère transitoire des relations obligatoires (...)* », Fernando HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, 2^e éd. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003, p. 825.

⁹¹⁶ « *En réalité, il existe certains éléments formels permettant d'établir une différence entre ces deux types d'actes. D'un côté, par les effets, puisque l'acte administratif ne dispose pas de force de chose jugée, tandis que le juridictionnel est définitif et, pour cela, l'administratif peut être révoqué, même après le délai des recours, sauf s'il existe une situation juridique consolidée. L'acte juridictionnel, après la résolution des recours ordinaires et extraordinaires est irrévocable* », C.c.c. Sentence C-189-98, 6 mai 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁹¹⁷ Puisque même lorsque certaines décisions de l'administration colombienne ont des effets de chose jugée, il ne s'agit pas de fonctions administratives, mais indiscutablement de fonctions juridictionnelles. L'administration prend des actes juridictionnels.

⁹¹⁸ LUIS ACERO, *La creación judicial del derecho*, Université Externado de Colombia, 2000, p. 87.

Après avoir abouti à l'impossible définition matérielle de ce qui est juridictionnel et considéré la chose jugée comme l'unique élément juridictionnel, le professeur Marcel WALINE avoue « *une conclusion très décevante* » : « (...) *l'impossibilité de trouver un critère rigoureux de l'acte juridictionnel, tout au moins si l'on veut respecter les idées reçues (...)* L'idée d'acte juridictionnel ne serait-elle pas une « *fausse idée claire ?* »⁹¹⁹. Dans le même sens, pour le professeur Jacques CHEVALLIER « (...) *il est très douteux que l'autorité de la chose jugée puisse être considérée comme un critère « pleinement satisfaisant » de l'acte juridictionnel (...)* »⁹²⁰. De même, pour l'italien Giuseppe CHIOVENDA, la seule différence entre l'administration et la juridiction consiste en la possibilité de revenir sur les actes administratifs ; mais, la chose jugée n'est pas « *l'essence de la juridiction, au risque de tomber dans un cercle vicieux* »⁹²¹.

La chose jugée ne peut pas définir le juridictionnel, dans la mesure où les juridictions pourraient fonctionner sans cet effet juridique. Au sein de l'État, les juridictions font quelque chose et, la chose jugée n'est prévue que pour des raisons d'ordre et de sécurité juridiques. On comprend clairement que pour le professeur colombien Hernando DEVIS, la fonction juridictionnelle consiste à la résolution des litiges, mais non essentiellement au caractère définitif de celle-ci⁹²².

Plus techniquement, la définition de la juridiction par la chose jugée pose le problème de la différence entre la chose jugée absolue et la chose jugée relative⁹²³. Si l'essence de l'acte juridictionnel consistait en l'idée du définitif, comment pourrait-on expliquer que le juge puisse encore décider lorsque la chose jugée est relative ? L'article 1351 du Code civil français et l'article 332 du Code de la procédure civile colombien déterminent que la chose jugée n'empêche le juge d'y revenir qu'à trois conditions : mêmes parties, agissant en la même qualité, même *causa petendi* et même objet ou mêmes prétentions⁹²⁴. De plus, l'article 17 du Code civil colombien dispose que les sentences n'ont de force obligatoire qu'à l'égard de l'affaire où elles ont été prononcées. En réalité, lorsqu'un des éléments de la chose jugée est différent, il faut comprendre que le juge ne s'est pas

⁹¹⁹ Marcel WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *loc. cit.*, p. 572. En outre, le professeur WALINE affirme que : « *La juridiction se caractérise donc essentiellement par les deux éléments déjà indiqués, et par eux seuls. L'autorité de la chose jugée suffit donc à caractériser l'activité juridictionnelle, avec la seule autre condition du jugement sur la base du droit (positif)* », Marcel WALINE, « Préface à la première édition », *loc. cit.*, p. XII.

⁹²⁰ Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 286.

⁹²¹ José (Giuseppe) CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil (principii di dir. Proc. Civ.)*, *op. cit.*, note, 2, p. 368.

⁹²² « *La régulation légale de la chose jugée n'est pas indispensable pour l'existence d'une organisation judiciaire et pour que l'État puisse exercer sa juridiction. Cela n'est pas, non plus, de l'essence du droit de la juridiction de l'État. Celle-ci pourrait bel et bien fonctionner sans chose jugée. Cependant, les raisons de la vie en société, de l'ordre politique et de la sécurité de l'ordre légal positif, font de la chose jugée un élément nécessaire de toute société juridiquement organisée* », Hernando DEVIS, *Nociones generales de Derecho procesal civil*, Aguilar, Bogota, 1966, p. 568.

⁹²³ « *L'autorité relative, quant à elle, ne se manifeste qu'à l'égard des personnes directement concernées par la solution juridictionnelle en cause. Sa nature ou son importance n'impose pas d'exiger que toute autre personne s'y plie* », Mattias GUYOMAR et Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2010, p. 348.

⁹²⁴ L'article 1351 du Code civil français dispose que « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* » En droit colombien, l'art. 332 C.p.c.c. dispose : « *La sentence exécutoire, prononcée dans un procès contentieux, a la force de la chose jugée à la condition que le nouveau procès ait le même objet, qu'il soit fondé sur la même cause et qu'il existe, dans les deux procès, la même identité juridique des parties (...)* »

prononcé sur cette affaire et, il n’y aura pas d’obstacle à la décision⁹²⁵. Alors, la critique à la chose jugée, en tant que critère de la juridiction, c’est qu’elle n’explique pas, en soi, pourquoi la décision du juge a des effets absolus et parfois relatifs ou si la fonction du juge est différente dans les deux cas⁹²⁶.

La chose jugée n’aurait pas la vertu de définir la fonction des juridictions, mais de déterminer qu’une fois la décision prise, elle a une certaine force. Tout se passe comme si les auteurs se trouvaient dans l’impossibilité d’affirmer que la fonction juridictionnelle inclut le contentieux puisque cette fonction est aussi exercée par d’autres organes. En réalité, la chose jugée est un critère insuffisant puisqu’elle serait la conséquence d’autres éléments nécessaires, mais non déterminants à la définition complète du juridictionnel.

b. La chose jugée serait la conséquence d’autres éléments

La question qui se pose est de savoir si n’importe quel acte, pris par n’importe quel organe et sous n’importe quelles formes, pourrait être considéré comme juridictionnel lorsque la norme lui a assigné des effets de « chose jugée ». Même si la chose jugée est le seul élément exclusivement juridictionnel, cela n’est pas un critère suffisant « *parce qu’il inverse les données du problème* »⁹²⁷ :

Tout d’abord, les systèmes juridiques français et colombien n’octroient d’effets de chose jugée qu’aux décisions contentieuses. Alors que le contentieux n’est pas un élément réservé à la décision juridictionnelle, il est néanmoins nécessaire à la détermination du juridictionnel. Pour Gaston JEZE, la chose jugée détermine ce qui est juridictionnel si à la base il y a un élément contesté ou contestable⁹²⁸. Bien qu’il puisse paraître souhaitable de reconnaître le caractère de la chose jugée aux décisions en matière gracieuse, la réalité positive actuelle nie cet effet à de telles décisions⁹²⁹, ce qui revient à dire qu’aujourd’hui, pour l’identification de l’acte juridictionnel, il est nécessaire d’ajouter un critère contentieux⁹³⁰ : il ne s’agit pas de l’acte pris dans un contexte contentieux, mais qui tranche le contentieux ou qui met fin à la procédure, et non des actes préparatoires⁹³¹. Par conséquent, la décision d’un organe juridictionnel entourée des garanties formelles, mais n’ayant pas pour objet la

⁹²⁵ C.E.f. 17 déc. 2003, *Pierlot, Rec.*, p. 942. Mais les changements du droit peuvent donner lieu à considérer que le litige est différent : C.E.f. 27 juillet 2001, *Camif, Rec.*, p. 402

⁹²⁶ « *Observons simplement que définir l’acte juridictionnel par l’autorité de la chose jugée, c’est non seulement renverser la causalité réelle de ces deux faits, mais c’est aussi s’interdire d’expliquer pourquoi cette autorité est tantôt absolue, tantôt relative* », Charles CHAUMONT, « Esquisse d’une notion de l’acte juridictionnel », *loc. cit.*, p. 113.

⁹²⁷ Germain BULLARD, « *L’évolution de la notion de juridiction dite gracieuse ou volontaire* », *loc. cit.*, p. 11.

⁹²⁸ « *Il y a un autre élément essentiel pour qu’il y ait jugement proprement dit et cet élément ne dépend pas du législateur ; c’est qu’il y ait constatation d’une chose contestée ou contestable* », Gaston JEZE, « L’acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *loc. cit.*, p. 671-672.

⁹²⁹ C.cass. fr., chambre civile, arrêt du 6 avril 1994 : « *les dispositions de l’article 481 CPC ne sont applicables qu’aux jugements prononcés en matière contentieuse (...)* ».

⁹³⁰ Art. 481 al. 1^{er} du C.p.c.f. « *Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu’il tranche* »

⁹³¹ Art. 480 al. 1^{er} du C.p.c.f. « *Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’il tranche* » « *« Trancher », cela évoque encore le définitif, ce sur quoi on ne revient pas, le fil qu’on ne peut reprendre* », Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *loc. cit.*, p. 467, n° 9.

résolution du contentieux, ne serait pas un acte juridictionnel⁹³².

Ensuite, la chose jugée est un ensemble d'effets ayant de lourdes conséquences. Pour qu'une décision bénéficie des effets de la chose jugée et, par là, ne soit soumise qu'aux contrôles propres aux actes juridictionnels⁹³³, la décision devrait être de bonne qualité. Pour garantir cela, lorsque la procédure est pleinement contradictoire et que d'autres garanties y sont présentes, on pourrait considérer que cette décision mérite les effets de la chose jugée ; que les conditions sont réunies pour croire qu'il est fortement probable que celui qui a pris la décision ne s'est pas trompé⁹³⁴. Ainsi, la décision ayant des effets de chose jugée ne doit pas souvent faire éclater la seule vérité pour donner lieu à une vérité processuelle et une vérité réelle⁹³⁵. Les garanties statutaires de l'organe juridictionnel feraient croire que le juge a respecté la légalité dans sa décision et, pour cela, elle mérite d'être définitive⁹³⁶. La force de chose jugée ne tient pas seulement à l'*imperium* du juge, mais à la confiance des justiciables⁹³⁷. Tout cela donne des raisons d'affirmer que la présomption de légalité des actes administratifs a davantage le caractère d'un privilège, lorsque la procédure n'a pas été protectrice des droits de l'administré⁹³⁸.

Finalement, dans la doctrine française, la chose jugée serait liée nécessairement à l'organe juridictionnel⁹³⁹ et, par conséquent, la définition de la juridiction serait la conséquence d'un ensemble de facteurs, notamment, le contentieux, la chose jugée et

⁹³² « (...) il n'en demeure pas moins qu'il ne peut y avoir juridiction, que quand l'organe compétent est appelé à résoudre, sur la base du droit, un conflit entre des prétentions juridiques opposées. Si sa décision comporte un autre objet, la structure de cet organe et la procédure qu'il applique importent peu (...) », Jean L'HUILLIER, note sous C.E.f. Ass. 27 mai 1955, *Électricité de France*, D. 1956, p. 310.

⁹³³ Ainsi qu'au double degré juridictionnel en matière du contentieux administratif : Jean DE SOTO, « La notion de juridiction », *loc. cit.*, p. 50.

⁹³⁴ « (...) il ne fait nul doute que le but de l'acte juridictionnel soit de mettre fin définitivement au trouble qui a fait naître un contentieux, ce qui s'exprime juridiquement par l'autorité de la chose jugée ; mais l'autorité de la chose jugée ne se conçoit pratiquement que si le juge ne se trompe pas souvent, s'il réunit toutes les conditions techniques pour être un bon juge (...) », Jean DE SOTO, « La notion de juridiction », *loc. cit.*, p. 46.

⁹³⁵ « La paix sociale risque d'être gravement compromise si la vérité légale proclamée par le juge n'est pas la vérité réelle. (...) Il faut donc empêcher que cette contradiction se produise. À cet effet, les législations de tous les pays civilisés prennent des précautions minutieuses (...) toutes les règles d'organisation juridictionnelle (composition des tribunaux, recrutement des juges, inamovibilité, irresponsabilité, etc.), toutes les règles de procédure (débat contradictoire, publicité, etc.), toutes les voies de recours (opposition, appel, cassation), etc., sont inspirées par le désir de prévenir un conflit entre la vérité légale et la vérité réelle », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, *op. cit.*, p. 259. Dans le même sens : Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *loc. cit.*, p. 90-91.

⁹³⁶ « Le juge, en agissant exclusivement sur la base du droit et en jouant de l'indépendance fonctionnelle, réunit les conditions pour que ses décisions, après la résolution des recours de la loi, puissent être définitives, c'est-à-dire devenir chose jugée car ces décisions peuvent être présumées conformes à la légalité », C.c.c. Sentence C-189-98, 6 mai 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁹³⁷ « Il importe donc d'assujettir la justice à des formes spéciales et rigoureuses dont l'emploi assure aux décisions juridictionnelles une valeur et une force, qui permettent aux justiciables de les accepter avec confiance, à l'État de les leur imposer comme inattaquables », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.* p. 768.

⁹³⁸ « Plus précisément, la présomption de légalité qui caractérise toute décision administrative ne saurait justifier le privilège du préalable que si cette présomption tire son origine du respect d'une procédure administrative non contentieuse suffisamment protectrice », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 191.

⁹³⁹ « D'une part, un élément matériel, la fonction contentieuse : le Tribunal peut être en effet amené à faire des actes n'ayant pas pour objet de trancher un litige sur la base du droit ; ces actes, tels que par exemple les autorisations de plaider délivrées par le juge administratif, n'auront pas le caractère d'actes juridictionnels. D'autre part, et surtout, un élément de nature organique et formelle, l'intervention d'un organe pouvant être qualifié de Tribunal », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 287.

l'organe juridictionnel⁹⁴⁰. Le droit colombien a prétendu délier ces éléments, afin qu'exceptionnellement les organes administratifs prennent des décisions ayant des effets de chose jugée. Or, dans ces cas les éléments restent liés : même s'il ne s'agit pas, en principe, d'un organe juridictionnel, la fonction est nécessairement juridictionnelle lorsque la décision a des effets de chose jugée : le juridictionnel (l'organe ou la fonction) sont ainsi unis à la chose jugée dans les deux systèmes.

c. La chose jugée ne suffit pas à identifier le juridictionnel

L'identification idéale de la juridiction, pour le cas français, et des fonctions juridictionnelles de l'administration, pour le cas colombien, s'accomplirait lorsque la volonté d'attribuer la chose jugée aux décisions d'un organe est clairement exprimée ; lorsque cet organe exerce des fonctions contentieuses, il offre l'ensemble des garanties tant organiques que procédurales considérées comme nécessaires à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Ainsi, il est compréhensible que les auteurs rassemblent tous ces éléments pour donner une définition idéale de la juridiction⁹⁴¹. Le risque de telles définitions consiste à ne pas préciser que même si ces éléments peuvent se trouver en dehors de la juridiction - notamment le contentieux et les garanties statutaires et processuelles -, c'est seulement la chose jugée qui fait basculer en juridictionnelles de telles matières et de telles garanties.

La chose jugée est le résultat de la volonté consistant à donner des effets juridictionnels à une décision qui tranche un contentieux et qui est entourée des garanties visant à une bonne décision, ces éléments peuvent ne pas se trouver tous réunis et, par là, être considérés comme des indices du juridictionnel. Le contentieux n'est pas nécessairement juridictionnel ; mais, il serait un élément nécessaire⁹⁴² pour l'identification du juridictionnel⁹⁴³. L'élément contentieux pourrait faire défaut⁹⁴³ lorsque la volonté de donner des effets juridictionnels à une décision est incontestable, et que cette volonté est au-dessus de la compétence juridictionnelle, c'est-à-dire législative. Ainsi, en droit colombien, certaines compétences sont considérées comme juridictionnelles, même s'il ne s'agit pas d'une décision

⁹⁴⁰ « Ainsi encore l'autorité de la chose jugée s'attache aux actes qui sont juridictionnels à la fois au point de vue matériel, organique et formel. Il n'y a pas autorité de chose jugée pour les actes qui ne sont juridictionnels qu'au point de vue matériel (...) », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *op. cit.*, p. 11.

⁹⁴¹ « Juridiquement, il n'y a pas de justice hors du juge. À s'en tenir au droit, la justice est la fonction par laquelle des organes investis d'une autorité étatique tranchent des litiges entre parties ou répriment des manquements à des obligations, par des décisions investies de l'autorité de la chose jugée, ayant force de vérité légale », Pierre DELVOLLE, « La justice hors le juge », *loc. cit.*, p. 16. « La juridiction est une fonction publique exercée par les organes de l'État, par laquelle l'ordonnement juridique est mis en action. Cela s'exerce conformément aux normes de cet ordonnement, cherchant à obtenir la résolution du conflit des personnes dans l'instance, par le prononcé d'un type particulier d'actes, ayant un contenu propre et ayant la qualité spéciale de la chose jugée », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, *op. cit.*, p. 145.

⁹⁴² Olivier GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *loc. cit.*, p. 98. Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *loc. cit.*, p. 89.

⁹⁴³ « Pour qu'il y ait juridiction, il ne suffit pas qu'il soit pris une décision portant sur un point de droit, contesté ou non, et consistant à dire le droit, mais, il faut et, même en l'absence de tout litige, il suffit que cette décision soit prise par une autorité juridictionnelle, c'est-à-dire par une autorité spécialement affectée à l'exercice de la juridiction, cette autorité statuant dans des formes qui fournissent la garantie que sa sentence sera exempte de tout arbitraire, conforme à l'ordre juridique en vigueur, déterminée par des motifs de pure légalité ou d'équité idéale (...) », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.* p. 810.

qui tranche un litige⁹⁴⁴.

Pour l'identification du juridictionnel, les juges français et colombien ont recours à la technique du faisceau d'indices⁹⁴⁵ ; ces indices ne sont pas définitifs, dans la mesure où il s'agit d'éléments qui sont normalement attribués de même à l'administration. Le contentieux, l'indépendance, la contradiction, l'impartialité, la publicité, etc., ne sont pas des éléments définitifs. L'interprétation des indices relève de l'herméneutique visant à déceler la volonté présente dans la norme. Il s'agit d'éléments pouvant faire partie de l'argumentation de la décision qui déclare ou qui refuse la nature juridictionnelle d'un organe⁹⁴⁶. Les mots utilisés par les normes seraient alors plus déterminants pour identifier la volonté d'attribuer la chose jugée : une décision en dernier ressort, définitive, sans appel, sont notamment des expressions qui pourraient être interprétées comme déterminant l'attribution de la chose jugée aux décisions⁹⁴⁷. Cependant, ces expressions ne pourront pas être interprétées dans le sens juridictionnel, lorsqu'il existe des éléments considérés comme incompatibles avec la fonction juridictionnelle, par exemple, lorsqu'il est possible de demander une deuxième délibération⁹⁴⁸. Ainsi, quand l'autorité est autorisée à revenir sur sa décision, elle n'est pas dessaisie, c'est-à-dire que la décision n'a pas d'effets de chose jugée.

À cet égard la tâche de la Cour constitutionnelle colombienne est plus aisée lorsque la compétence à qualifier fait concurrence à la juridiction, et que le citoyen peut librement choisir de saisir la juridiction ou l'administration⁹⁴⁹. Le juge français se trouve dans la même situation lorsque les décisions de l'organe à qualifier sont objets d'un recours ouvert seulement contre les décisions juridictionnelles⁹⁵⁰. La décision du juge qui identifie une juridiction ou la chose jugée, est plus solide lorsque les indices qui se rassemblent sont beaucoup plus nombreux. La nature juridictionnelle des organes, des fonctions et des actes tient à des éléments formels. Or, un organe dont la nature n'a pas été formellement déterminée, n'est pas une juridiction.

B. L'identification formelle du juridictionnel

La chose jugée est un élément formel nécessairement lié à la fonction juridictionnelle, et, en principe, à l'organe juridictionnel : en France, seules les juridictions peuvent prendre des

⁹⁴⁴ L'article 148 de la loi colombienne n° 734 de 2002 (Code disciplinaire unique) attribue des fonctions juridictionnelles de police judiciaire au Procureur général de la nation, pour la gestion des preuves dans la procédure disciplinaire : pour le recueil et la conservation des preuves.

⁹⁴⁵ V. C.E.f. Ass. 12 juillet 1969, *L'Étang, Rec.*, p. 388.

⁹⁴⁶ Ces mêmes indices peuvent justifier tant le caractère juridictionnel que le caractère administratif.

⁹⁴⁷ Décisions « *en premier ressort* » : loi du 21 juillet 1922 ; décisions « *en dernier ressort* » : art. 12 de la loi du 18 mai 1946 ou décisions « *sans appel* », art. 7 de la loi du 28 mars 1882. Dans ce cas, l'élément contentieux était clairement établi : « *En cas de contestation (...) le conseil départemental statue en dernier ressort* ».

⁹⁴⁸ C.E.f. Ass. 1 mars 1991, *Le Cun, R.F.D.A.* 1991, II, p. 612 et suiv.

⁹⁴⁹ C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE et C.c.c. Sentence C-1071-02, 3 décembre 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁹⁵⁰ Cassation ou appel

décisions ayant des effets juridictionnels⁹⁵¹. De prime abord, la Constitution colombienne (article 116) nierait le caractère organique de la chose jugée, dans la mesure où elle reconnaît la possibilité pour l'administration de prendre des actes juridictionnels, disposant par là des effets de la chose jugée. Ainsi, en droit colombien, l'organe juridictionnel ne serait pas défini comme celui qui prend des décisions juridictionnelles, puisque l'administration peut aussi le faire. La qualification formelle de l'organe juridictionnel (1) resterait la seule possibilité commune dans les deux États. En réalité, la qualification organique de la fonction juridictionnelle (2) est possible en France et en Colombie.

1. La qualification formelle de l'organe juridictionnel

Il n'existe pas d'organe juridictionnel par nature. Partir à la découverte des organes juridictionnels par la fonction qu'ils remplissent est un exercice aussi hasardeux qu'inutile⁹⁵². Un organe est juridictionnel lorsque cette nature a été clairement affirmée. La nature juridictionnelle peut aussi être exprimée indirectement : en prévoyant des contrôles propres aux actes juridictionnels ou en attribuant clairement l'effet de la chose jugée à leurs décisions. Les mots « définitif », « en premier » ou « en deuxième ou dernier ressort », « appel », etc. peuvent signifier l'existence d'une juridiction ; mais, il faudra attendre la décision juridictionnelle interprétant ces indices ; ces indices ne sont pas, en tout cas, absolus. En conséquence, il est possible d'affirmer que la qualification d'un organe comme juridictionnel est nécessairement formelle, par une norme ou une décision juridictionnelle.

Quand la nature d'un organe public n'a pas été formellement déterminée, il faudra présumer qu'il s'agit d'un organe administratif puisque l'attribution de la chose jugée est une décision supplémentaire, qui passe au-delà de la création d'un organe, de l'assignation de certaines garanties statutaires, procédurales et de certaines compétences, même contentieuses. Avant l'assignation de la chose jugée aux décisions de cet organe, rien ne le différencie de l'administration⁹⁵³ : « *c'est parce que la loi lui attribue force de vérité légale qu'elle constitue un jugement (...)* »⁹⁵⁴.

En droit colombien, l'attribution de la chose jugée ne suffirait pas, en principe, pour déterminer l'existence d'un organe juridictionnel. Lorsque le législateur attribue des fonctions

⁹⁵¹ Lorsque la jurisprudence affirme qu'une autorité prend des actes juridictionnels ou qu'elle exerce des fonctions juridictionnelles, cela revient à dire qu'il s'agit d'un organe juridictionnel, au moins au moment de prendre une telle décision. Un organe administratif ne pourra alors jamais prendre un acte ayant des effets de la chose jugée. Le Conseil d'État est une juridiction, lorsqu'il décide le contentieux administratif, certes, organiquement placée dans l'administration.

⁹⁵² « Si l'on ajoute que, dans la doctrine contemporaine, la préférence est donnée aux critères matériels pour la définition de l'acte de juridiction, tout semble donc se passer comme si la leçon de l'arrêt Cadot avait été soigneusement refoulée », Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *loc. cit.*, p. 88.

⁹⁵³ « Si on cherche à les opposer –l'administration et la juridiction- par des critères matériels, tirés de la fonction assurée, on aboutit inévitablement à la plus grande confusion et à reconnaître un pouvoir de juridiction à l'administration active, parce qu'elle aussi tranche des litiges et parfois exclusivement sur la base du droit (...) », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *op. cit.*, p. 294.

⁹⁵⁴ Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *loc. cit.*, p. 670.

juridictionnelles à l'administration et, par là, la possibilité d'adopter des décisions ayant force de chose jugée, l'organe administratif ne se trouverait pas transformé en organe juridictionnel. C'est au nom de la collaboration des branches du pouvoir qu'un organe administratif, tout en préservant son identité, prête sa fonction au service d'une autre branche du pouvoir. Conçus de cette façon, les organes administratifs exerçant des fonctions juridictionnelles ne feraient pas partie de l'organisation du pouvoir juridictionnel et conserveraient leur place dans la structure administrative. Cela se matérialise par l'inexistence des recours devant la juridiction puisque l'organe administratif entrerait, de ce fait, dans l'organisation juridictionnelle en tant qu'organe juridictionnel⁹⁵⁵.

En droit colombien, les fonctions juridictionnelles peuvent être attribuées à des autorités ne disposant pas de supérieur hiérarchique qui puisse décider les recours en appel. Les surintendances se trouvent dans cette situation. Or, lorsque l'appel est prévu, celui qui décide le recours en appel exerce, lui aussi, des fonctions juridictionnelles. L'inexistence d'un supérieur hiérarchique pouvant résoudre l'appel des décisions juridictionnelles prises par l'administration signifiait une diminution des garanties processuelles des citoyens qui perdraient, par là, la possibilité des deux instances juridictionnelles⁹⁵⁶. Certes, la double instance n'est un droit constitutionnel qu'en matière pénale⁹⁵⁷ ; mais, au nom de l'efficacité, la collaboration entre les branches du pouvoir diminuerait de fait les droits des citoyens. La Cour constitutionnelle a tranché en faveur de la double instance juridictionnelle⁹⁵⁸, tout en altérant le système constitutionnel : les décisions de l'administration en exercice des fonctions juridictionnelles sont, par une interprétation inconstitutionnelle de la Constitution colombienne, objet d'un recours en appel devant le juge supérieur de celui qui a été remplacé par l'administration⁹⁵⁹. Un tel contrôle n'est pas neutre à l'égard de la nature de l'organe qui a

⁹⁵⁵ L'art. 148 de la loi 466, modifié par la loi 510 de 1999 dispose que les actes pris par les surintendances dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles ne feront l'objet d'aucune action ou recours devant les autorités judiciaires « *sauf* » lorsque l'autorité ayant décidé n'est pas compétente ou lorsqu'elle décide définitivement l'affaire. Ces décisions « *seront objet d'appel devant les mêmes* ». On voit bien que la rédaction de la norme est défectueuse ; l'appel devant les mêmes peut être interprété comme étant devant les autorités juridictionnelles ou devant les autorités administratives exerçant ces fonctions juridictionnelles chargées et de la décision de premier et de deuxième ressort.

⁹⁵⁶ Dans la majorité des cas, les fonctions juridictionnelles de l'administration sont attribuées aux surintendants alors que l'art. 74, n° 2, al. 2 C.P.A.C.A. dispose que les décisions des surintendants ne peuvent pas être objet d'appel.

⁹⁵⁷ L'art. 31 de la Const.c. n'exige la double instance qu'en matière pénale et autorise le législateur à décider sur les matières où les décisions seront de premier ou de dernier ressort. Cette liberté du législateur est soumise à des conditions, notamment le respect du principe d'égalité et, dans le cas des affaires non soumises à appel, la procédure doit garantir pleinement la défense et la contradiction : C.c.c. Sentence C-863-08, 3 sept. 2008, M.R. Mauricio GONZALEZ. En revanche, le Conseil constitutionnel français a décidé « (...) *que le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle* », C.c.f. Décision n° 2004-491 DC, 12 fév. 2004, J.O. 2 mars 2004, p. 4227.

⁹⁵⁸ L'année 2000, la Cour constitutionnelle s'était limitée à affirmer que la norme disposant que contre ces décisions ne procède aucun recours ou action juridictionnelle, ne pouvait pas être comprise comme interdisant l'action en tutela : C.c.c. Sentence C-384-00, 5 avril 2002, M.R. Vladimiro NARANJO.

⁹⁵⁹ La Cour constitutionnelle a décidé que l'expression « *devant les mêmes* » devait être interprétée comme la possibilité de faire appel devant l'autorité juridictionnelle, supérieur hiérarchique du juge qui a été « *remplacé* » par l'administration et non devant le supérieur administratif du surintendant qui est inexistant. Pour forcer cette interprétation, la Cour a méconnu l'art. 234 et suiv. de la Const.c. qui prévoit un système de pluralité de juridictions et elle a soutenu qu'en vertu d'un « *principe constitutionnel de l'unité de la juridiction* », dépourvu d'assise constitutionnelle en Colombie et non en Italie, les organes administratifs exerçant des fonctions juridictionnelles partagent l'unité de la juridiction et, par là, leurs décisions s'intègrent à l'organisation juridictionnelle : C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

pris la décision objet de l'appel. Certes, la Cour constitutionnelle colombienne avait validé, par le passé, l'existence d'un recours en appel devant une autorité qui n'était pas le supérieur hiérarchique de celle qui prenait la décision contestée. Pour cela, la Cour a fait preuve de créativité par la formulation de la théorie de la « *hiérarchie fonctionnelle* »⁹⁶⁰, c'est-à-dire seulement aux fins de l'appel, et le Conseil d'État a approuvé cette théorie⁹⁶¹, tout en précisant qu'il s'agit d'« *une forme exotique et très exceptionnelle* »⁹⁶² de recours en appel. La hiérarchie fonctionnelle nierait alors les autres éléments de la hiérarchie administrative, notamment le pouvoir disciplinaire et le pouvoir d'instruction. Or, dans le cas des fonctions juridictionnelles de l'administration, la Cour n'a pas fait appel à la théorie de la hiérarchie fonctionnelle et, sans le vouloir, elle a introduit ces organes administratifs dans la structure juridictionnelle.

L'organisation juridictionnelle est caractérisée par l'indépendance des organes juridictionnels, même à l'égard de leurs supérieurs qui, forte de cette indépendance, ne peut que contrôler les décisions sans pouvoir ni instruire ni sanctionner le juge subordonné en raison de la décision prise. En dépit de la qualification juridictionnelle des fonctions de l'administration, force est de constater que cette autorité originalement administrative est, en réalité, une juridiction lorsqu'elle prend des décisions juridictionnelles, et celles-ci sont révisées par une autre juridiction par la voie de l'appel. On n'est plus, dans ce cas, en présence des fonctions juridictionnelles de l'administration, mais des fonctions juridictionnelles de la juridiction. Ce sont des juridictions administratives, c'est-à-dire placées à l'intérieur de l'administration. L'interprétation de la Constitution a ainsi déformé le schéma constitutionnel en faisant coïncider à nouveau, comme dans le cas français⁹⁶³, la chose jugée et les organes juridictionnels. Cela permet d'affirmer que la fonction juridictionnelle est organiquement juridictionnelle.

⁹⁶⁰ La théorie a été formulée par la Cour constitutionnelle en vue de valider constitutionnellement le recours « *hiérarchique* » ou d'appel contre les actes administratifs pris par des entreprises des services publics qui sont décidés par la Surintendance des services publics et cela, en dépit du fait de ne pas être le supérieur hiérarchique de celles-ci (art. 154 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994) « *En tout cas, ce recours suppose l'existence d'une hiérarchie, c'est-à-dire d'une relation inter-organique caractérisée par le lien de subordination d'un organe à l'égard d'un autre (...) 5.5 (...) a) Il n'est pas douteux que la Surintendance des services publics domiciliaires n'est pas le supérieur hiérarchique de ces entreprises (...) or, il est le supérieur hiérarchique d'un point de vue fonctionnel, c'est-à-dire dans le contexte de l'ensemble organisationnel (entreprises et entités qui assurent les services et surintendance) qui dispose, d'après la Constitution et la loi, de la responsabilité de développer les activités et d'exercer les compétences qui l'ont été attribuées aux fins du fonctionnement efficace des services publics domiciliaires (...) En effet, les normes sous contrôle institutionnalisent une forme de contrôle fonctionnel qui s'exerce sur les actes des entreprises et des entités qui assurent les services publics domiciliaires (...)* », C.c.c. Sentence C-263-96, 13 juin 1996, M.R. Antonio BARRERA et voir l'Opinion dissidente du Magistrat Julio ORTIZ. Dépourvu de tout antécédent normatif, le Code de procédure administrative et du contentieux administratif C.P.A.C.A. prévoit que le recours administratif d'appel est décidé par le supérieur hiérarchique « *ou fonctionnel* » de celui qui a pris l'acte (art. 74, n° 2 C.P.A.C.A.).

⁹⁶¹ C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 11 octobre 2007, affaire n° 571-02, C.R. Rafael LAFONT.

⁹⁶² C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 23 août 2007, affaire n° 200300046 02, C.R. Rafael LAFONT. Le caractère exotique de ce recours consiste, de plus, au fait qu'il doit obligatoirement être exercé accompagné du recours en reconsidération (*reposición*) alors que dans la règle générale de la voie administrative, le recours en reconsidération (gracieux) est facultatif.

⁹⁶³ « *Or cette force de vérité légale procède, non seulement du caractère matériel de l'acte juridictionnel, mais, aussi de ses caractères formel et organique* », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *op. cit.*, p. 23.

2. La qualification organique de la fonction juridictionnelle

Il a déjà été répondu à la question « *Qu'est-ce qu'une juridiction* »⁹⁶⁴. Maintenant, il sera nécessaire de répondre à la question : qu'est-ce que la fonction juridictionnelle ? À cette fin, il est nécessaire de rappeler qu'il n'existe pas deux fonctions juridictionnelles différentes : une fonction matériellement juridictionnelle et une fonction formellement juridictionnelle⁹⁶⁵. Toute fonction juridictionnelle l'est pour des raisons formelles : parce qu'elle a les effets de chose jugée, parce qu'elle est prise par une juridiction ou parce qu'elle est expressément qualifiée comme une fonction juridictionnelle⁹⁶⁶. Cette différence entre la fonction matériellement et formellement juridictionnelle permettrait, à tort, de qualifier comme juridictionnelle l'activité contentieuse de l'administration, même si elle n'est pas exercée par une juridiction, même si la fonction n'est pas formellement qualifiée comme juridictionnelle ou même si les décisions peuvent être ultérieurement contestées devant une juridiction, par la voie des recours contre des actes administratifs.

Tout d'abord, la définition de la fonction juridictionnelle est alors apparemment simple : la fonction juridictionnelle est celle exercée par les juridictions. Cela est aussi valable pour le droit colombien, étant entendu que la jurisprudence constitutionnelle colombienne a introduit les autorités administratives exerçant des fonctions juridictionnelles dans l'organisation juridictionnelle⁹⁶⁷. Par conséquent, tant en France qu'en Colombie, la détermination de la fonction juridictionnelle serait exclusivement organique. Une autre affirmation manquerait de rigueur : appliquer ou exécuter la loi, prendre des décisions individuelles et obligatoires et trancher des litiges sont aussi des fonctions administratives.

Ensuite, étant donné que la chose jugée est l'élément caractéristique du juridictionnel, il serait possible d'affirmer que la fonction juridictionnelle est celle exercée par les juridictions et consistant à prendre des décisions munies de force de chose jugée⁹⁶⁸. Seraient ainsi exclues de la fonction juridictionnelle toutes les décisions confiées aux juridictions, mais dépourvues de la chose jugée, notamment la fonction exercée en matière gracieuse. Nonobstant, la reconnaissance de la chose jugée aux matières gracieuses, tel qu'il a été décidé pour

⁹⁶⁴ René CHAPUS « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 268 ; Olivier GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *loc. cit.*, p. 103.

⁹⁶⁵ Comme l'avait prétendu établir Roger BONNARD.

⁹⁶⁶ JEZE affirme que la décision d'attribuer la chose jugée relève de la compétence discrétionnaire du législateur : « C'est le législateur qui décide discrétionnairement que, dans tels cas, la constatation faite par tel individu aura force de vérité légale (...) Il. – Peu importe l'auteur de l'acte », « Enfin, il est des agents publics, qui n'ont pas d'ordinaire la mission de juger et qui exceptionnellement font des actes de juridiction. Tel était, en France, avant 1889, le cas pour les ministres : ils étaient considérés comme les juges de droit commun en matière administrative (...) Tel est encore, à l'heure actuelle, le Sénat, lorsqu'il est constitué en Haute Cour de justice », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1., *op. cit.*, p. 48-49.

⁹⁶⁷ Par ailleurs, la détermination de « *fonctions juridictionnelles de l'administration* » colombienne est nécessairement organique, dans la mesure où ce sont des fonctions qui sont objet d'un recours en appel devant un organe juridictionnel.

⁹⁶⁸ Militerait en faveur de cette idée le fait que dans le système colombien, les fonctions juridictionnelles de l'administration sont celles qui ont été expressément qualifiées comme telles par le législateur, ayant nécessairement, par conséquent, sur ces actes, force de chose jugée.

l'homologation des transactions en matière administrative⁹⁶⁹, confirmerait le fait que la fonction juridictionnelle consiste à doter de cette force les décisions prises par une juridiction et, en même temps, que la fonction juridictionnelle ne se borne pas au contentieux, mais qu'elle couvre aussi les décisions en matière gracieuse⁹⁷⁰. Quoi qu'il en soit, dans l'état positif actuel des deux États, tous les actes pris par une juridiction n'ont pas d'effets de chose jugée, ce qui conduit certains auteurs à affirmer que les autres actes ne sont pas juridictionnels ou que cela relève des fonctions non juridictionnelles de la juridiction⁹⁷¹.

Enfin, une troisième possibilité pourrait être envisagée : la fonction juridictionnelle consiste à prendre des actes⁹⁷². Ceux-ci pourraient être couverts ou non de la chose jugée. La tautologie n'est pas alors une réponse rapide et irréfléchie, mais le résultat de la réflexion poussée : la fonction juridictionnelle serait ce qu'exercent les juridictions⁹⁷³ et la fonction administrative, ce que fait l'administration⁹⁷⁴. L'exception ne ferait que confirmer l'affirmation puisque, quand la Constitution colombienne autorise à déroger à cette logique, en prévoyant les fonctions juridictionnelles de l'administration, elle exige que cela soit exceptionnel, ainsi qu'expressément décidé : faute d'autre qualification expresse dans le sens contraire, l'attribution d'une compétence à l'administration ferait présumer qu'il s'agit d'une fonction administrative⁹⁷⁵. C'est-à-dire qu'une fonction devient juridictionnelle, uniquement lorsqu'elle est attribuée à une juridiction ou lorsqu'elle est, expressément et par exception, qualifiée comme telle et attribuée à un organe non juridictionnel.

⁹⁶⁹ C.E.f. Avis contentieux du 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Haÿ-les-Roses*, A.J.D.A. 2003, p. 280 et C.E.f. Avis contentieux du 4 avril 2005, *Société cabinet JPR ingénierie*, A.J.D.A. 2005, p. 1403.

⁹⁷⁰ Pierre HEBRAUD, « commentaire », *loc. cit.*, p. 334 ; Marcel WALINE, « Préface à la première édition », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. XIV.

⁹⁷¹ Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, *op. cit.*, p. XXI ; Gérard COUCHEZ, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 211 ; Hernando MORALES, *Curso de derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 30 ; Monique BANDRAC, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas », *loc. cit.*, p. 181.

⁹⁷² Pour HAURIU, l'acte juridictionnel est celui qui est pris par un juge public : Maurice HAURIU, *Les éléments du contentieux*, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁷³ Ainsi, par la référence à l'organe juridictionnel, la définition qui prétend assimiler la juridiction à la justice acquiert du contenu : « (...) *juridiction, c'est-à-dire cette prérogative que l'État exerce par la voie de ses organes juridictionnels afin d'administrer la justice* », Pedro CARDONA, *Manual de Derecho procesal civil*, t. I., *op. cit.*, p. 51. « *Au sens large du terme, la juridiction a été définie comme l'ensemble des attributions qui correspondent dans une matière précise et dans un champ de compétence, à une structure organisée et hiérarchisée, appartenant à la branche judiciaire, (...)*, Cons. S.J., Ch. Jur. Disc., Décision (auto) du 25 janvier 1993, rapporteur Alvaro ECHEVERRY, citée par Pedro CARDONA, *Manual de Derecho procesal civil*, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁷⁴ Ou, par la voie aussi formelle, ce qui est contrôlé par la juridiction administrative ou du contentieux administratif, quoique cette définition reste insuffisante.

⁹⁷⁵ De même, quand formellement et expressément, le Parlement attribue transitoirement des fonctions législatives au Président. La réserve de loi sur certaines matières ne fait pas présumer que l'acte qui régule ces matières est une loi ; un acte administratif peut s'immiscer dans ces matières, sans pour autant être considéré une loi, mais un acte entaché d'illégalité. Ainsi, un acte pris en dehors du Parlement ne dispose du rang (pour être soumis au contrôle de la constitutionnalité des lois) et de la force de la loi (pour déroger ou modifier des lois), que quand cela a été expressément décidé par le Parlement lui-même. En France, cet acte du Parlement est complexe (loi d'habilitation et loi de validation : art. 38 Const.f.), alors qu'en Colombie, cet acte est simple (loi d'attribution des facultés extraordinaires art. 150 n°10). Dans ce cas « *le Président de la République est compétent pour exercer, par la voie de la délégation, la fonction législative consistant en l'édition des décrets ayant force de loi, c'est-à-dire des dispositions disposant de la même hiérarchie normative que celles qui sont prises par le législateur ordinaire. Par conséquent, dans l'exercice de telles fonctions, le Président peut déroger, modifier ou additionner les lois prononcées par le Congrès, à la condition de respecter les directives et les limites temporaires et matérielles qui ont été fixées par la loi habilitante, ainsi que les autres conditions constitutionnelles* », C.c.c. Sentence C-979-02, 13 nov. 2002, M.R. Jaime ARAUJO.

En ce qui concerne l'étude de l'activité contentieuse de l'administration, la fonction juridictionnelle, sans précision formelle ou matérielle⁹⁷⁶, ne consiste pas à la résolution des litiges⁹⁷⁷. Certes, les juridictions exercent la fonction contentieuse consistant à résoudre des litiges, mais d'une façon définitive⁹⁷⁸. Cette définition n'exclut pas la résolution administrative des litiges, c'est-à-dire une résolution non définitive. Cela justifie l'étude de la relation entre l'activité contentieuse et l'administration.

Conclusion du Chapitre

Lorsque les théories ne se reflètent pas dans les faits, elles sont remises en cause, reformulées ou remplacées ; il en est de même quand leur mise en pratique est conflictuelle. Concernant la vision exclusivement juridictionnelle du contentieux, les deux facteurs sont présents. La vision exclusivement juridictionnelle du contentieux devait faire face aux problèmes du fonctionnement des juridictions entraînées par l'ambition de juridictionnalisation absolue du contentieux ; mais, elle s'est montrée incapable d'y parvenir. De même, la prétention de juridictionnalisation absolue du contentieux n'a nullement réussi à exclure complètement l'activité contentieuse des administrations française et colombienne. Devant l'encombrement des juridictions, tant la France que la Colombie a fait appel à des moyens non juridictionnels de résolution des litiges et l'activité contentieuse de l'administration a commencé à être regardée comme une option à la décision juridictionnelle.

Le contentieux non juridictionnel, notamment celui attribué à des autorités administratives, est mis en relief par des applications non organiques des garanties autrefois considérées comme exclusivement juridictionnelles. Dès lors, la théorie de l'exercice multi-organique des fonctions du pouvoir s'est montrée comme la seule pouvant expliquer ce que la vision classique de la séparation des pouvoirs négligeait ou critiquait. Mais, cela n'a pas signifié l'abandon de la théorie de la séparation « *des pouvoirs* » : appliquée à l'exercice multi-organique des fonctions, la séparation emporte, tout d'abord, l'interdiction de fonctions incontrôlées qui cumuleraient, par cette voie, tous les pouvoirs. Ensuite, la séparation « *des pouvoirs* » détermine l'impossibilité de cumuler certaines fonctions, au nom de l'impartialité.

⁹⁷⁶ « En effet, les fonctions qu'une analyse juridique formelle conduit à distinguer dans un système étatique donné – fonction législative, exécutive et juridictionnelle dans le système libéral – ne coïncident que très partiellement avec les fonctions sociales, manifestes ou latentes, que ce système remplit », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 277.

⁹⁷⁷ « Dans l'élément subjectif, nous trouvons le juge ou le tribunal, les parties et les tiers qui interviennent dans le procès déjà en cours. C'est cet élément subjectif qui les différencie des activités de l'administration visant à résoudre des litiges, notamment dans les affaires d'eaux ou des forêts publiques, des terrains incultes, des marques et des brevets, des transports et, dans certains aspects du contrôle des sociétés anonymes, des banques et des compagnies d'assurance, par les différentes surintendances », Hernando DEVIS, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. I, *op. cit.*, p. 172.

⁹⁷⁸ La définition du professeur colombien DEVIS pourrait être admise, dans la mesure où elle intègre les différentes possibilités des fonctions exercées par la juridiction, tout en faisant graviter cette définition sur l'organe juridictionnel et la chose jugée : « (...) nous pouvons définir la juridiction comme la souveraineté de l'État, exercée par l'organe spécialement chargé de la fonction d'administrer la justice, pour la réalisation ou la garantie du droit et, accessoirement, pour la résolution des litiges ou pour donner de la certitude juridique aux droits subjectifs, par l'application de la loi aux affaires particulières, conformément à certaines procédures et, de façon obligatoire et définitive », *ibidem*, p. 175.

Enfin, la distribution du pouvoir mis en place par le système constitutionnel français ou colombien détermine que certaines matières sont réservées à la compétence juridictionnelle.

Or, reconnaître que la fonction contentieuse n'est pas exclusivement juridictionnelle entraîne l'adoption d'une définition de la juridiction qui soit conforme à cette réalité : toute la fonction contentieuse n'est pas exercée par les juridictions, alors que ces organes exercent aussi des fonctions non contentieuses. Après avoir constaté qu'il n'existe pas une matière juridictionnelle, la définition formelle de la juridiction reste la seule option possible : la chose jugée est le seul élément exclusivement juridictionnel. Or, cela ne permet pas, en soi, une définition complète de la juridiction. L'identification des juridictions par une qualification formelle est la seule option acceptable.

Accepter que la juridiction soit un organe qualifié comme tel par une norme ou par une décision juridictionnelle⁹⁷⁹ évite la distorsion de la différence entre la juridiction et l'administration : ni le Conseil d'État français n'est une autorité administrative indépendante⁹⁸⁰ ni le Conseil de la concurrence n'était une juridiction⁹⁸¹. La fonction juridictionnelle est celle exercée par un organe juridictionnel ou qui, exceptionnellement, même si elle n'est pas exercée par un organe juridictionnel, en droit colombien, cette fonction est formellement qualifiée comme telle⁹⁸². L'acte juridictionnel est celui qui est pris par un organe juridictionnel qui, même appartenant à l'administration, est intégré à la structure juridictionnelle par la voie du contrôle propre aux actes juridictionnels. Cet acte se caractérise par ses effets de chose jugée.

⁹⁷⁹ Les fédérations sportives ne sont pas des juridictions, car la loi ne les a pas constituées comme telles : C.E.f. 19 déc. 1980, *Hechter*, Conclusions *THERY*, *A.J.D.A.* 1971, p. 483 et 519, note *CHEVALLIER*.

⁹⁸⁰ « *Organisme créé au sein de l'administration, mais ayant compétence pour juger l'administration, le Conseil d'État a tous les attributs d'une autorité administrative indépendante. Comme la Cour des comptes, il ne peut être rangé dans cette catégorie en raison de son caractère juridictionnel* », Michel *GENTOT*, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1994, p. 35.

⁹⁸¹ Claude *LUCAS DE LEYSSAC*, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », loc. cit., p. 277.

⁹⁸² Par la loi ou par une décision juridictionnelle identifiant la volonté législative.

Conclusion du Titre

Le contentieux a rempli des fonctions polyvalentes à l'égard de la juridiction : il devrait être complètement attribué aux juridictions... tel n'a jamais été le cas ; il a été pris comme le critère de définition et d'identification de la juridiction... cela n'a fait qu'occulter le contentieux non juridictionnel et fausser la place générale du contentieux ; il est considéré comme la condition de la chose jugée des décisions des juges... il existe déjà des cas des décisions en matière gracieuse ayant les effets de chose jugée.

Le contentieux est un fait social, non nécessairement juridictionnel, alors que la juridiction est un fait du droit, lié historiquement à l'historicité du droit. Pour cela, la définition de la juridiction est historiquement liée. Voici une des explications possibles à la polysémie du terme et, plus largement, aux difficultés de cerner le phénomène juridictionnel.

TITRE II. ACTIVITE CONTENTIEUSE ET ADMINISTRATION

« Avez-vous la prétention de régler cette limite entre ce qui est administratif et ce qui est contentieux, de résoudre le plus vaste problème qui se soit peut-être présenté non seulement à l'égard des légistes, mais des publicistes, un problème qui ne se résout que par les questions mêmes, par le sens intime du juge, par la nature qui se modifie à l'infini des contestations et des litiges administratifs »¹. On pourrait considérer, à tort, que ce travail ambitieux de préciser « ce qui est administratif et ce qui est contentieux », proposé au XIXe siècle, cherchait à identifier tant le contentieux juridictionnel que le contentieux non juridictionnel de l'administration. L'intervention date de 1845, lors du débat sur le statut du Conseil d'État, finalement défini par la loi du 19 juillet. Dans ce contexte, ce qui est contentieux signifie ce qui relève de la compétence de la juridiction administrative. Tout un travail de reconstruction historique a été déjà mené, visant à préciser quand, pourquoi et comment il a été considéré que le contentieux était nécessairement juridictionnel. Or, il sera maintenant question de s'intéresser à la véritable relation du contentieux avec l'administration. Certes, le sujet est large et il peut comprendre le cas de la juridiction administrative française ; mais, cela a été déjà exploré puisqu'il s'agit d'une juridiction. On devra alors entendre par administration, l'administration active ou non juridictionnelle. L'évolution de l'activité contentieuse de l'administration (**Chapitre 1**) permettra de conclure qu'il s'agit d'un phénomène historiquement occulté. En surmontant l'Histoire, il sera question de la reconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration (**Chapitre 2**).

¹ Odilon BARROT, Chambre des députés, séance du 27 février 1845, cité par Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 4.

Chapitre 1. L'évolution de l'activité contentieuse de l'administration

Avant que l'administration s'appelle administration¹, et avant que le contentieux administratif soit formellement qualifié comme tel², les agents publics exercent déjà des fonctions contentieuses, tant en France qu'en Colombie. Différents facteurs, politiques et théoriques, ont déterminé des transformations radicales dans l'attribution des fonctions contentieuses. Au cours de cette évolution, le pouvoir a réservé des emplacements différents au phénomène contentieux alors que les auteurs ont contribué à la mise en forme de l'organisation du pouvoir. Il sera donc question d'étudier la relation entre le contentieux et l'organisation du pouvoir (**Section 1**), ainsi que la dissimulation doctrinale de l'activité contentieuse de l'administration (**Section 2**).

Section I. Le contentieux et l'organisation du pouvoir

L'activité contentieuse de l'administration n'est pas indifférente à la conception du pouvoir. L'attribution du contentieux aux différentes autorités relève de l'organisation du pouvoir. Une certaine organisation de celui-ci a considéré que la décision administrative des litiges était la règle générale (juge ordinaire) de la résolution du contentieux administratif, alors que l'organisation actuelle a renversé la règle en faveur des juridictions. Dans le contexte des monarchies française et espagnole, cette dernière instaurée en Nouvelle-Grenade³, parler de l'activité contentieuse de l'administration conduit à penser à la conception même du pouvoir du roi. Dans ce contexte, les administrations monarchiques (**Sous-section 1**) exercent couramment des fonctions contentieuses alors que, dans les nouveaux régimes, l'instauration des administrations juridictionnelles (**Sous-section 2**) – autres que la juridiction administrative de droit commun, reflète une conception différente du pouvoir, tout en menant à terme l'occultation de l'activité contentieuse de l'administration.

Sous-section 1. Les administrations monarchiques

Les monarchies française et espagnole, de l'Ancien Régime, sont traditionnellement

¹ « Si le mot police est utilisé par les juristes par préférence à celui d'administration, la raison en est là encore que ce vocable ne recouvre pas son sens actuel. L'administration actuelle est exclusive : elle peut se concevoir en dehors de la justice. La police, elle, révèle bien la mentalité de l'ancien droit : elle est mêlée d'administration et de justice, à l'instar du pouvoir royal qui confond les attributions normatives et judiciaires », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, op. cit., p. 24. Le mot administration n'est précisé dans le sens actuel qu'à la fin du XVIII^e siècle : *Le petit Robert*, op. cit., entrée « administration ».

² « Confondue avec la police (...) et le gouvernement (...) l'administration était généralement (...) liée à la juridiction dont elle empruntait les formes (...) », Katia WEIDENFELD, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e – XV^e siècles)*, thèse, Paris II, De Boccard, Paris, 2001, p. 6.

³ La Nouvelle-Grenade (Nouveau Royaume de Grenade) est le nom de la Colombie pendant l'époque coloniale espagnole.

considérées comme des modèles caractérisés par la concentration des fonctions et par l'inexistence de limites au pouvoir. Il est affirmé que Louis XIV aurait dit au Parlement « *l'État, c'est moi* »⁴ et que Louis XVI aurait dit « *c'est légal parce que je le veux* »⁵. On ajoute encore que la monarchie aurait affirmé son pouvoir par la formule exécutoire : « *car tel est notre plaisir* »⁶. On prétend schématiser, par là, une certaine monarchie, non seulement absolue, mais devenue absolutiste⁷. On oppose la séparation des pouvoirs à la concentration absolue⁸. Dans ce contexte où tout le pouvoir appartiendrait au roi, l'étude des fonctions contentieuses des agents royaux présenterait un intérêt très faible, dans la mesure où cela ne serait que la conséquence même de la réunion des fonctions dans la personne du roi et, par extension, dans celles de ses agents. Or, une telle concentration absolue des pouvoirs n'a existé ni dans la monarchie française ni dans la monarchie espagnole, puisque, notamment, le judiciaire n'est pas un pouvoir complètement royal. Ainsi, en France et en Nouvelle-Grenade espagnole, l'existence de ce que l'on appelle la séparation des autorités administratives et judiciaires, explique qu'il existe un intérêt à l'égard de l'étude des fonctions contentieuses des fonctionnaires royaux. Cela permet de parler d'une activité contentieuse non judiciaire qui est couramment exercée par le roi et ses agents, pendant l'Ancien Régime français (§1), et pendant la période coloniale de la Nouvelle-Grenade (§2).

§1. L'Ancien Régime français

Dans l'Ancien Régime français le pouvoir public est, certes, construit sur la base de la

⁴ C'est la phrase que, d'après la légende, Louis XIV aurait prononcée le 13 avril 1655, à l'âge de 17 ans, lors d'un lit de justice au Parlement de Paris : « *L'État, c'est moi, disait-il, et il avait raison* », Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1, Louis Hauman et c. Libraires, Bruxelles, 1835, p. 135. Louis XIV n'a jamais prononcé une telle phrase. Celle-ci aurait été forgée par VOLTAIRE et elle a été diffusée par l'historien LEMONTEY (*Essai sur l'établissement monarchique de Louis XIV, et sur les altérations qu'il éprouva pendant la vie de ce prince*, Déterville, Paris, 1818). Cette phrase n'apparaît pas dans les registres manuscrits du Parlement du jour où il est soutenu que la phrase a été prononcée : « *Ledict seigneur Roy a dict, Messieurs, chacun sçait les malheurs qu'ont produit les assemblées du parlement. Je veux les prévenir et que l'on cesse celles qui sont commencées sur lois et édictz que j'ay aportés, lesquels je veux être exécutés. Monsieur le premier président, je vous deffend de souffrir aucunes assemblées et a pas un de vous de la demander. Et aussy tost s'est retiré* », Conseil secret, archives nat., registre coté X^{1A}, 8390, fol. 90 R°. Cf. François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français. Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 45.

⁵ « *C'est légal parce que je le veux* » disait Louis XVI au Parlement de Paris », Daniel VAILLANT, « Réflexion sur l'action administrative et sa sanction », A.J.D.A. *Les sanctions administratives*, n° spécial 2001, p. 10.

⁶ Cette expression est originalement utilisée par les Cours souveraines pour signifier que la décision est prise « *sous le bon plaisir du roi* ». Le roi n'a jamais prononcé une telle phrase ; mais, elle est introduite à la fin des actes du roi par la chancellerie, afin de signifier que c'était la volonté fidèle du roi : François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français. Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, op. cit., p. 92.

⁷ L'absolutisme. « *Ce terme n'apparaît qu'en 1797 sous la plume de Chateaubriand (Essai sur les révolutions) et sert à désigner, chez les historiens du XIXe Siècle, la monarchie des XVIIIe-XVIIIe siècles : une monarchie autoritaire, despotique, sans limites (...)* » « *L'absolutisme est l'un des termes les plus trompeurs de l'histoire de la pensée politique* » (Jackson) », Sylvain SOLEIL, *Introduction historique aux institutions. IV^e-XVIII^e siècle*, Flammarion, Paris, 2002, p. 311.

⁸ « *Il est vrai que le regard porté sur l'histoire même au-delà de nos frontières montre qu'originellement régnait une profonde confusion entre les fonctions judiciaires et administratives. Ainsi dans l'ancienne Chine impériale vers l'an 600 de notre ère, le juge de district rassemblait entre ses mains les attributions multifformes d'un sous-préfet, d'un policier, d'un magistrat du parquet, d'un juge pénal ou civil : il était responsable de la perception des impôts, de l'enregistrement des naissances mariages et décès, du cadastre, du maintien de l'ordre public. Simultanément il présidait le tribunal du lieu, faisait arrêter et punir les délinquants, et s'occupait des affaires civiles aussi bien que criminelles. En réalité aucun détail de la vie quotidienne de ses administrés ne lui échappait ; ainsi le nommait-on souvent : « le magistrat-père-et-mère-de-tous »*, Yves BENHAMOU, « Réflexions sur l'évolution de la fonction de juger dans l'État de droit », R.A., 1999, p. 538. Cf. Léon Duguit, « *Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique* », loc. cit., p. 23.

souveraineté royale disposant, par principe, de l'ensemble des prérogatives. Toutefois, il est considéré que le roi a délégué la justice dans des corps spéciaux. Lorsque les parlements exercent un contrôle à l'égard des actes et des agents du roi, la situation devient conflictuelle. La séparation des autorités administratives et judiciaires (A) limite les fonctions des parlements, tout en confirmant que le contentieux est couramment attribué aux autorités administratives (B).

A. La séparation des autorités administratives et judiciaires

Puisque tout pouvoir émane du roi⁹, toute justice provient de lui. La monarchie est absolue en tant que seule souveraine. En France, la monarchie a lutté contre le démembrement de sa puissance. Or, les juridictions administrent la justice et elles jouissent d'une certaine indépendance à l'égard du roi. Le roi dispose directement des fonctions contentieuses qu'il exerce lui-même ou par la voie de ses agents. La tension entre ces facteurs construit la séparation des autorités. Le roi est source de toute justice (1) et il retient une partie de celle-ci. Cela détermine l'existence d'une séparation qui est constamment rappelée (2).

1. Le roi est source de toute justice

Afin de raffermir leur pouvoir, les rois français ont dû nécessairement s'emparer de la fonction de justice. Le roi est source de toute justice parce qu'il s'impose aux justices privées (a) de même qu'il fonde des justices royales (b).

a. Les justices privées

Lorsque l'on regarde de près les origines de l'adage médiéval, « *toute justice émane du roi* », on vérifie que cela ne signifie pas que les rois de France disposaient dès l'origine de l'ensemble des pouvoirs et que, par acte de volonté, ils aient procédé à la délégation de cette faculté. Dans le contexte de la féodalité, il existait des justices privées qui n'avaient pas été déléguées par le roi. Notamment, le contrat de fief accordait le droit d'exercer une justice privé à l'égard des vassaux¹⁰. D'autres justices privées étaient le fait de délégations royales ; les seigneurs disposaient de la justice seigneuriale, dans la limite de leurs seigneuries, par un acte du roi, qui pouvait être, notamment, la concession de fief ou la charte d'immunité¹¹.

⁹ « *L'un des traits principaux de la Constitution française des derniers siècles avant 1789, c'était, en effet, la concentration de tous attributs de la puissance étatique en la personne du roi, qui incarnait en lui tous les pouvoirs ou, du moins, de qui émanaient tous les pouvoirs* », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Paris, Sirey, 1922, réimpression Dalloz, Paris, 2004, p. 11.

¹⁰ Cette justice contractuelle à l'égard des vassaux commence un déclin en faveur de la justice seigneuriale, jusqu'à sa disparition au XVI^e siècle. D'autres justices privées, comme la justice foncière, ont disparu en faveur de la justice des seigneurs.

¹¹ Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français XVe-XVIII^e siècle*, t. 2, P.U.F., 1989, p. 163.

Certes, dans le cas des justices seigneuriales, le roi délègue la justice¹² ; mais, à l'égard des autres justices privées, le roi affirme sa supériorité¹³ en se désignant comme la source de toute justice¹⁴. En tant que tel, le roi institue des justices royales.

b. Les justices royales

Le roi doit rendre la justice ; mais, il ne peut pas le faire personnellement. L'existence des justices privées demande l'instauration d'instances d'appel qui confirment que la justice appartient au roi. Ainsi, les tribunaux de prévôté décident l'appel des justices seigneuriales. Afin de contrôler les prévôts, le roi envoie, au XIII^e siècle, des agents (des baillis et des sénéchaux), qui sont devenus, eux aussi, des tribunaux de justice¹⁵. À son tour, les décisions des baillis et des sénéchaux sont soumises à l'appel devant la *Curia regis*¹⁶. C'est au XIII^e siècle que la *Curia regis* des Capétiens éclate en formant, notamment, le Conseil du roi ou d'État et le Parlement de Paris, celui-ci chargé particulièrement de rendre la justice¹⁷. À cet effet, les membres du Parlement sont délégués du roi « *« commis en son lieu » pour exercer la justice* »¹⁸. Ces délégués sont, de même, des conseillers du roi ; les remontrances sont, à l'origine, l'accomplissement du devoir de conseil que le Parlement tient à l'égard du roi¹⁹.

Le roi de l'Ancien Régime est, avant tout, un justicier²⁰. Il décide directement certaines affaires, assisté par son Conseil, il envoie des officiers dans tout le royaume pour administrer la justice à son nom et il délègue aussi cette fonction dans les cours de justice. Certes, le roi délègue la justice ; mais, il tient à rappeler qu'il s'agit d'une délégation, et non d'un abandon : exceptionnellement, il siège dans le Parlement de Paris, constituant un *lit de justice*. De même,

¹² Cette justice seigneuriale était constituée par trois niveaux différents. Cette justice a été objet de limitations quant à ses compétences entre les XIV^e et XVII^e siècles et, notamment, Louis XIV, en 1674, a racheté les droits de justice des seigneurs de Paris. De plus, en 1772, il a été disposé que si la justice royale était saisie d'abord, elle conservait la compétence « *par prévention absolue* » : Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècles*, t. 2, P.U.F., Paris, 1989, p. 175. La réforme judiciaire de 1790 a finalement fait disparaître les justices seigneuriales.

¹³ L'adage « *toute justice émane du roi* » serait alors le résultat du triomphe du roi sur les justices médiévales : André LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, thèse Droit, Paris, 1907, p. 289.

¹⁴ « (...) *il n'est pas étonnant dans ces conditions que la formation des États modernes se soit accompagnée de l'élimination de toute forme de justice privée, par application du principe selon lequel « toute justice émane du Roi ». Mais cette idée a aussi rendu très difficile et très aléatoire la spécialisation des fonctions administrative et judiciaire* », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 282.

¹⁵ Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècles*, t. 2., P.U.F., 1989, p. 189. « (...) *prévôts, sénéchaux, gouverneurs, puis intendants (...) seront tout à la fois, pour employer notre terminologie moderne, administrateurs, juges judiciaires et juges administratifs* », Francis-Paul BENOIT, « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *J.C.P.* 1964, I, 1838.

¹⁶ *Idem*, p. 197.

¹⁷ En principe la compétence consistait à l'appel des décisions des bailliages et sénéchaussées et d'autres justices de droit commun. Exceptionnellement, le Parlement disposait d'une compétence de premier ressort sur certaines matières.

¹⁸ François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français. Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, *op. cit.*, p. 402.

¹⁹ *Idem*, p. 403.

²⁰ « *Aussi, depuis le Moyen Âge, le roi de France fut-il essentiellement un justicier et son État un État de justice* », Michel ANTOINE, « La monarchie française de François I^{er} à Louis XVI », in *Les Monarchies*, (direction d'Emmanuel LE ROY LADURIE), P.U.F., Paris, 1986, p. 187.

il protège la partie du contentieux qu'il se réserve. Ces matières réservées donnent sens à la séparation à l'égard des autorités judiciaires qui est constamment rappelée.

2. Une séparation constamment rappelée

L'importance de l'adage « *toute justice émane du roi* » n'est pas théorique ; il devient un véritable principe ayant des conséquences pratiques sur la distribution du contentieux. La mise en place des restrictions à la compétence des cours de justice, donne lieu à une séparation fondée sur des matières réservées (a) au roi ou à ses agents. Cette situation devient conflictuelle et, à cet égard, la séparation doit être rappelée (b) par les rois.

a. Une séparation fondée sur des matières réservées

Source de toute justice, les rois vont se permettre de retirer certaines affaires de la connaissance des juges, par la voie de l'évocation. Source de toute justice, les rois vont de même exercer directement certains pouvoirs contentieux²¹. Dans les deux cas, il s'agit des affaires d'État ou intéressant le roi²² : « *Les princes peuvent juger eux-mêmes toutes les fois que le droit en litige tient à l'essence de la Monarchie, ou en dérive immédiatement* »²³. L'ensemble de ces matières constitue l'ancêtre du contentieux administratif²⁴. La séparation matérielle est aussi organique puisqu'elle se met en place entre les juridictions et les autorités administratives, agents du roi²⁵.

Même si tout pouvoir de justice dérive du roi et, par conséquent, le Conseil du roi exerce des fonctions de cassation à l'égard des décisions des cours de justice, la patrimonialité et la vénalité des charges vont assurer une certaine indépendance des parlements qui se proclament comme des *cours souveraines*. Les fonctions de publicité des normes (l'enregistrement) et de conseil au roi (les remontrances), ainsi que les fonctions

²¹ « *Les rois de France se sont réservé de tout temps le droit d'exercer directement leur juridiction sur des affaires qui, par leur nature ou par la qualité des parties, semblaient se placer en dehors des litiges ordinaires (...) il se réservait d'évoquer par lettres spéciales des affaires qui rentraient dans la compétence de ses cours de justice, mais, qu'il convenait d'attirer à lui* », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 118.

²² Affaires « *« qui touchent le roi », ou qui « intéressent l'administration »* », Katia WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif. Du XIV^e siècle à nos jours*, Economica, Paris, 2010, p. 13.

²³ « *Le prince ne peut pas déléguer les attributs essentiels de la souveraineté, parce que ce seroit choquer la nature du gouvernement. Il est libre au prince de déléguer ou de se réserver le commandement militaire et le pouvoir administratif ; mais il doit déléguer l'autorité judiciaire* », Pierre-Paul-Nicolas HENRION de PANSEY, *De l'Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, op. cit., p. 83. « *Exception à la règle établie dans le Chapitre précédent. Les princes peuvent juger eux-mêmes toutes les fois que le droit en litige tient à l'essence de la Monarchie, ou en dérive immédiatement* », idem, p. 89.

²⁴ La pratique de l'évocation « (...) *permet la naissance du contentieux administratif, mais, au prix de rapports orageux entre Parlement et Conseil du roi* », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 45.

²⁵ La séparation des autorités administratives et judiciaires ne peut pas alors être placée lors des interdictions faites aux parlements de s'immiscer sur certaines affaires. Ces interdictions ne sont que des rappels d'une séparation qui est, d'ores et déjà, établie : « *Il est bien rare, sous l'Ancien Régime, que les institutions aient un acte de naissance : elles sortent peu à peu d'institutions plus anciennes, elles ne naissent pas à un jour donné* », Georges PAGES, *La Monarchie d'ancien régime en France : de Henri IV à Louis XIV*, Armand Colin, Paris, 1946, p. 99.

contentieuses, deviennent des instruments du blocage de l'action monarchique²⁶. Les parlements ne se considèrent plus des délégués du roi ; mais, les héritiers des Assemblées francs, titulaires légitimes de la fonction législative, peuvent prononcer des arrêts de règlement et refuser l'enregistrement de la « loi » (notamment des lettres patentes) et demander la modification, à leur gré, par des remontrances successives. La séparation est alors source de conflits et elle doit être rappelée à plusieurs reprises.

b. Une séparation rappelée

Les parlements acceptent mal les pouvoirs des agents du roi (intendants) qui sont dépêchés régulièrement dans le royaume et qui se montrent comme des « rivaux »²⁷ en matière contentieuse²⁸. La séparation entre les matières judiciaires et celles qui intéressent le roi devient problématique quand les juridictions s'arrogent le droit de contrôler les actes des autorités royales (notamment des intendants) et prennent des mesures à l'égard des fonctionnaires du royaume²⁹. Louis XIII se voit obligé de faire un rappel de son pouvoir³⁰ : puisque toute justice lui appartient, l'édit de Saint-Germain-en-Laye du 16 février 1641³¹ interdit aux parlements de s'immiscer dans ces affaires et de gêner l'action de ses fonctionnaires³². L'édit confirme la séparation³³ déjà décidée dans les faits : « (...) *la proclamation du principe étant, non point la cause; mais, la conséquence de cette situation de*

²⁶ Le judiciaire : « *Émule de la puissance législative, il révisait, modifiait ou rejetait les lois ; rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations, en arrêtait le mouvement, et en inquiétant les agents (...)* », THOURET, *Ass. Nat.* 24 mars 1790, *Arch. Parlem.* 1^{re} série, t. 12, p. 344, cité par Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif, op. cit.*, p. 438.

²⁷ Jean-Louis MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français, op. cit.*, p. 190.

²⁸ Les intendants disposaient notamment du pouvoir de retirer une affaire de la connaissance d'une cour de justice pour décider directement ou l'envoyer au Conseil d'État.

²⁹ « (...) *la lutte que Louis XIII avait eu à soutenir contre un retour offensif de l'aristocratie féodale appuyée sur des princes du sang et sur le propre frère du roi. À la noblesse, devenue ennemie, il opposait des « gens du roi », des représentants directs de son autorité, investis de pouvoirs souvent excessifs ; la résistance des Parlements à l'exercice de ces pouvoirs lui apparaissait comme une complicité de rébellion* », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit.*, p. 126.

³⁰ « *Des graves conflits éclatent en conséquence entre les intendants et les Parlements, qui n'hésitent pas à annuler des ordonnances de leurs rivaux (...)* Mais, fort de l'appui de Louis XIII, Richelieu fait casser les arrêts des Parlements par le Conseil du roi (...) Vers la fin de sa vie, en février 1641, il fait prendre par le roi, à Saint-Germain, un édit condamnant catégoriquement les prétentions des Parlements en matière administrative (...) », Jean-Louis MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français, op. cit.*, p. 190.

³¹ « (...) *au lieu de se contenter de cette puissance qui les rend juges de la vie de l'homme et des fortunes de nos sujets, voulaient entreprendre sur le gouvernement qui n'appartient qu'au prince (...)* À ces causes, nous avons déclaré que notredit Parlement de Paris et toutes nos autres cours n'ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets ; leur faisons très expresses inhibitions et défenses, non seulement de prendre à l'avenir connaissance d'aucunes affaires semblables à celles qui sont ci-devant énoncées, mais, généralement de toutes celles qui peuvent concerner l'État, administration ou gouvernement d'icelui (...) Déclarons dès à présent toutes délibérations et arrêts qui pourront être faits à l'avenir contre l'ordre de la présente déclaration nuls et de nul effet comme faits par personnes qui n'ont aucun pouvoir de nous de s'entremettre du gouvernement de notre royaume », Édit de Saint-Germain-en-Laye du 16 février 1641.

³² Puisque Louis XIII avait dû subir l'opposition devenue systématique de la part des Cours, par la voie des refus d'enregistrement et par la multiplication des remontrances, cet édit a été « enregistré d'autorité ». Cet édit « (...) leur interdit toute remontrance à propos des lettres patentes concernant l'administration et le gouvernement de l'État », Jean-Louis HAROUEL et al., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 11^e éd., P.U.F., Paris, 2006, p.437.

³³ Contre cette affirmation : Philippe PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*, P.U.F., Paris, 1997, et Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789, op. cit.*, p. 44.

fait»³⁴. Or, pour aménager cette séparation, une pratique s'est instaurée, après l'édit de Saint-Germain, d'inclure une clause interdisant aux parlements de prendre connaissance de l'acte en question³⁵. L'évocation continue d'être utilisée pour les actes ne disposant pas de cette clause.

La tension permanente provoquée par la séparation des autorités fait triompher transitoirement les Parlements, pendant la Fronde³⁶. En ayant vaincu celle-ci, le roi interdit le 22 octobre 1653 au Parlement « *de prendre aucune connaissance des affaires de notre État et de la direction de nos finances* »³⁷. La séparation des autorités judiciaires et des agents du roi est ainsi à nouveau confirmée. À nouveau, en 1661, l'édit de Fontainebleau (8 juillet 1661), ordonne aux cours d'obéir aux arrêts du Conseil du roi et de ne pas distraire de sa compétence les affaires intéressant au roi³⁸.

Louis XIII a ainsi entrepris le raffermissement du pouvoir royal, tout en réduisant les prérogatives des parlements. Louis XIV a encore limité les moyens d'action des parlements³⁹ auxquels il interdit de s'appeler cours « *souveraines* »⁴⁰ et cette évolution conduit, notamment, au fait qu'entre 1673 et 1715, les parlements n'exercent plus leur droit de remontrances⁴¹. En 1773, le roi rend obligatoire l'enregistrement des lettres patentes concernant les affaires publiques et il fixe un bref délai pour y procéder⁴². Louis XVI, quant à lui, rappelle les défenses traditionnelles dans le lit de justice tenu le 12 novembre 1774⁴³. Les auteurs postérieurs à la Révolution décrivent ce processus

³⁴ Francis-Paul BENOIT, « Les fondements de la justice administrative », *loc. cit.*, p. 284.

³⁵ Ladite clause disposait que : les contestations relatives à cet acte « *seront portées devant l'intendant, pour être jugées par lui, sauf appel au Conseil. Défendons à nos cours et tribunaux d'en prendre connoissance* ».

³⁶ La révolte des parlements et de la noblesse, après la mort de Louis XIII, a permis d'abroger éphémèrement les fonctions des intendants par les délibérations de l'assemblée « *de la chambre de Saint-Louis* » de Juillet de 1648 ; mais, rétablies peu après, les intendants n'ont été dissous que par la loi des 16-24 août 1789. « *Les pouvoirs des intendants blessaient à la fois les privilèges de la noblesse et ceux des cours souveraines. Ainsi s'explique ce fait si rare dans notre histoire et qui caractérise la Fronde : l'alliance des Parlements avec la noblesse contre l'autorité royale* », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, p. 129.

³⁷ Cit. par François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français. Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, *op. cit.*, p. 46 et 406.

³⁸ La motivation de l'édit était notamment le fait que « (...) *les juges des cours souveraines, fortifiés par les conclusions et réquisitions des avocats et procureurs généraux de sa Majesté et leurs substitués ont premièrement osé faire défenses d'exécuter les arrêts de son conseil, et de là ils ont passé à connoître des affaires qui auroient été terminées, de prononcer au contraire, et comme ce n'étoit point assez d'avoir offensé la justice de sa Majesté, ils ont voulu ôter à ses sujets la liberté de lui porter leurs plaintes, et de se pourvoir en son conseil contre leurs entreprises, jusqu'à mulcter d'amendes et de prisons ceux qui y auroient eu recours* », Édit de Fontainebleau du 8 juillet 1661 ou Arrêt du Conseil d'en Haut faisant injonction aux parlements, grand conseil, chambre de Comptes, cours des Aides, et à toutes autres compagnies souveraines de déférer et se soumettre aux arrêts du conseil, in François-André ISAMBERT et al., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. 17, éd. Belin-Leprieur, Paris, 1821-1833, loi n° 375, p. 404.

³⁹ « *L'élévation trop grande des parlements avait été dangereuse à tout le royaume durant ma minorité. Il fallait les abaisser, moins pour le mal qu'ils avaient fait que pour celui qu'ils pouvaient faire à l'avenir. Leur autorité, tant qu'on la regardait comme opposée à la mienne, produisait de très méchants effets dans l'État (...) il eût fallu ôter à ces corps ce qui leur avait été donné autrefois (...)* », Louis XIV, *Mémoires pour l'instruction du dauphin, mémoires pour l'année 1661*, éd. de Pierre Gaubert, Paris, 1992, p. 66-86. Cf. Jean-Louis THIREAU, *Les idées politiques de Louis XIV*, P.U.F., Paris, 1973, p. 62.

⁴⁰ *Mémoires pour l'année 1661*, *op. cit.*, p. 38.

⁴¹ « (...) *au XVIIIe siècle, la royauté se libère de ses entraves traditionnelles* », Jean-Louis THIREAU, *Les idées politiques de Louis XIV*, P.U.F., Paris, 1973, p. 9.

⁴² Déclaration royale de 1673 qui « *supprime les remontrances préalables à l'enregistrement. Les lettres patentes concernant les affaires publiques et émanées du propre mouvement du roi doivent être obligatoirement enregistrées dans un très bref délai. Après quoi seulement les cours pourront, si elles le veulent, rédiger des remontrances. C'était priver de toute efficacité le droit de remontrance* », Jean-Louis HAROUEL et al., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, *op. cit.*, p. 438.

⁴³ François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français. Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, *op. cit.*, p. 383.

comme une détérioration de l'équilibre de la monarchie par l'affaiblissement des pouvoirs des cours de justice et, par conséquent, parlent de la naissance de l'absolutisme⁴⁴. Les historiens ont ensuite démontré que cette période ne constitue pas une rupture et que cela n'est que la caractéristique même de la monarchie bien avant Louis XIV⁴⁵. Cela ne constitue alors que la confirmation de ce qui sera ultérieurement nommée la séparation des autorités administratives et judiciaires et qui sera encore rappelée par la Révolution⁴⁶. La séparation était d'abord seulement constituée par des défenses à l'égard des juges ; mais, la Révolution va aussi interdire l'empiètement des juges de la part de l'administration. La séparation est nécessaire dans la mesure où, pendant l'Ancien Régime, le contentieux n'est pas exclusivement confié aux compagnies de justice, mais, en revanche, il est couramment attribué aux autorités administratives.

B. Le contentieux, couramment attribué aux autorités administratives

La séparation des autorités administratives et judiciaires se réalise matériellement à partir des affaires que le roi se réserve et dont les cours de justice sont interdites de prendre connaissance⁴⁷. La décision est alors confiée au roi et à son conseil ou à des agents du roi, comme ce fut le cas de l'intendant. Pendant l'Ancien Régime, il est habituel de faire recours aux fonctions contentieuses de l'administration monarchique (1) et cette règle est maintenue après 1789 puisque la Révolution confirme les fonctions contentieuses de l'administration (2).

1. Les fonctions contentieuses de l'administration monarchique

En France, le roi dispose de larges pouvoirs contentieux qu'il accorde aux administrations qu'il commande. L'attribution d'une fonction administrative signifie aussi la compétence pour trancher les contestations qui en dérivent. La fonction contentieuse découle de l'action administrative (a), ce qui se confirme dans le cas des fonctions contentieuses des intendants (b).

a. La fonction contentieuse dérive de l'action administrative

⁴⁴ « (*« Toute justice émane du roi » = la Justice est retenue ou déléguée*) » Avant la révolution alors « La justice administrative apparaît donc nettement liée au mécanisme institutionnel, qui réalise effectivement l'absolutisme monarchique (...) La juridiction administrative semblait être « une invention du despotisme » (Dareste) », Pierre LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, p. 278.

⁴⁵ « Louis XIV et Louis XV ont été des rois absolus, comme l'aveint été leurs prédécesseurs : Henri IV, François Ier, Louis XI, Charles V, et même saint Louis, sans parler des autres », François OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français. Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, op. cit., p. 11. Dans le même sens de nier la dérive absolutiste des monarchies française, espagnole et anglaise : Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho. Del Antiguo régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVII a XIX*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 33.

⁴⁶ « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ces soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions », art. 13 de la loi du 16-24 août 1790.

⁴⁷ « (...) toute une catégorie importante de contestations dont l'ensemble a formé ce que l'on a appelé depuis le contentieux administratif, étaient tranchées, par l'administration et de cette façon soustraites à la justice. D'ailleurs, la royauté était libre de faire échapper aux tribunaux tels procès qu'elle entendait, même après qu'ils en avaient été saisis, ce fut l'objet des évocations (...) », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1899, p. 23.

De la façon la plus naturelle, le pouvoir d'administrer implique celui de trancher les contestations que soulève l'action de l'administration⁴⁸. Le roi confirme sa fonction de justicier, en créant des autorités ou en envoyant des agents qui disposent de la mission de trancher ces contestations⁴⁹. Ainsi, l'ordonnance royale du 9 février 1387 institue des autorités administratives chargées du recouvrement des aides⁵⁰. Les contestations y sont courantes et, par conséquent, les *Généraux des aides* sont chargés de connaître « *tous plaidis, débats ou questions touchant lesdites aides, circonstances et dépendances* »⁵¹. Cela n'est qu'un exemple des autorités administratives qui furent chargées, sous l'Ancien Régime, des affaires contentieuses⁵².

Le symbole des autorités administratives chargées des fonctions contentieuses pendant l'Ancien Régime sont les intendants⁵³ : des autorités administratives déconcentrées⁵⁴, sous le commandement du roi. Les intendants sont dépêchés par une lettre de commission où il est précisé les fonctions de diverses natures, dont la contentieuse, que l'agent devra remplir. Les intendants furent ainsi chargés de trancher les litiges qu'ils rencontraient dans l'exercice de leur mission en province. C'est avec le Cardinal RICHELIEU⁵⁵ que l'institution des intendants du roi prend une place centrale dans la monarchie qui, grâce à eux, contrôle tout le royaume : ils sont les agents directs du roi pour conserver le « *bon ordre* » (intendants de police), ils exercent un contrôle devenu presque permanent en matières fiscale (intendants de finances) et de justice (intendants de justice). Leurs fonctions contentieuses sont très variées.

b. Les fonctions contentieuses des intendants

⁴⁸ « (...) toute administration comportait une justice, et on ne concevait guère des officiers ou commissaires qu'ils ne fussent pas en même temps juges sur les matières de leurs charges », Pierre GOUBERT, *L'Ancien Régime : les pouvoirs*, Armand Colin, Paris, 1979, p. 95.

⁴⁹ « Partout où le roi commandait, directement ou par ses délégués, il considéra l'exécution de ses ordres et les difficultés auxquelles elle pouvait donner lieu comme relevant de sa propre juridiction, de sa « justice retenue, et il fit exercer cette juridiction par des conseillers et des agents de la Couronne étrangers aux corps judiciaires », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 110.

⁵⁰ Impôt destiné à soutenir le roi pendant la guerre.

⁵¹ Ordonnance de 1387 « Ainsi se formèrent les Cours des aides qui restèrent chargées jusqu'à la révolution d'une partie du contentieux des contributions publiques », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 115.

⁵² La justice administrative - ou les justices administratives - appartenait au roi, même si des raisons pratiques déterminaient un exercice indirect par des maîtres des requêtes qui recevaient les réclamations à la porte du palais royal et qui pour cela furent connus comme les « juges de la porte », *ibidem*, p. 119.

⁵³ « Leur origine est bien connue. Au XVI^e siècle, les maîtres des requêtes au Conseil d'État, succédant aux *missi domici* de Charlemagne et aux *grands baillis* de Philippe-Auguste, veillent, au cours de chevauchées dans les ressorts des divers Parlements, à l'exécution des ordonnances royales et reçoivent les plaintes des particuliers, pour en rendre compte au Conseil du Roi. Progressivement, ces maîtres des requêtes, deviennent sédentaires et prennent le nom d'intendants. La transformation est l'œuvre de Richelieu, qui les institue par des commissions individuelles à partir de 1620 (...) », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 56. Cf. Rodolphe DARESTE, *La Justice administrative en France ou traité du contentieux de l'administration*, Durand, Paris, 1862, p. 104 et suiv. où cette évolution est expliquée.

⁵⁴ À l'origine les intendants étaient des fonctionnaires en mission, envoyés en province pour remplir des fonctions temporaires ; mais, peu à peu, leurs fonctions sont devenues de plus en plus permanentes.

⁵⁵ Cf. « La monarchie française sous Louis XIII. Richelieu », Georges PAGES, *La Monarchie d'ancien régime en France*, Armand Colin, Paris, 1946, p. 74 et suiv.

En matière contentieuse, les fonctions des intendants sont très hétéroclites⁵⁶ : ils répriment les infractions à certaines mesures de police ; ils jugent la rébellion et les séditions et ils sont les juges de droit commun de l'action administrative⁵⁷. Non seulement les intendants exercent des fonctions contentieuses propres, mais aussi ils exercent le droit de regard que le souverain dispose sur les cours de justice. À cette fin, les intendants peuvent même prendre directement des décisions à la place des parlements⁵⁸.

C'est en raison de cette fonction que les intendants deviennent la raison majeure de l'affrontement avec les cours de justice qui, acceptant mal cette supposée intrusion, font des intendants les principales victimes de la Fronde. Les parlements réclament leur suppression et le roi s'incline par la déclaration royale de 1648 : « *Nous avons, dès à présent, révoqué et révoquerons toutes les commissions extraordinaires qui pourraient avoir été expédiées pour quelque cause et occasion que ce soit (...)* »⁵⁹.

La suppression n'est pas définitive et ils seront rétablis et fortifiés. Au XVIII^e siècle les intendants ont gagné leur propre domaine d'action⁶⁰ et, depuis longtemps, ils ne sont plus des agents en mission, mais des autorités sédentaires ; ils forment une justice administrative structurée en plusieurs degrés, car leurs décisions sont jugées en appel par le roi et son Conseil⁶¹, dans des affaires où les cours de justice n'ont pas de compétence. Les intendants décident conformément à une procédure qui associe des cabinets ou des bureaux spécialisés dans la fonction contentieuse de l'intendant, mais sans mener une véritable procédure contradictoire⁶².

⁵⁶ Par exemple, les intendants sont chargés, en province, de décider les contestations relatives au tirage de la loterie royale créée par l'arrêt du Conseil du 30 juin 1776 : Rodolphe DARESTE, *La Justice administrative en France*, op. cit., p. 131. Sur la description des différentes fonctions des intendants : *idem*, p. 110 et suiv. Cf. « Les intendants et les commissaires départis » : Antoine DARESTE, *Études sur les origines du contentieux administratif en France*, Auguste Durand, Paris, 1855, p. 3 et suiv.

⁵⁷ D'après BONNARD, les intendants du roi sont devenus de véritables juridictions administratives en raison des délégations du roi pour trancher les litiges et, « *Ce fut ce précédent qui inspire le système d'administrateurs-juges établi par les lois de 1790* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 156.

⁵⁸ Cette fonction est particulièrement choquante pour les parlements : « (...) *l'arrêt du Conseil du 19 octobre 1656 (...)* casse, comme attentatoires aux droits du Conseil, les arrêts de plusieurs Parlements qui mandaient à leur barre des maîtres des requêtes en mission », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 129. V. CAILLET, *Administration du cardinal Richelieu*, p. 41 et s.

⁵⁹ Et il continue « (...) *même les commissions d'intendant de la justice dans les généralités de notre royaume, fors et excepté dans les provinces de Languedoc, Bourgogne, Provence, Lyonnais, Picardie et Champagne, esquelles (sic) provinces les intendants qui seront par nous commis ne pourront se mêler de l'imposition et de la levée de nos deniers, ni faire aucune fonction de la juridiction contentieuse mais pourront seulement èsdites (sic) provinces être près des gouverneurs pour les assister en l'exécution de leurs pouvoirs* », Cité par Rodolphe DARESTE, *La Justice administrative en France*, op. cit., p. 110.

⁶⁰ « *L'intendant a bien la qualité de juge administratif, suivant le sens donné à l'époque à l'expression, puisqu'il est chargé de trancher le contentieux administratif* », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 58.

⁶¹ « *Appelons l'intendant par son nom : il est non seulement administrateur, mais, juge administratif. Très rapidement, par son intermédiaire, la Monarchie joue et gagne contre des juridictions trop nombreuses, représentatives de privilèges anachroniques et souvent affaiblies. Au XVIII^e siècle, malgré de profondes différences entre généralités, l'intendant est devenu une juridiction administrative du premier degré et tend à regrouper les compétences les plus variées : contentieux fiscal, du service militaire, des travaux publics et de l'administration des communautes d'habitants. – Au-dessus des intendants : le Conseil du roi, qui tout naturellement devient juge d'appel (...)* », Pierre LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, op. cit., p. 277. « *Enfin le Conseil du roi exerçait la juridiction administrative, soit comme juge de premier et dernier ressort, soit comme juge d'appel des intendants et autres commissaires délégués par le roi* », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 133.

⁶² « *La plupart des intendants statuent seuls sur les litiges dont ils sont saisis, en cabinet ou par l'intermédiaire de leurs bureaux ou subdélégués. Ils se réfèrent autant à des considérations d'équité ou de bonne administration qu'à des normes juridiques précises placées sous l'influence de la coutume. Aucune garantie procédurale n'est définie*

À l’Ancien Régime, toute justice émane du roi et ses agents sont dépositaires de cette fonction de justice retenue. La Révolution aurait signifié une véritable coupure avec l’Ancien Régime si, en fonction d’une telle séparation des pouvoirs, le contentieux était retiré de l’administration. Dans un autre contexte, le professeur RIVERO affirmait « *la révolution était possible, la révolution n’a pas eu lieu* »⁶³.

2. La Révolution confirme les fonctions contentieuses de l’administration

Alors que la Révolution ne retire pas les fonctions contentieuses à l’administration⁶⁴, les intendants et leurs délégués sont supprimés le 22 décembre 1789. Ainsi, la Révolution ne procède qu’au réaménagement du panorama administratif et à une substitution des autorités administratives chargées de la fonction contentieuse⁶⁵. L’intention de rupture vis-à-vis des institutions monarchiques et le projet d’uniformisation propre aux révolutionnaires motivent la condamnation des juridictions spéciales ou d’exception dans les divers contentieux administratifs, notamment en matière fiscale⁶⁶, mais non l’interdiction de l’exercice des fonctions contentieuses par l’administration. Face à la suppression des anciennes juridictions d’exception, du Conseil d’État et des autres autorités administratives chargées de régler le contentieux administratif, des nouvelles autorités administratives sont chargées transitoirement du contentieux administratif (a). Or, après la réitération de la séparation des autorités administratives et judiciaires, les attributions contentieuses de l’administration sont confirmées (b).

a. Les autorités administratives sont chargées transitoirement du contentieux administratif

par les textes (15); mais, des pratiques administratives apparaissent et notamment le caractère écrit de la procédure : une saisine par requête, des échanges de mémoires, une possibilité d’expertise, et parfois l’audition de témoins. Cette procédure non contradictoire se déroule dans la discrétion et l’ordonnance qui intervient n’est pas motivée. La faculté théorique d’appel non suspensif ou de cassation auprès du Conseil du Roi demeure largement fictive, car ces recours sont généralement instruits par les bureaux du Contrôle général des finances dominés par les intendants. Les oppositions auprès de l’intendant introduites par le demandeur ou un tiers paraissent en revanche plus fréquentes », Bernard EVEN, « Des conseils de préfecture aux tribunaux administratifs », *R.F.D.A.* 2004 p. 475.

⁶³ Jean RIVERO, rapport de synthèse au colloque des 2 et 3 décembre 1977 sur « domaine de la loi et du règlement, cité par Louis FAVOREU in « Éditorial », *Revue de la Recherche juridique*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2002, p. 1.

⁶⁴ Il est intéressant de voir comment le professeur BIGOT parle expressément de « *L’ACTIVITÉ CONTENTIEUSE DE L’ADMINISTRATION AUX COMMENCEMENTS DE LA RÉVOLUTION (1790-1792)* », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789, op. cit.*, p. 30.

⁶⁵ « *On doit éviter d’établir a priori des cloisonnements étanches entre des « coupes » d’évolution, qui ne sont pas nécessairement significatives ; on risquerait également d’édifier notre reconstitution du passé sur le postulat, si souvent contesté depuis la Restauration, d’une rupture totale entre l’Ancien Régime et le XIXe siècle* », Pierre LEGENDRE, *Histoire de l’administration de 1750 à nos jours*, P.U.F. Paris, 1968, 580, p. 33.

⁶⁶ Affirmer que le contentieux fiscal est un contentieux administratif contrarie les idées avancées par TROTABAS, visant à affirmer l’autonomie du droit fiscal à partir de l’existence d’un contentieux fiscal autonome. Faute d’une juridiction fiscale unique, « *du moins y a-t-il un contentieux fiscal qui constitue, au service du droit fiscal, un tout autonome* », Louis TROTABAS, « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, p. 715.

La justice retenue est confirmée par des lois particulières qui ont placé le contentieux dans l'administration, elle-même. La première d'entre elles, c'est la loi du 14 décembre 1789 qui affirme la compétence des directeurs de département pour décider des réclamations des citoyens se considérant lésés par les actes « *inconstitutionnels* » des corps municipaux (arts 50, 51 et 55)⁶⁷. Les lois des 6-13 juin et 30 juin - 2 juillet 1790 déclarent la compétence transitoire des assemblées départementales pour connaître des « *difficultés* » en matière d'impôts directs. Cela est confirmé par la loi des 28 et 30 juin 1790 qui attribue, aux directoires de département, la décision des requêtes des citoyens « *en décharge ou réduction, en remise ou modération* » des impôts directs⁶⁸. En matière électorale, l'instruction des 12-20 août 1790 ordonne aux directoires de département de juger le contentieux des élections locales⁶⁹ et cette compétence serait acceptée car ces autorités administratives étaient élues⁷⁰. Par la voie de la hiérarchie administrative, le roi et les ministres auront aussi été chargés des fonctions contentieuses⁷¹.

Il s'agissait de « *décisions d'espèce* » qui ne constituaient pas une décision d'ensemble concernant l'attribution du contentieux administratif à l'administration. La loi du 22 décembre 1789 section 3, article 7 reprend les interdictions successives aux juridictions de s'immiscer dans les affaires administratives dans le sens que « *Les administrateurs de département et de district ne pourront être troublés dans l'exercice de leurs fonctions par aucun acte du pouvoir judiciaire* ». Cette idée fut généralisée par la loi 16- 24 août 1790 qui organise la juridiction ordinaire ou « *judiciaire* » et qui, dans son article 13 du titre II, dispose que « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Cette réitération des défenses faites aux juridictions pose à nouveau la question sur l'attribution du contentieux administratif.

b. Les attributions contentieuses de l'administration sont confirmées

L'interdiction faite aux tribunaux de s'immiscer dans les affaires administratives

⁶⁷ *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. 18, p. 13.

⁶⁸ Le système séparait la délibération du contentieux. Il existe un conseil de département chargé de la délibération tandis que l'action et le contentieux appartenait au directoire de département.

⁶⁹ L'instruction précisait huit cas où le directoire du département devait déclarer la nullité des élections locales. La loi du 6, 7 et 10 novembre 1790 aménage la procédure, toujours sous la décision des directoires de département, mais sous l'avis préalable des directoires de district. Le décret du 15 mars 1791 a finalement réparti la compétence de décision entre les directoires de district, de département et les tribunaux de district avec une compétence réduite pour juger les réclamations individuelles portant sur la qualité de citoyen actif ou sur celle d'éligible.

⁷⁰ « *Ces directoires composés d'hommes choisis par le peuple pour un temps court et toujours en activité, doivent conduire toutes les affaires de l'administration. Pourquoi ne videraient-ils pas les questions contentieuses qui en dépendent ? ... Les administrateurs sont sans doute plus propres que les juges à vider ces différends avec ce dégagement de tout appareil de chicane (...)* », Intervention de Jean-Pierre PEZOUS à la Constituante, citée par Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 75. « *Pezous montre l'inanité des préventions contre l'administration active, parce que son origine démocratique la rend aussi impartiale, aussi indépendante que les tribunaux judiciaires* », idem.

⁷¹ François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, P.U.F., Paris, 1995, p. 51.

n'entraînait nullement une conséquence claire sur l'assignation du contentieux administratif⁷². Trois semaines après l'adoption de la loi des 16- 24 août 1790, la décision a été prise : la loi des 6-7 et 11 septembre 1790⁷³ donne compétence aux directoires de département et de district pour statuer sur le contentieux des contributions directes, des marchés publics⁷⁴, des travaux publics et des expropriations⁷⁵. De cette manière, la Constituante marquait, non pas une rupture avec l'Ancien Régime, mais une continuité avec des ajustements⁷⁶.

Les recours contre les décisions des directoires (de département ou de district) sont décidés par les ministres⁷⁷. La loi des 7-14 octobre 1790 attribue le contentieux du dernier ressort au chef de l'État et aux ministres⁷⁸. Plus précisément, la loi des 15-27 mars 1791 charge le roi de l'annulation des décisions des directoires de district (lesquelles pouvaient aussi être annulées par les directoires de département, articles 25 et 27) et des arrêtés des directoires de département (article 32)⁷⁹. La compétence concernant la résolution des recours a été modifiée par la loi du 27 avril- 25 mai 1791 qui crée un conseil de ministres qu'il appelle Conseil d'État⁸⁰, chargé d'assister le roi dans la décision des recours⁸¹. Ce conseil assume les compétences

⁷² À l'intérieur de l'Assemblée il a été soutenu, dans un premier temps, que la conséquence de cette disposition serait l'institution d'un tribunal judiciaire spécial chargé du contentieux administratif. Or, cela aurait été perçu comme le rétablissement des juridictions d'exception que la Révolution a eu à cœur de condamner. Cf. Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, op. cit., p. 442-443.

⁷³ C'était une législation qui « avait à la fois confondu l'action, la délibération et la juridiction administratives dans les mêmes mains », Théophile DUCROcq, *Cours de Droit administratif*, t. I, op. cit., p. 228.

⁷⁴ « difficultés » en l'interprétation ou en l'interprétation des clauses des marchés publics.

⁷⁵ Les directoires de département se prononcent sur l'appel des décisions des directoires de district en matière de contributions directes et de contrats de travaux publics, concernant les demandes d'indemnité pour prise de terrains et pour les dommages causés par les entrepreneurs. De même, les directoires de département sont compétents pour le contentieux électoral (des élections politiques et judiciaires), recrutement de l'armée et contentieux des biens communaux. Le directoire de district, en revanche, est compétent seulement en matière de contributions directes, décision qui peut appeler devant le directoire de département.

⁷⁶ « La Constituante dont l'œuvre fut ici capitale, pouvait supprimer les institutions monarchiques ; elle ne pouvait empêcher le fait que l'action administrative soulève des difficultés entre l'État et les citoyens, ni rompre le cercle des habitudes ancestrales ; la tradition, ancrée dans les mœurs au terme de trois siècles d'absolutisme, était bel et bien que les réclamations contre l'Administration soient portées devant l'administration d'exécution (intendants) ou l'instance politique suprême (Conseil du roi) », Pierre LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, op. cit., p. 278-279.

⁷⁷ « Toutefois, l'annulation prononcée par les ministres ne devient définitive que par la confirmation formelle du Directoire. Celui-ci peut aussi annuler directement et omiso medio les actes des administrations départementales ou communales », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 155.

⁷⁸ L'art. 3 de la loi dispose : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux. Elles seront portées au roi, chef de l'administration générale ». Une première interprétation de la norme prétendait qu'elle fondait la compétence du roi pour trancher les conflits de compétence. Or, le Conseil d'État interprète, en 1832, (C.E.f. 2 mars 1832, *Dellier et consorts*, Rec., p. 531) que cette norme donne au roi le pouvoir d'annuler les actes administratifs pris par une autorité incompétente. Cela a permis de fonder le recours pour excès de pouvoir. Voir : Jean-Louis MESTRE, « Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents », *R.F.D.A.*, 1996, p. 289. Pour lui, c'est la seconde interprétation, celle qui correspondait au sens originel du texte de 1790 : Jean-Louis MESTRE, « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *E.D.C.E.*, n° 43, 1991, p. 281-298. Cela n'est pas une nouveauté : cette possibilité de recours dirigé directement au roi existait sous l'Ancien Régime et, dès 1673, le roi avec son Conseil est devenu le juge exclusif des « affaires publiques et de justice et de finances » v. Pierre LAMPUE, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis les origines jusqu'au début du XXe siècle », *R.I.S.A.* 1954, p. 359.

⁷⁹ Le roi pouvait annuler les actes « contraires, soit aux règles établies par la constitution des corps administratifs, soit aux lois de l'État, soit aux ordres » qu'il donnait.

⁸⁰ « (...) faussement nommé Conseil d'État », Jean APPLETON, *Traité élémentaire du Contentieux Administratif*, Dalloz, Paris, 1927, p. 87.

⁸¹ L'article 17-2 disposait qu'il était fonction du Conseil, « l'examen des difficultés et la discussion des affaires dont la connaissance appartenait au pouvoir exécutif, tant à l'égard des objets dont les corps administratifs et municipaux étaient chargés sous l'autorité du Roi, que sur toutes les autres parties de l'administration générale, et la discussion des motifs qui pouvaient nécessiter l'annulation des actes irréguliers des corps administratifs ».

contentieuses du roi : annulation – « cassation » des décisions contentieuses des directoires. De même, ce Conseil « *est le tribunal administratif de droit commun pour tout ce qui n'est pas donné aux administrations locales* »⁸².

Les directoires sont diminués dans leurs fonctions contentieuses au profit des comités de surveillance révolutionnaire (décret 21 mars 1793) qui cumulent des fonctions contentieuses et de gestion administrative. Cela est confirmé par le décret du 14 frimaire an III qui transfère une partie des compétences des directoires de département en faveur des comités de surveillance révolutionnaire, des municipalités et des directoires de district. La constitution du Directoire du 5 fructidor an III du 22 août 1795⁸³ fait disparaître la collégialité comme condition nécessaire au traitement contentieux et la compétence se place directement dans les départements et, individuellement, dans les ministres⁸⁴. Les décisions d'annulation prononcées par les ministres ne sont définitives qu'après confirmation du Directoire exécutif (article 193, 195 et 196 Constitution de l'an III). La compétence administrative en matière des dettes de l'État qui avait été confié à l'Assemblée nationale par la loi des 17 juillet-8 août 1790 est attribuée aux ministres, ce qui confirme l'arrêté du Directoire du 2 germinal an V (1797) : « *Le contentieux administratif comprenant toutes les opérations qui s'exécutent par ordre du gouvernement, par ses agents immédiats et avec les fonds fournis par le Trésor public est soustrait aux tribunaux judiciaires pour être remis aux administrateurs actifs*».

Cette évolution n'emporte pas un bouleversement ; le nouveau régime, confirme l'Ancien. Le contentieux est couramment exercé par des autorités administratives et la séparation est confirmée entre les nouvelles autorités administratives et judiciaires. La Constitution de l'an VIII réaménage encore le panorama, sans pour autant le bouleverser⁸⁵. Éloignée des influences françaises, la période coloniale de la Nouvelle-Grenade ne nie pas, pourtant, la fonction contentieuse des autorités administratives.

§2. La période coloniale de la Nouvelle-Grenade

Les fonctions de co-administration et de co-législation des cours de justice françaises ont été source de conflits. Le cumul des fonctions n'a été pacifique que dans les autorités

« *Ainsi, sous cette forme, se trouvait organisée une espèce d'examen supérieur des contestations administratives, pour lesquelles le dernier ressort n'avait pas été laissé aux directoires de département* », Louis-Antoine MACAREL, *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 1^{re} partie, t. II, Gustave Thorel, Paris, 1844, p. 691-692.

⁸² Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 79.

⁸³ Cette Constitution supprime les districts et divise la France en départements, cantons et communes et les organes collégiaux de direction sont chargés aussi des fonctions contentieuses.

⁸⁴ L'art. 151 de la Const. de l'an III dispose que les ministres cessent de former un conseil et agissent chacun pour sa partie. L'article 193, donne aux ministres le « *droit d'annuler, chacun dans sa partie, les actes des administrations de département, et à celles-ci le droit d'annuler les actes des administrations municipales, lorsque ces actes étaient contraires aux lois et aux ordres des autorités supérieures* ».

⁸⁵ Il y est affirmé que le Conseil d'État se prononce « *sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres* ».

administratives. En Nouvelle-Grenade la situation est différente : des cours de justice exercent les plus importantes fonctions gouvernementales, sous le commandement du roi. Néanmoins, une séparation des fonctions est mise en place. Or, la séparation entre la voie gouvernementale et la voie judiciaire en Espagne (A) ne coïncide pas complètement avec le cumul des fonctions en Nouvelle-Grenade (B).

A. La séparation entre la voie gouvernementale et la voie judiciaire en Espagne

La juridiction administrative instaurée en Espagne en 1845⁸⁶ est couramment considérée comme le résultat direct de l'influence des institutions françaises sur le droit espagnol. On sait que la juridiction administrative française a été possible grâce à la séparation des autorités administratives et judiciaires, pratiquée dès le Moyen Âge. Or, une séparation semblable a été réalisée en Espagne, à la même époque⁸⁷. Cela justifie l'intérêt porté sur la fonction contentieuse exercée par les administrations espagnoles, pendant la colonie en Amérique.

La séparation du contentieux et de la matière gouvernementale⁸⁸ a été d'abord une séparation des procédures qui s'est complétée par une séparation des organes chargés des deux fonctions. Deux «voies» sont alors prévues pour les deux types d'affaires, soit devant une même autorité, soit devant des autorités distinctes.

1. Une séparation des procédures

En Espagne, la séparation des autorités administratives et judiciaires a, certes, déterminé l'interdiction aux juges de prendre connaissance des affaires considérées dans le domaine administratif ; mais, la séparation a été construite par étapes. La différenciation moyenâgeuse du *gubernaculum* et de la *jurisdictio* n'a, en principe, déterminé, que la prévision des procédures spéciales qui devaient être respectées par les tribunaux dans certaines matières spéciales. La séparation matérielle des affaires relevant de la *jurisdictio* ou du *gubernaculum* a d'abord déterminé l'existence de deux voies parallèles (a) ; mais, le cumul des fonctions qui se réalisait au sein de la Real Audiencia a dû être aménagé par une séparation de procédures (b).

⁸⁶ Loi du 2 avril 1845, sur les conseils provinciaux et loi du juillet 1845 – décret du 22 sept. 1845, sur le Conseil royal.

⁸⁷ « Ce qui allait être construit au XIXe siècle à l'intérieur de l'administration, comme juridiction contentieuse, existait déjà en Espagne séculairement dans l'administration avec les *asessores*, *letrados oidores de la justice privative* ; les résolutions du *Regimiento* et les *chambres de Gouvernement des Conseils* et, plus précisément, les *Juntas reales*, les *Corregidores*, les *Intendants*, les *subdélégués*, etcétera, sous la forme de recours économique-administratif, et aussi, par l'intervention des *Audiencias*, constituées, à cette fin, en *Acuerdo*, en tant que corps gouvernemental et tout cela avec l'audition des parties intéressées », Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 107.

⁸⁸ « Les termes qui correspondent ici sont : contentieux et gouvernemental ; ce qui est « contentieux » face à ce qui est « simplement gouvernemental » ou « politique » ou « administratif » », *ibidem*, p. 34.

a. Deux voies parallèles

Même si les rois d'Espagne sont des justiciers, ils attribuent le contentieux aux tribunaux alors que leurs agents assument la fonction gouvernementale. Au Moyen Âge espagnol, il n'est pas possible de parler d'un certain contentieux différent de celui constitué par les litiges entre particuliers ou des causes criminelles⁸⁹. Les contestations concernant l'action gouvernementale (administrative) relèvent du *gubernaculum*, c'est-à-dire des matières qui ne sont pas attribuées aux tribunaux et qui sont exercées par le roi et ses agents. Or, lorsque l'acte gouvernemental lèse des droits de tiers, la contestation n'est plus considérée comme gouvernementale, mais contentieuse et, par là, elle doit être décidée par les tribunaux⁹⁰.

Le gouvernement (*gubernaculum*) et le contentieux (*jurisdictio*) sont des matières différentes qui parcourent deux voies parallèles : la voie gouvernementale est reconnue par la souplesse et la rapidité de la décision qui intervient « *sans forme, ni ostentation ni les démarches propres du jugement* »⁹¹, la voie judiciaire est caractérisée par le formalisme du jugement. L'une est discrétionnaire et l'autre applique strictement le droit⁹².

Lorsque l'affaire est gouvernementale, les contestations se succèdent devant les autorités du gouvernement (*alcaldes, corregidores, intendentes*), par le système de recours administratifs (dits recours económico-administratifs ou gouvernementaux) dans des « *causas de gobierno* »⁹³. La décision de ces recours peut être contestée devant la *Real Audiencia*. En revanche, lorsque l'affaire est contentieuse, c'est-à-dire criminelle ou opposant deux particuliers, le recours est porté devant les juges ordinaires : *alcaldes mayores* et *corregidores* et l'appel de ces matières est décidé par la *Real Audiencia*⁹⁴ qui sera ultérieurement obligée de mettre en place une séparation des procédures.

⁸⁹ « *Le contentieux consiste en des affaires judiciaires et des litiges entre parties (...) une chose ce sont les affaires administratives et une autre ce sont les affaires judiciaires et des litiges entre des parties, ceux-ci, tout naturellement, ne peuvent pas être tranchés par l'administration* », Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 93.

⁹⁰ « *Les litiges contentieux (...) on doit comprendre ceux où il existe de la contradiction des parties et on doit décider avec l'assistance des avocats afin de prendre la détermination (...)* », Charles III, réponse à la consultation du Conseil d'Hacienda en juin 1785, in *Novísima Recopilación*, Ley XV, lib. VI, tit. X.

⁹¹ Cette voie est prévue « (...) pour les affaires simplement gouvernementales dont il s'agit notamment tous les affaires de la police et de l'économie », Dou, *Instituciones de Derecho público general de España*, Madrid, 1800, t. III, p. 340, cit Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 95.

⁹² « *La distinction de la fonction de 'gouvernement' de celle d'administrer la 'justice', celle-là majoritairement discrétionnaire, et celle-ci portée sur l'application des lois, ne suppose pas, jusqu'au début du XIXe siècle, une différenciation totale des organes chargés de celle-ci ou de celle-là* », Alfonso GARCIA, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas – Estudios de derecho indiano*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987, p. 866-867.

⁹³ Ricardo ZARRAQUÍN, *La función de justicia en el derecho indiano*, op. cit., p. 29.

⁹⁴ « *Le sujet avait, devant lui, un chemin très clair : si l'affaire était contentieuse, elle était examinée en jugement, par le Corregidor (Teniente) ou par le Alcalde Mayor, « justice inférieure », pour faire appel ensuite devant les Tribunaux du Royaume : l'Audiencia et les Chancillerías. En revanche, si l'affaire était gouvernementale, économique ou politique, après l'appel devant le Corregidor, était aussi compétent l'Audiencia que la Chancillería qui se transformait alors en « corps gouvernemental », par la réunion de tous les ministres des Chambres Civiles dans une Assemblée s'appelant « acuerdo », Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 73.*

b. La séparation de procédures dans la Real Audiencia

Même si les affaires gouvernementales et contentieuses sont séparées, la *Real Audiencia* décide en dernière instance sur les deux voies⁹⁵. Ce cumul des fonctions⁹⁶ dans l'Audiencia n'a pas été sans problèmes. Facilement portée à ordonner le sursis à exécution des décisions du gouvernement (« *mandar sobreseer en la execucion* »), l'Audiencia a été accusée de gêner le « *bon gouvernement des villes* » et de provoquer des dépenses démesurées au gouvernement⁹⁷. Or, cela n'a pas provoqué, comme en France, l'interdiction aux tribunaux de prendre connaissance de ces affaires. Seule la séparation des matières dites « *de simple gouvernement* » et des matières contentieuses a été aménagée par l'instauration d'une procédure spéciale qui devait être suivie par Audiencia lorsqu'il s'agit d'une de ces affaires.

Deux voies processuelles au sein de l'Audiencia sont ainsi clairement établies en 1502 : lorsque l'Audiencia se trouve devant une affaire « *concernant la bonne gouvernance du peuple* »⁹⁸ elle ne pourra pas décider directement ou ordonner le sursis⁹⁹; mais, elle devra, par une décision motivée, l'envoyer aux autorités administratives. C'est seulement après avoir entendu l'autorité administrative et l'autre partie, que l'Audiencia pourra décider, mais « *conformément au bien public* »¹⁰⁰. De même, lorsque l'affaire est contentieuse, l'Audiencia se constitue différemment que quand l'affaire touche aux intérêts du gouvernement : dans un cas, elle se constitue en « *jugement* » et dans l'autre, en *acuerdo*¹⁰¹. Cette séparation des procédures a été confirmée par l'empereur Charles I, qui a disposé que dans ces matières, qui relèvent du *Gouvernement de la cité et de sa terre*, les Audiencias doivent appliquer la

⁹⁵ De même que les conseils qui disposent de chambres séparées de justice et chambres de gouvernement.

⁹⁶ « (...) il s'agit, tout simplement, du besoin de suivre la voie processuelle pour décider les affaires conçues comme matériellement contentieuses, même si celles-ci et les affaires strictement gouvernementales sont attribuées exactement aux mêmes organes (Alcaldes et Justices locales, Corregidores, Audiencias – présidées par les Capitaines généraux ou commandants généraux des Armées-, Chancillerías, Reales consejos, etc.) Cela ne signifie pas, en conséquence, que l'administration doive demander l'assistance des Tribunaux », Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, « La formación histórica del principio de autotutela », *Moneda y crédito*, n° 128, 1974, p. 65. Cf. Miguel MALAGON, *Vivir en Policía*, op. cit., p. 167.

⁹⁷ « (...) parce que cela gêne beaucoup le bon gouvernement de ces cités, villes et endroits et cela entraîne des grands préjudices pour les communautés et provoque des grandes dépenses (...) », Pragmatique des rois catholiques du 26 juillet 1502 et 'Provisión' du Conseil du 22 octobre 1502, in *Novísima recopilación*, lib. VII, tit. III, Ley V.

⁹⁸ « (...) dans les choses qui sont ordonnées dans les cités, villes et endroits et qui concernent le gouvernement de celles-ci, les taux et les maintenances et la surveillance de l'exécution des ordonnances et les choses qui sont ordonnées tous les jours et qui concernent la bonne gouvernance du peuple, et concernant les tâches de nettoyage des rues et les comptes et les dépenses des Propios et d'autres choses semblables (...) », Pragmatique des rois catholiques du 26 juillet 1502 et Provision du Conseil du 22 octobre 1502, in *Novísima recopilación*, lib. VII, tit. III, Ley V.

⁹⁹ Puisque « (...) pour la plupart, l'exécution de ces choses entraîne un moindre préjudice aux parties que celui qui serait provoqué par son exécution », Pragmatique des rois catholiques du 26 juillet 1502 et Provision du Conseil du 22 octobre 1502, in *Novísima recopilación*, lib. VII, tit. III, Ley V.

¹⁰⁰ Pragmatique des rois catholiques du 26 juillet 1502. « Il me semble que c'est un document historique-juridique très important, concernant la naissance des modernes droit administratif et procédure administrative », Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 102.

¹⁰¹ « (...) l'Audiencia et Chancillería qui se transformait alors en « corps gouvernemental », par la réunion de tous les ministres des Chambres Civiles dans une Assemblée s'appelant « acuerdo » », *ibidem*, p. 73.

procédure décrite¹⁰².

L'instauration des intendants par les Bourbons provoque, tout comme en France, des conflits entre ceux-ci et les tribunaux. De nombreux conflits de compétence sont suscités en raison des fonctions contentieuses de l'intendant, en tant que corregidor de la ville chef-lieu où exerçait aussi l'Audiencia. La Cédula Real du 5 mars 1760 a tranché le conflit entre l'Audiencia du royaume de Galicie et l'intendant de ce royaume. La Cédula différencie entre la faculté « *purement gouvernementale et économique* » des corregidores et les fonctions d'administration de la justice, tout en disposant qu'en matières contentieuses, les alcaldes et les tenientes du corregidor¹⁰³ se trouvent en situation de « *subordination à l'égard des tribunaux supérieurs, pour les recours et les appels concernant ces affaires et qui se présentent contre leurs ordonnances et sentences* »¹⁰⁴. Cette disposition est prise dans le même sens que celle de 1502 : le cumul des fonctions n'est pas condamné ; mais, la différenciation des matières détermine une différenciation des procédures. Or, l'Ancien Régime espagnol a aussi pratiqué la séparation des organes.

2. Une séparation des organes

L'Ancien Régime espagnol a aussi pratiqué une séparation organique dans certaines matières faisant exception à la généralité des matières où il était possible de cumuler des fonctions gouvernementales et judiciaires et dont la séparation n'était que procédurale. Cette séparation se présente avec netteté dans le cas de la « *justice privative du roi* ». Il s'agit d'un ensemble d'affaires où l'intervention des tribunaux est interdite. Les justices privatives du roi (a) constituent l'antécédent de l'ultérieure spécialisation des organes (b), instaurée par la Constitution de Cadix.

a. Les justices privatives du roi

Par disposition royale, certaines autorités administratives sont mises en place pour décider des contestations se soulevant dans des matières que le roi décide d'exclure de la compétence des juridictions. Le premier exemple de justice privative du roi c'est la juridiction privative de l'Hacienda. Même si celle-ci est beaucoup plus ancienne, on trouve notification de l'existence de cette juridiction dans les Ordonnances de la Corogne de juillet de 1554 où est très clairement différencié le « *procès d'entre parties* » et le procès d'hacienda. En outre, les Ordonnances de la Contaduría Mayor de 1568 réitèrent l'interdiction aux tribunaux de prendre

¹⁰² « *Façon d'agir de l'Audiencia dans les appels des choses touchant le gouvernement de la cité et de sa terre (...)* Nous ordonnons que, lorsqu'il est fait appel devant les Juges des 'degrés' des choses touchant à la gouvernance de la cité et de sa terre, avant d'annuler ou d'ordonner le sursis, ceux-ci fassent ce qui est disposé par les lois de ce livre (...) », Ley 11, tit. 2, lib. 3, Real Ordenanza de Madrid de Charles I, in *Novísima recopilación*, lib. V, tit. IV, Ley XIV. Le texte original parle de « *inhiban o manden sobreseer* », ce qui, dans ce contexte, devra être interprété comme annuler la décision ou ordonner le sursis.

¹⁰³ C'était des assistants du corregidor en matière judiciaire: Antonio MUÑOZ, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, Porrúa, México, 1989, p. 203-204.

¹⁰⁴ Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 71.

connaissance des affaires réservées à la juridiction d'hacienda¹⁰⁵, constituée particulièrement par le Conseil d'hacienda.

D'autres matières ont successivement été considérées comme privatives du roi et exclues des tribunaux. Par exemple, tout d'abord, les juridictions des « sitios reales »¹⁰⁶ dont les contestations sont décidées par le roi, par l'intermédiaire de son premier secrétaire d'État. Ensuite, en matière des postes, il a été considéré que le contentieux les concernant était réservé à la décision du gouverneur et que tout recours aux tribunaux était interdit¹⁰⁷. Enfin, il a été créé une Surintendance générale de police de Madrid qui devait prendre des décisions par la « *voie gouvernementale, économique et exécutive* » et dont le recours aux tribunaux était interdit puisque la seule possibilité était le recours direct au roi¹⁰⁸. Le surintendant de police n'était dessaisi de l'affaire que lorsqu'un délit était commis car, dans ce cas, la voie à suivre était la judiciaire¹⁰⁹.

C'est dans les justices privatives du roi que l'on voit avec netteté l'exercice des fonctions contentieuses par des autorités non judiciaires et qui sont liées à l'autorité du roi. Or, cette séparation organique des autorités administratives – gouvernementales – et judiciaires se construit par des exceptions précises à la compétence générale des juridictions à l'égard du contentieux, et c'est précisément dans ces justices privatives que l'on situe l'antécédent espagnol de la juridiction administrative. Mais cela ne constitue qu'une étape dans la séparation organique.

b. La spécialisation des organes

La Constitution de Cadix de 1812 représente la culmination du processus de séparation organique des affaires gouvernementales et du contentieux¹¹⁰. Avec cette Constitution, la séparation devient absolue et organique, sans constituer une véritable rupture¹¹¹ : les anciennes justices ordinaires (alcaldes mayores et corregidores), ainsi que les audiencias, sont transformées en organes exclusivement juridictionnels. À la tête de ces organes exclusivement juridictionnels il est placé un tribunal suprême de justice. Ces organes ont été alors exclus de toute fonction touchant la matière gouvernementale. Les fonctions gouvernementales des corregidores ont été attribuées au chef politique qui ultérieurement sera appelé gouverneur

¹⁰⁵ « *Là voici, à mon avis, une véritable juridiction « contentieuse », organiquement liée à l'administration et, avec celle-ci, comme un arbre qui grandit, ils en surgiront d'autres* », Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 75.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 78.

¹⁰⁷ Les « Ordenanzas para la Conservación de la Real Acequia del Xarama », du 7 janvier 1740 disposent que le Gouverneur a « *toute l'autorité et la juridiction qui correspond, interdisant à tous les Tribunaux dont on ne pourra pas faire recours* », citées par Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 79.

¹⁰⁸ La Superintendance générale de police de Madrid a été chargée de la police de la ville et dotée d'un ensemble de facultés qui devaient être exercées « *par la voie économique, gouvernementale et exécutive, comme c'est le cas à l'égard de toutes les lois et ordres de police, sans appel ou recours puisque n'importe qui, dans les cas graves, pourra faire recours à ma Royale Personne* », Cédula du 30 mars 1782.

¹⁰⁹ Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 83.

¹¹⁰ Les discussions de la Constitution ont été guidées par la différence entre les « *asuntos gubernativos* » et les « *asuntos contenciosos* », *Diario de Sesiones de las Cortes*, 15 déc. 1812, p. 1001-1002.

¹¹¹ « (...) *la séparation du judiciaire et de l'administratif-gouvernemental, qui avait été profondément marquée à l'Ancien Régime, a été ramenée ici à ses dernières conséquences organique-institutionnelles* », Alfredo GALLEGO, *Poder y derecho*, op. cit., p. 131.

civil. Au plan local, le gouvernement est confié aux « ayuntamientos » et à l'Alcade qui conserve encore des « *funciones judiciares minimales* »¹¹². Afin de garantir cette spécialisation, la Constitution de Cadix interdit aux tribunaux d'exercer d'autres fonctions, et au roi d'interférer dans les procès devant les tribunaux¹¹³.

Cette spécialisation organique ne détermine pas, pour autant, la négation de la fonction contentieuse aux autorités administratives. L'article 17 de la Constitution de Cadix n'attribue aux tribunaux que les affaires « *civiles et criminelles* ». En matière gouvernementale, les réclamations contre les décisions des alcaldes sont décidées par les *diputaciones*, autorité administrative qui est le supérieur hiérarchique des alcaldes. De même, la séparation organique instaurée par la Constitution de 1812 détermine qu'en matière électorale, les assemblées d'électeurs devront décider les contestations « *définitivement* » et cela sera exécuté « *sans un recours ultérieur* » (articles 50, 70 et 85 de la Constitution de Cadix).

En Espagne, la séparation des matières contentieuses et gouvernementales n'a pas toujours déterminé une séparation des organes chargés de ces fonctions. Néanmoins, les deux matières ont été clairement identifiées. L'exercice de la fonction gouvernementale a ainsi engendré la résolution des contestations que cette fonction soulevait alors que certaines autorités judiciaires ont pu participer à cette fonction, hormis les cas des matières réservées à la justice privative du roi. Les conditions particulières de la colonisation espagnole en Amérique ont déterminé l'existence d'un cumul des fonctions beaucoup plus accentué que celui existant dans la péninsule ibérique.

B. Le cumul des fonctions en Nouvelle-Grenade

Même si la séparation entre la fonction judiciaire et la fonction gouvernementale n'est pas, initialement, organique, et que les organes cumulent diverses fonctions, il est possible d'identifier les organes judiciaires et les organes gouvernementaux. Les alcaldes mayores ont, généralement, une fonction judiciaire, et ils sont considérés comme les justices ordinaires du royaume, alors que l'Alcade ordinaire, qui n'a pas une formation juridique, remplit une fonction de gouvernement. Le processus de spécialisation des organes en Espagne¹¹⁴ n'a pas été réalisé de la même façon en Amérique hispanique¹¹⁵. Les difficultés propres du gouvernement éloigné ont déterminé la mise en

¹¹² *Ibidem*, p. 131.

¹¹³ « *Ni les Cours ni le Roi ne pourront exercer dans aucun cas des fonctions judiciaires, évoquer des affaires, ni ordonner de rouvrir des procès déjà finis* », art. 243 Constitution espagnole de Cadix. « *Les tribunaux ne pourront pas exercer d'autres fonctions différentes à celles de juger et de faire exécuter leurs décisions* », article 245 Constitution de Cadix.

¹¹⁴ Qui a éteint sa réalisation maximale avec la Constitution de Cadix. L'indépendance de la Nouvelle-Grenade est intervenue en 1810.

¹¹⁵ Les vice-rois, en Amérique, tranchent les « litiges de compétence » pour déterminer, dans les cas de doute, si une matière relevait du *gubernaculum* ou de la *jurisdictio*. Sous Philippe II, il est prononcé la Real Cédula de 1568, dirigée à Francisco de TOLEDO, vice-roi du Pérou. Il y est établi que dans le cas de doute, il correspond au vice-roi de qualifier une matière comme gouvernementale ou de justice. Cette Cédula a été appliquée en Nouvelle-Grenade à partir de 1588. Cf. Bernardino BRAVO LIRA, « Protección jurídica de los gobernados en el Nuevo

place d'un cumul de fonctions beaucoup plus important que celui pratiqué en Espagne¹¹⁶. Des autorités gouvernementales exercent des fonctions contentieuses (1) et des autorités judiciaires exercent des fonctions gouvernementales (2).

1. Des autorités gouvernementales exercent des fonctions contentieuses

Tout comme le roi français, le roi espagnol est un justicier : « *su propoo officio, es hacer juicio, y justicia* »¹¹⁷. Toute justice dérive de lui¹¹⁸. Or, pour la monarchie espagnole, la justice n'était pas une fonction qui se réalisait exclusivement par la résolution des litiges. Pour cela, il est distingué entre la justice distributive, consistant à gouverner-administrer et la justice commutative, entre les hommes¹¹⁹. On comprend que la fonction de justice correspond à tous les organes, et non seulement aux tribunaux¹²⁰ : la justice est davantage une vertu qu'une fonction¹²¹ et, par conséquent, elle ne peut pas être assimilée à la *jurisdictio* que le droit espagnol opposait au *gouvernaculum*. En Nouvelle-Grenade, les fonctions judiciaires du gouvernement (a) se cumulent avec la compétence pour régler le contentieux de l'action gouvernementale (b).

a. Les fonctions judiciaires du gouvernement

En Nouvelle-Grenade, la séparation entre la fonction de gouvernement et le contentieux n'a pas déterminé l'exclusion des autorités gouvernementales de la fonction judiciaire¹²². Les autorités gouvernementales assument des fonctions de résolution des litiges entre particuliers, ainsi que la sanction des crimes. Cela constitue la fonction judiciaire des

Mundo (1492-1992). Del absolutismo al constitucionalismo», in *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, Vol. 3b, Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 67-68.

¹¹⁶ Miguel MALAGÓN, *Vivir en Policía*, op. cit., p. 272.

¹¹⁷ « *Constituti te Regem, ut faceres judicium, et justitiam* », I, *Reyes 10*, 9; *Ordenanzas reales de Castilla*, lib. II, tit. i, ley 1; *Nueva recopilación de Castilla*, lib. II, tit. ii, ley 1; *Novísima recopilación*, lib. III, tit. vi, ley 1. Cit. par Ricardo ZARRAQUÍN, *La función de justicia en el derecho indiano*, Instituto de historia del derecho, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1948, p. 17.

¹¹⁸ « *Le roi est mis sur la terre à la place de Dieu pour accomplir la Justice et pour donner à chacun son droit* », *Partidas*, 2, 1, 5 ; « *La Jurisdiction suprême civile et criminelle nous appartient ; elle est instaurée par droit commun, dans toutes les cités et villes et endroits de nos royaumes et seigneuries* », *Nueva recopilación*, lib. IV, tit. i, ley 1; *Novísima recopilación*, lin. IV, tit. i, ley 1.

¹¹⁹ « *Ce à quoi les vice-rois doivent faire le plus attention c'est que la justice soit bien administrée et avec le respect de l'égalité (...) cette vertu renferme en soi toutes les autres, et pour sa réalisation c'est que les Rois ont principalement été élevés. Et étant donné que la justice commutative est ordinairement assumée par les Audiencias et par d'autres Ministres, celles-ci doivent prendre particulièrement soin de la justice distributive qui coule exclusivement par la seule main des Audiencias* », Juan de SOLORZANO Y PEREIRA, *Política indiana*, II, 371, Madrid, 1726, cit par Ricardo ZARRAQUÍN, *La función de justicia en el derecho indiano*, op. cit., p. 21.

¹²⁰ Concernant la fonction de justice, « *Il doit être averti, avant tout, que cette fonction gouvernementale ne semble pas être limitée dans son exercice à certains organes ou pouvoirs de l'État ; mais elle concerne la totalité de ceux-ci* », Ricardo ZARRAQUÍN, *La función de justicia en el derecho indiano*, op. cit., p. 17.

¹²¹ « *C'est en raison de cela que les lois ne se limitaient pas à recommander la justice aux magistrats, mais à tous les fonctionnaires ; alors tous devaient, dans le mesure de leurs possibilités, exercer cette vertu* », *ibidem*, p. 22.

¹²² Dans le contexte du droit espagnol de l'Ancien Régime il faudra entendre, par fonction judiciaire, la résolution des litiges entre particuliers et la décision des affaires criminelles. Cela correspond aussi à la notion de contentieux à époque.

autorités gouvernementales. Cela explique qu'une certaine doctrine espagnole assure que les fonctions punitives de l'administration actuelle soit un héritage des époques où les autorités administratives disposaient aussi des fonctions de répression pénale¹²³.

Dans tous les niveaux, les autorités gouvernementales sont portées à assumer des fonctions judiciaires à côté de leurs fonctions gouvernementales¹²⁴. Ainsi, le Conseil des Indes, en tant qu'organe suprême du gouvernement des territoires américains, cumule notamment des fonctions normatives, de contrôle des finances et judiciaires comme « *tribunal suprême* »¹²⁵. Au niveau territorial, les alcaldes ordinaires sont chargés principalement du gouvernement ; mais, en Nouvelle-Grenade, ils ont aussi des fonctions judiciaires qu'ils exercent concurremment¹²⁶ avec les juges ordinaires¹²⁷. Même si la fonction des alcaldes est majoritairement gouvernementale, l'étymologie du mot est très éloquente : alcalde est issu de l'arabe où cela signifie juge¹²⁸. Les décisions des alcaldes sont objet d'appel devant le gouverneur qui exerce des fonctions judiciaires avec l'aide d'un assistant juridique (teniente)¹²⁹.

Avec l'accession des Bourbons à la couronne espagnole, au XVIII^e siècle, la figure des intendants a été introduite en Espagne et en Amérique. L'instruction générale de 1749 sur les intendants, qui a été tardivement appliquée en Amérique¹³⁰, leur attribuait diverses fonctions : l'intendant est le président de l'*ayuntamiento*, il dirige les services municipaux, il assure le recouvrement des impôts et, par conséquent, il décide le contentieux des impôts. En tant que corregidor¹³¹, l'intendant règle des contentieux à l'aide d'un alcalde mayor¹³² et il surveille la

¹²³ « (...) dans le régime de confusion des pouvoirs, caractéristique de l'État absolu où les autorités qui sont devenues aujourd'hui purement administratives disposaient simultanément des fonctions judiciaires d'ordre pénal (comme c'était le cas en Espagne avec les Alcaldes) ; ce régime mixte a été respecté par le système constitutionnel », Juan SANTAMARIA, *Principios de Derecho administrativo general*, tome II, 1^{re} éd. iustel, Madrid, 2004, p. 371.

¹²⁴ Dans l'Amérique espagnole, les fonctions gouvernementales sont, notamment, celles de la garde des Indiens, des hôpitaux, des écoles, des universités, du commerce, de l'évangélisation, de la religion et de l'inquisition.

¹²⁵ En 1518, il est instauré à Séville, le Conseil des Indes, organe suprême de l'administration des territoires américains ; « En collaboration avec le ministère, il élaborait la législation destinée à ces territoires (les cédulas reales (...)) ; il faisait office de tribunal suprême, proposait au Roi des candidats pour les principales charges ecclésiastiques et civiles, contrôlait les finances publiques, ordonnait les visites générales et spéciales », Jean-Pierre MINAUDIER, *Histoire de la Colombie. De la conquête à nos jours*, L'Harmattan, Paris, 1997, p. 66-67.

¹²⁶ Compétence « a prevención », Alfonso GARCÍA, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas – Estudios de derecho indiano*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987, p. 849. « Les justiciables avaient toujours en principe le choix entre trois juges (les deux alcaldes et le gouverneur ou son corregidor) », Oscar MAZIN, *L'Amérique espagnole*, op. cit., p. 89

¹²⁷ « Dans les villes, la juridiction ordinaire revient aux alcaldes ordinaires (...) mais leurs pouvoirs se trouvent limités par les corregidores ou alcaldes mayores qui ont la haute main sur la police et exercent les fonctions de juges en première instance », Oscar MAZIN, *L'Amérique espagnole*, op. cit., p. 89-90.

¹²⁸ « (Del ár. hisp. alqāḍī, y este del ár. clás. qāḍī, juez). (...) 6. m. « Juge ordinaire qui administrait la justice dans un village et présidait, en même temps, le conseil », *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 22^e éd. vox. « Alcalde », www.rae.es

¹²⁹ José OTS-CAPDEQUI, *El Estado Español en las Indias*, Fondo de Cultura económica, 2^e éd. Mexique, 1946, p. 68.

¹³⁰ Fin du XVIII^e et début des XIX^e siècles : en Nouvelle-Grenade il y a eu six intendants : Jean Toussaint BERTRAND, *Histoire de l'Amérique espagnole. Depuis les origines jusqu'à nos jours*, t. I, éditions Spes, Paris, 1928, p. 220 et 210. En Nouvelle-Grenade les intendants n'ont été instaurés que très tardivement : *Ordenanza general de Intendentes* du 23 septembre 1803 de Charles IV. Cf. Antonio MURO, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, op. cit., p. 208.

¹³¹ « À partir de l'institution des Intendances, les corregidores changèrent de nom et perdirent de leur pouvoir : on les désigne désormais sous le titre de subdelegados (subdélégués), et ils furent sévèrement contrôlés par leur supérieur hiérarchique, l'intendant », Jean TOUSSAINT BERTRAND, *Histoire de l'Amérique espagnole*, op. cit., p. 220.

fonction des juges¹³³. En Nouvelle-Grenade, il y a eu une surintendance attachée à la vice-royauté de Santa Fe, disposant de plus larges fonctions que celles d'un intendant.

C'est aussi avec les Bourbons que les « *visitas* » deviennent la forme habituelle de gouverner à distance et de contrôler l'activité gouvernementale¹³⁴. Les visiteurs sont des agents dépêchés par le roi qui disposent de larges fonctions accordées à leur mission. Ayant formation juridique, ils peuvent être chargés de légiférer sur place, par la voie des ordonnances¹³⁵; de recevoir des réclamations des particuliers à l'égard des fonctionnaires et d'ordonner l'indemnisation des préjudices provoqués, et d'instruire et décider des procès de responsabilité à la suite de leurs visites¹³⁶. Par ailleurs, les visiteurs pouvaient être chargés de trancher le contentieux de l'action gouvernementale.

b. Le contentieux de l'action gouvernementale

Toutes ces autorités gouvernementales (alcaldes, gouverneurs, intendants, visiteurs) disposent des fonctions contentieuses et des fonctions judiciaires. Les fonctions contentieuses font partie d'un contentieux non judiciaire, de l'action gouvernementale, qui aujourd'hui pourrait être qualifié de contentieux administratif¹³⁷.

Le *gubernaculum* comprend ce qui n'est pas considéré comme contentieux. Or, tous les litiges avec l'administration et concernant l'activité des agents du roi se trouvaient au-delà du domaine du contentieux¹³⁸. Toutes les contestations de l'action gouvernementale relèvent du domaine du *gubernaculum* et elles sont naturellement assumées par des autorités gouvernementales, sans pourtant exclure les tribunaux. Les autorités gouvernementales ne trouvent pas d'obstacle à l'exercice de leurs fonctions, comme cela arriverait en raison de l'existence d'une quelconque obligation de surseoir à statuer en faveur des tribunaux, à chaque fois que la décision est objet de contestations¹³⁹. Les autorités gouvernementales exercent pleinement leurs compétences puisque la contestation ne transforme pas, en soi, une

¹³² « On ne connaît guère les auxiliaires des intendants. Ils étaient chacun flanqués d'un adjoint de formation juridique pour l'exercice de la juridiction contentieuse », François-Xavier EMMANUELLI, *Un mythe de l'absolutisme bourbonien : l'intendance, du milieu du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle, (France, Espagne, Amérique)*, Université de Provence, Aix-en-Provence, 1981, p. 163.

¹³³ *Ibidem*, p. 158.

¹³⁴ « Les visites étaient, certainement, la procédure la plus efficace pour le contrôle de l'activité administrative », Horst PIETSCHMANN, *El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 159.

¹³⁵ Cf. Miguel MALAGÓN, *Vivir en Policía, op. cit.*, p. 205.

¹³⁶ Notamment les procès des visites et les procès de responsabilité à la fin des fonctions (juicios de residencia), décidés par le Conseil des Indes.

¹³⁷ Mises à part les justices privatives du roi.

¹³⁸ Ce qui était considéré comme « contentieux », c'était les litiges entre particuliers et les affaires criminelles.

¹³⁹ « La preuve la plus évidente du fait que pas tout recours ou réclamation ou opposition du sujet ne signifiait (...) faire un contentieux et renvoyer l'affaire aux justices, c'est l'importante juridiction gouvernementale, articulée organiquement et processuellement et parallèle à la contentieuse », Alfredo GALLEGÓ, *Poder y derecho, op. cit.*, p. 97.

affaire gouvernementale en contentieux¹⁴⁰.

La voie gouvernementale se compose de recours non judiciaires : les recours económico – gouvernementaux qui sont la seule possibilité devant les matières considérées comme non contentieuses, au sens expliqué. Ceci est le moyen ordinaire de résoudre ce que l'on pourrait qualifier aujourd'hui comme un contentieux administratif non juridictionnel¹⁴¹. Certaines affaires continuent d'être portées devant les tribunaux. Cependant, dès 1764, il est créé la possibilité de tenter une résolution non judiciaire des affaires contentieuses qui naissent au cours de l'activité gouvernementale, avant d'être déférées à la voie judiciaire¹⁴².

En Espagne et en Amérique hispanique, la différence entre le judiciaire et le gouvernemental est matérielle : les litiges entre particuliers et la sanction pénale sont les seules matières judiciaires et le contentieux administratif existe sous la forme de matière gouvernementale. En conséquence, la chose jugée constitue déjà la véritable différence entre l'action judiciaire et l'action gouvernementale¹⁴³. De la même façon, comme les matières judiciaires peuvent être attribuées à des autorités gouvernementales, le gouvernement fait aussi partie des fonctions des tribunaux.

2. Des autorités judiciaires exercent des fonctions gouvernementales

Le cumul des fonctions qui s'est réalisé en faveur des tribunaux, en Espagne et particulièrement en Amérique hispanique, contraste avec les interdictions et défenses dont sont objet les cours de justice en France. Les juges jouissent de la confiance du roi, car, à la différence de ce qui se passe en France, l'office n'entre pas dans leur patrimoine : ils sont agents du roi, nommés pour une période fixe. Ils prêtent serment de fidélité et caution de responsabilité, et ils sont soumis, comme tout agent public, à la fin de leur mission, à un « *juicio de residencia* » : procès examinant leur gestion et déterminant leur responsabilité. En Amérique hispanique, le cumul au profit des juges (a) met en évidence l'existence d'un gouvernement de juges (b).

a. Le cumul au profit des juges

Le premier organe propre de la Nouvelle-Grenade est une autorité typiquement

¹⁴⁰ « *Quelle erreur de penser au fait que l'affaire gouvernementale de l'ancien régime devenait contentieux lors de l'interposition d'un recours ou d'une réclamation de l'intéressé ! Nullement ! (...) Le gouvernemental c'est la procédure administrative actuelle* », *ibidem*, p. 96-97.

¹⁴¹ Cf. Alfredo GALLEGU, *Poder y derecho*, *op. cit.*, p. 138.

¹⁴² Ainsi, dans le *Formulario de Cuentas* du 13 mars 1764 il est disposé que lorsqu'il « *se présente une affaire contentieuse* », celle-ci devra être renvoyée devant la justice, une fois que la Junta Municipal a pris des décisions et malgré cela, il n'a pas été possible de vider le contentieux, « *lorsqu'ils ont épuisés tous les moyens dictés par la prudence d'un diligent père de famille dans ses propres affaires, sans être arrivé à une juste résolution* ».

¹⁴³ « (...) *les affaires gouvernementales se différencient beaucoup des judiciaires (...) il faut de la vitesse et de la rapidité dans sa conclusion (...) dans toute occasion et tout temps où sont réunis les éléments qui justifient l'erreur des autorités gouvernementales dans la décision, celle-ci peut être révoquée* », *Diario de sesiones*, 15 décembre 1822, p. 1002, cit. par Alfredo GALLEGU, *Poder y derecho*, *op. cit.*, p. 136.

judiciaire¹⁴⁴. La *Real Audiencia* de Santa Fe de Bogota, en Nouvelle-Grenade, a été créée en 1549, par la Cédula de Valladolid du 17 juillet, et installée le 7 avril 1550¹⁴⁵. L'Audiencia de Santa Fe est issue de la séparation de l'Audiencia de Lima, comme le résultat de l'échec du gouvernement du visitador Miguel DIAZ DE ARMENDARIZ, chargé du gouvernement de la Nouvelle-Grenade¹⁴⁶.

Les Audiencias Reales¹⁴⁷ sont des organes judiciaires, chargés par ailleurs du gouvernement en Amérique¹⁴⁸ : « *le fait que dans les Indes les Audiencias soient chargées, néanmoins, – des fonctions gouvernementales - par commission (...) ne suppose pas une dénaturalisation de leur caractère de tribunaux supérieurs de justice (...)* »¹⁴⁹. Celles-ci exercent des fonctions judiciaires de répression criminelle et dans les litiges entre particuliers en tant que « *tribunal de haute instance* »¹⁵⁰. Les Audiencias décident la deuxième ou troisième instance des décisions de justice prises par les « *justicias inferiores* » : *alcaldes mayores* et *Corregidores*¹⁵¹. Au XVIIIe siècle, les intendants remplacent transitoirement les justices inférieures et leurs décisions sont aussi l'objet d'appel devant l'Audiencia. Les *alcaldes ordinarios* cumulent aussi des fonctions judiciaires de première instance¹⁵² avec leurs fonctions gouvernementales.

De même, la *Real Audiencia* exerce le Haut gouvernement de la Nouvelle-Grenade¹⁵³. Elle dirige le commandement militaire, assure la perception des impôts, nomme et démet les fonctionnaires¹⁵⁴. Tout comme les parlements français, les Audiencias disposent aussi des fonctions consultatives leur permettant d'adresser des remontrances¹⁵⁵. L'Audiencia a une

¹⁴⁴ Même si les grenadiens n'avaient pas le droit d'accéder aux fonctions à l'intérieur de l'Audiencia, ce qui a motivé des événements au début du XIXe siècle et qui ont débouché sur la guerre de l'indépendance de la Nouvelle-Grenade. Lors de la création de la « *Suprema junta central* », la discrimination a continué. Le « *Memorial de agravios* » (cahier des doléances) affirme : « *Malgré la joie justifiée provoquée par cet ordre royal, l'Ayuntamiento du chef-lieu du Nouveau Royaume de Grenade a vu avec une douleur profonde le fait que les provinces d'Espagne, même les moins importantes, aient envoyé deux représentants à la junta centrale alors que pour les vastes, riches et peuplés territoires d'Amérique on ne demande qu'un représentant par royaume et capitania générale (...)* », Camilo TORRES, *Memorial de agravios destinado a la Junta de Sevilla en 1809*.

¹⁴⁵ Cf. Carlos RESTREPO CANAL, « *Fundación de la Real Audiencia de Santa Fe de Bogotá y sus efectos políticos* », *Boletín de Historia y Antiquedades*, XXXVI, n° 417-419, Bogota, juillet-sept. 1949, p. 385 et suiv. et José OTS-CAPDEQUI, « *Creación de la R. Audiencia y su gobierno hasta 1563* », in *Curso superior de historia de Colombia*, Academia Colombiana de Historia, t. V, éd. A.B.C., Bogota, 1951, p. 227-264.

¹⁴⁶ Cf. Tomás POLANCO, *Las reales Audiencias en las provincias americanas de España*, Mapfre, Madrid, 1992, p. 107.

¹⁴⁷ « *Toutes les Audiencias étaient royales, en ce sens que les magistrats étaient nommés par le Roi lui-même* », Jean Toussaint BERTRAND, *Histoire de l'Amérique espagnole*, op. cit., p. 222.

¹⁴⁸ « *En Espagne, les Audiencias étaient originaires des tribunaux de justice ; mais, elles deviennent, dans notre sol, des organes des fonctions politiques, législatives et judiciaires. Elles résument en un seul corps, tout le pouvoir public* », Alfonso LOPEZ, *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*, 3^e éd. USTA, Bogota, 1983, p. 105.

¹⁴⁹ Alfonso GARCÍA, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, op. cit., p. 849.

¹⁵⁰ Oscar MAZIN, *L'Amérique espagnole. XVIe-XVIIIe siècles*, Les Belles Lettres, Paris, 2005, p. 74.

¹⁵¹ Les Audiencias sont aussi « *tribunal de première instance pour les affaires graves (...) et contrôlaient les activités des fonctionnaires, notamment celles des gouverneurs* », Jean-Pierre MINAUDIER, *Histoire de la Colombie*, op. cit., p. 67.

¹⁵² Juan SANTAMARÍA, *Principios de Derecho administrativo general*, op. cit., p. 373.

¹⁵³ Cf. Fernando MAYORGA, *La Audiencia de Santa Fe de Bogotá en los siglos XVI y XVII*, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogota, 1991.

¹⁵⁴ L'Audiencia exerce les fonctions du Président, lorsque la fonction est vacante et du vice-roi, notamment lorsque celui-ci meurt sans désigner un substitut. L'Audiencia nomme directement des fonctionnaires et elle peut annuler la nomination faite par le Président ou le vice-roi, méconnaissant le principe du mérite.

¹⁵⁵ Les Audiencias Reales disposent des fonctions semblables à celles des parlements français de l'Ancien Régime ; elles donnent des avis au roi et prennent des arrêts de règlement. « *À ce rôle judiciaire l'Audience joignait (comme le Parlement de Paris sous l'Ancien Régime) un rôle administratif et politique. Les Auditeurs avaient le droit et le*

compétence normative propre pour le gouvernement du territoire et une compétence d'adaptation des dispositions venues d'Espagne, par la voie du recours de supplication. Celui-ci met en œuvre le principe « *qu'il soit obéi, mais, pas accompli* »¹⁵⁶. Cet organe est présidé par le vice-roi ; mais, l'Audiencia contrôle aussi l'activité de celui-ci, dans une logique d'autocontrôle.

À part les fonctions judiciaires et les fonctions classiques du gouvernement, les autorités judiciaires, notamment l'Audiencia, exercent des fonctions contentieuses¹⁵⁷ qui relèvent de sa fonction de gouvernement. Tout un ensemble de contentieux que l'on pourrait qualifier, aujourd'hui, comme du contentieux administratif, est attribué à l'Audiencia¹⁵⁸. En effet, les audiencias décident, par le droit, l'appel des décisions des vice-rois et des autres autorités gouvernementales¹⁵⁹. Ainsi, l'Audiencia décide, en dernier ressort¹⁶⁰, les recours économiques-gouvernementaux de la voie gouvernementale. Elle décide aussi le recours d'Aggravios formé contre les actes portant préjudice à une personne¹⁶¹.

Les attributions contentieuses, non judiciaires, des membres de l'Audiencia (oidores) se complètent lors de ses missions en province¹⁶². Les Oidores sont compétents pour trancher les contestations qui se présentent contre les décisions des fonctionnaires. Ils substituent les autorités locales qui, hormis ce cas, décident directement les contestations. De plus, les Audiencias peuvent ordonner le sursis des décisions individuelles et des décrets des vice-rois

devoir d'examiner les ordonnances, règlements et décrets du vice-roi, de lui adresser des remontrances (...)», Jean TOUSSAINT BERTRAND, *Histoire de l'Amérique espagnole*, op. cit., p. 223.

¹⁵⁶ Obéir, mais ne pas accomplir ou exécuter consistait en une forme de suspension des effets de la norme prise par le Conseil des Indes, sans pour autant méconnaître l'autorité et tomber en rébellion. Ce principe a été régulé par la Cédula Real du 13 décembre 1508 dans un ordre adressé à Diego COLON, par laquelle il est chargé d'examiner la compatibilité des normes avec la situation en Amérique. Le principe détermine la suspension jusqu'à la « consultation ». Le 5 juin 1528, Charles V (Charles Quint) limite ce principe aux normes provoquant un préjudice irréparable ou un scandale. La Recopilación de 1680 généralise la règle contraire : obéir et accomplir sauf exceptions, notamment, les cartas obtenues illégalement.

¹⁵⁷ « *L'Audience était, à la fois, un corps législatif, administratif, juridictionnel, contentieux et consultatif* », Alfonso LOPEZ, *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*, op. cit., p. 107.

¹⁵⁸ Cela s'est aussi présenté en France, car les parlements contrôlaient aussi des actes de l'administration ; mais, cette fonction a été l'objet d'interdictions successives et d'évocations « *le Parlement est aussi appelé à statuer sur des requêtes dirigées contre les actes (au sens le plus large du terme) des seigneurs, des communautés et du roi lui-même. C'est devant lui que les sujets contestent les prélèvements seigneuriaux (...) Réunissant les compétences d'un juge et d'une autorité hiérarchique, il surveille également les décisions municipales, notamment en matière de police économique (...) Les élections des autorités municipales peuvent aussi lui être déférées* », Katia WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif*, op. cit., p. 10.

¹⁵⁹ « *Du point de vue strictement judiciaire, les Audiencias exerçaient des fonctions importantes, les transformant en des organes du contrôle politique et administratif. Des particuliers et des institutions pouvaient faire appel, devant elles, des décisions des vice-rois et des gouverneurs, à la condition d'être une matière de gouvernement* », Fernando MAYORGA, « *la real audiencia: Órgano colegiado de justicia en el período hispánico* », *Revue Credencial historia*, n° 148, avril 2020, in <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/lareal.htm> consulté le 7 oct. 2010.

¹⁶⁰ « *Les décisions des Audiencias ne pouvaient jamais être révoquées par le Conseil des Indes et celui-ci ne pouvait évoquer la connaissance des litiges respectifs que lorsqu'il s'agissait, d'après le Conseil, d'une affaire grave, importante et avec l'autorisation préalable et expresse du roi* », Tomás POLANCO, *Las reales Audiencias en las provincias americanas de España*, Mapfre, Madrid, 1992, p. 99.

¹⁶¹ « *En considérant, quelques personnes, comme affectées par n'importe quelle décision ou détermination, décidée ou ordonnée par les vice-rois ou par les présidents, par la voie gouvernementale, elles peuvent faire appel devant nos Audiencias où il sera fait justice, conformément aux Lois et aux Ordonnances*», *Recopilación*, II, xv, 35.

¹⁶² Les oidores se déplacent afin de vérifier l'exécution du travail de la terre. Les visites des oidores ont aussi pour objet de surveiller « l'administration » des Indiens.

et des présidents¹⁶³.

Le cumul des fonctions au sein des autorités judiciaires, notamment la fonction de gouvernement de l'Audiencia, décrit la mise en place d'un système de gouvernement des juges en Nouvelle-Grenade.

b. Le gouvernement des juges

Le gouvernement des juges est perçu aujourd'hui comme une des formes de l'arbitraire. Or, celui-ci est considéré en Amérique hispanique comme une garantie de bon gouvernement. L'éloignement des territoires et la méfiance à l'égard des gouverneurs ordinaires conduisent les rois espagnols à placer des juges dans le Haut gouvernement. Ainsi, le gouvernement par les normes venues de la péninsule est confié aux fonctionnaires habitués à sa rigoureuse application¹⁶⁴.

En Nouvelle-Grenade les problèmes causés par le gouvernement à distance sont l'objet des réclamations présentées auprès du Conseil des Indes et du roi qui a vu, dans la création d'une Audiencia propre, le principe d'un bon gouvernement. Le dernier visitador de la Nouvelle-Grenade avait caractérisé son gouvernement par l'immoralité et la corruption à un point tel qu'il fut condamné dans le « juicio de residencia »¹⁶⁵. En Nouvelle-Grenade¹⁶⁶, l'audiencia de Santa Fe est chargée du « (...) *bon gouvernement de ces terres et de l'administration de notre justice là-bas* »¹⁶⁷. L'institution d'un tribunal de justice à la tête du gouvernement, à la demande des gentils, qui appliquait le droit indien est perçue comme une forme de gouvernement de droit dans l'Amérique hispanique¹⁶⁸. Les juges ne sont pas seulement des connaisseurs des normes, mais aussi, ils sont des hommes censés être pleins de vertus, les protégeant contre la corruption. « *Dans un monde où l'ambition, la cruauté et l'avarice déchiraient une société en formation, le monarque impose un tribunal de justice comme gouverneur suprême, afin que les choses publiques « soient – comme le dit Mendoza – dans les mains des lettrés dont la profession était les lettres légales, l'attention, la discrétion,*

¹⁶³ Alfonso LÓPEZ, *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*, op. cit., p. 109.

¹⁶⁴ « *Les distances énormes, la difficulté des communications et la méfiance des monarques expliquent cet ensemble d'attributions dont étaient chargées les Audiencias. De même, même si elles étaient soumises à l'autorité des vice-rois, elles étaient aussi conduites à partager avec ceux-ci, leurs fonctions de gouvernement, pouvant même fiscaliser l'activité de ces fonctionnaires* », José OTS-CAPDEQUI, *El Estado Español en las Indias*, op. cit., p. 65.

¹⁶⁵ Le besoin de création d'un organe de gouvernement plus proche avait été exposé au roi par les procureurs des villes neogranadiennes, surtout après la mauvaise gestion du visitador Miguel DIAZ de ARMENDARIZ. Cf. Fernando MAYORGA, « la real audiencia : Órgano colegiado de justicia en el período hispánico » *Revue Credencial historia*, n° 148, avril 2020, in <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/lareal.htm> consulté le 7 oct. 2010.

¹⁶⁶ Le territoire actuel de la Colombie était confié à deux Audiencias : à l'Audience de Santa Fe de Bogota, créée en 1547 et à celle de Quito, créée en 1563.

¹⁶⁷ Cédula de Valladolid du 17 juillet 1549.

¹⁶⁸ « (...) *l'audience a signifié, pour le Nouveau Royaume, l'établissement d'un véritable gouvernement des juges puisque pour être Oidor, il fallait avoir une formation juridique. Évidemment, ce gouvernement ne pouvait pas être capricieux ou dépendre du libre arbitre des personnes qui l'intégraient ; mais, il s'agit d'une mission assujettie à des limites plus ou moins précises, déterminées par le droit indien* », Luis MORENO, « La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana », loc. cit., p. 4.

la vérité, la vie simple et sans corruption de coutumes »¹⁶⁹.

À côté des audiencias, les corregidores¹⁷⁰ et les alcaldes mayores¹⁷¹ participent du gouvernement des juges, tout en conservant leur nature judiciaire¹⁷². Dans les faits, ils peuvent être considérés, nonobstant, comme des autorités du gouvernement¹⁷³. Les plus hautes responsabilités en matière gouvernementale sont confiées à des juges à un point tel que la doctrine parle d'une « *suprématie judiciaire* »¹⁷⁴ en l'Amérique espagnole.

Certes, ce cumul des fonctions au sein des autorités judiciaires est exotique à l'égard de la théorie moderne¹⁷⁵. Mais, il ne faut pas oublier que les Audiencias réalisent une séparation procédurale des affaires judiciaires et des affaires gouvernementales¹⁷⁶, qu'elles exécutent le droit indien, que les normes causant un préjudice à une personne peuvent être objet d'un recours, que les normes inadaptées peuvent être mises en suspens et que les Audiencias sont soumises aux contrôles des autorités de la péninsule, notamment le Conseil des Indes¹⁷⁷. Le gouvernement des juges n'était pas, en Amérique, un gouvernement despotique.

De la même façon, tant en France qu'en Colombie, les administrateurs exercent, pendant l'Ancien Régime¹⁷⁸, des fonctions contentieuses, les autorités judiciaires ne sont pas formellement limitées à la fonction de résolution des litiges. Or, les administrations juridictionnelles marquent une autre conception de la place du contentieux dans l'organisation du pouvoir.

¹⁶⁹ Alfonso LÓPEZ, *Cuestiones colombianas*, Impresiones modernas, México DF, 1995, p. 116.

¹⁷⁰ « *Les Corregidores et les Alcaldes Mayores (A.M) sont les juges inférieurs, les magistrats de la plus haute autorité dans les peuples (...) Mais ce Corregidor est une figure à double tête : il exerce de l'administration de la justice, c'est-à-dire les affaires contentieuses et, d'autre part, il participe et anime « la régence dans les affaires du Gouvernement* », Alfredo GALLEGU, *Poder y derecho*, op. cit., p. 70.

¹⁷¹ Les Alcaldes mayores sont des « (...) *officiels ayant des attributions strictement judiciaires (...) Certes, on trouve quelques Alcaldes mayores ayant des fonctions de gouvernement ; mais, ils sont l'exception* », Pilar ARREGUI, « *Los Alcaldes mayores en Indias : algo más sobre una hipótesis de trabajo* », in *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*, v. I, éd. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, p. 154. « *Ces fonctionnaires assurent aussi l'application des textes réglementaires, ils veillent au paiement des tributs, ils exercent des fonctions de police, et ils sont juges de première instance* », Oscar MAZIN, *L'Amérique espagnole*, op. cit., p. 84.

¹⁷² Par conséquent, il ne s'agit pas, à proprement parler, d'administrateurs-juges. Contra: Luis MORENO, « *La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana* », loc. cit., p. 1-24.

¹⁷³ La fonction gouvernementale attribuée aux juges est telle « (...) *que sa fonction est dénaturée, en devenant, de fait, un office de gouvernement* », Alfonso GARCIA, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas – Estudios de derecho indiano-*, op. cit., p. 870.

¹⁷⁴ Alfonso LÓPEZ, *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*, op. cit., p. 109.

¹⁷⁵ « *Le fonctionnement de la Real Audiencia est incompréhensible à l'égard du principe moderne de la séparation du pouvoir (...) en prétendant s'approcher à une époque à partir de la perspective culturelle d'une autre* », Luis MORENO, « *La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana* », loc. cit., p. 6.

¹⁷⁶ Alfredo GALLEGU, *Poder y derecho*, op. cit., p. 106.

¹⁷⁷ « *L'existence d'un contrôle graduel et supérieur à l'Audiencia prévoyait les risques de dégénération du gouvernement qui ont été vaticinés par la modernité, comme une conséquence inévitable du non-respect du principe de la séparation du pouvoir* », Luis MORENO, « *La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana* », loc. cit., p. 10.

¹⁷⁸ L'Ancien Régime de la Colombie est, dans ce sens, l'époque coloniale. L'indépendance est alors l'équivalent de la Révolution.

Sous-section 2. Les administrations juridictionnelles

Les XIXe et XXe siècles ont connu des formes d'administrations juridictionnelles, tant en France qu'en Colombie. En France, les fonctions contentieuses qu'avaient conservées les autorités administratives après la Révolution de 1789 ont été faussées par la théorie de l'administrateur-juge. Par la suite, prétendant éviter la renaissance des administrateurs-juges, l'activité contentieuse de l'administration est à nouveau occultée par les juridictions administratives spécialisées. En Colombie, l'activité contentieuse de l'administration n'est pas dissimulée, dans un premier temps, sous une forme d'administration juridictionnelle parce que celle-ci aurait méconnu la séparation absolue des pouvoirs qui prétendument a été établie après l'indépendance¹⁷⁹. C'est seulement au XXe siècle, que la théorie des fonctions juridictionnelles de l'administration sert à occulter l'activité contentieuse de l'administration. L'étude de cette évolution sera axée, d'un côté, sur l'administrateur-juge au XIXe siècle (§ 1), et d'un autre côté, sur l'administrateur qui devient juge au XXe siècle (§ 2).

§ 1. L'administrateur-juge au XIXe siècle

Lorsque l'on considère que le ministre-juge et, en général, l'administrateur-juge n'a jamais existé, on accepte que cela n'a été qu'une théorie sur les fonctions contentieuses de l'administration. Or, cela contrarie le caractère historique de la définition de la juridiction. D'après les critères de l'époque, l'administrateur et, notamment le ministre, est un juge. Néanmoins, il est préférable de le présenter comme une théorie, dans la mesure où il s'agit d'une situation qui a été construite avec peu de fondement normatif et jurisprudentiel. Pour comprendre cette forme d'interprétation de l'activité contentieuse de l'administration, il sera question de s'intéresser aux origines de la théorie (A), ainsi qu'à l'abandon de la théorie (B).

A. Aux origines de la théorie

La théorie du ministre-juge n'est compréhensible que dans un système de création jurisprudentielle du droit où chaque mot employé dans une décision donne lieu, ensuite, à de grands développements par la doctrine. Après la Révolution de 1789, la Constituante confirme la séparation des autorités administratives et judiciaires et confie le contentieux de l'action administrative aux organes administratifs. Les modifications concernant les autorités administratives compétentes pour trancher ces contentieux se succèdent. L'article 17 de la loi de 27 avril – 25 mai 1791 attribue la compétence en dernier ressort au Conseil des ministres et les articles 193 et 196 de la Constitution du 5 fructidor an III, attribuent cette compétence de façon séparée à chaque ministre pour trancher les contestations sur les actes des administrations départementales et « (...) *sur les réclamations que soulèveraient leurs propres actes*»¹⁸⁰. Ces décisions peuvent être objet d'appel devant le Conseil des

¹⁷⁹ D'après cette forme de séparation des pouvoirs, tout le contentieux appartient aux juridictions et celles-ci constituent un pouvoir public séparé du pouvoir exécutif.

¹⁸⁰ Auguste VIVIEN, *Études administratives*, op. cit., p. 154.

ministres, présidé par le roi. De même, les ministres sont chargés de déclarer l'État débiteur¹⁸¹.

De prime abord, la reconstitution napoléonienne du Conseil d'État enlève les fonctions contentieuses aux ministres, ce qui est confirmé par le règlement de 1799, d'après lequel le Conseil d'État décide « *sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres* »¹⁸². Or, des conditions favorables (1) à la formulation de la théorie (2) de l'administrateur-juge ont déterminé le fait que le système a été interprété différemment.

1. Les conditions favorables

L'histoire de la séparation des autorités administratives et judiciaires explique, en partie, l'origine des fonctions contentieuses de l'administration ; mais, cela n'explique pas pourquoi les autorités qui les exercent ont été considérées comme des juridictions. Un ensemble de conditions ont favorisé la formulation de la théorie du ministre-juge : l'inexistence d'un pouvoir juridictionnel unifié (a), la conception contentieuse de la juridiction (b) et la théorie de la double instance juridictionnelle (c).

a. L'inexistence d'un pouvoir juridictionnel unifié

Un pouvoir juridictionnel unifié, constitué conformément à la vision classique de la séparation des pouvoirs, aurait choqué avec la théorie de l'administrateur-juge. Il serait inconcevable tant l'existence de juridictions dans le « *pouvoir administratif* », que le cumul de fonctions administratives et juridictionnelles dans une même autorité. Certes, après des débats très passionnés¹⁸³, la Constituante avait reconnu l'existence d'un pouvoir judiciaire indépendant¹⁸⁴. Mais, l'existence de ce pouvoir judiciaire n'a pas signifié l'abandon des fonctions contentieuses de l'administration qui, au contraire, ont été renforcées. Le pouvoir judiciaire qui est reconnu par la Constitution de 1791 et par celle de l'an III - 26 août 1795 -, va disparaître avec la Constitution de l'an VIII qui ne parle que « *des tribunaux* » (titre V). Le pouvoir législatif s'oppose au gouvernement qui est prépondérant¹⁸⁵. C'est dans ce contexte qu'est formulée la théorie du ministre-juge. Il s'agit d'une configuration du pouvoir qui n'empêche pas aux organes placés en dehors de l'organisation

¹⁸¹ Cette compétence est fondée sur le décret de la Convention du 26 septembre 1793, ainsi que sur l'arrêté du Directoire du 2 germinal an V, faisant rappel de la compétence administrative à l'exclusion de la juridiction judiciaire. Ensuite, l'article 23 de la loi du 23 sept 1814 dispose que « *les dépenses (...) seront liquidées (...) par les ministres* ». La règle est confirmée par l'ordonnance du 31 mai 1838 art 39. Finalement, l'art. 62 du décret du 31 mai 1862 confirme qu'« *aucune créance ne peut être liquidée (...) que par l'un des ministres* ».

¹⁸² Art. 11 du règlement du 26 décembre 1799, pris par l'arrêté des consuls du 5 nivôse an VIII.

¹⁸³ Le représentant Jean-Joseph MOUNIER déclare que le pouvoir judiciaire « *n'est qu'une émanation du pouvoir exécutif, qui doit le mettre en activité et le surveiller constamment* », *Archives parlementaires*, 1^{re} Série, t. VIII, p. 409. Pour le représentant CAZALES : « *Dans toute société politique il n'y a que deux pouvoirs, celui qui fait la loi et celui qui la fait exécuter. Le pouvoir judiciaire, quoi qu'en aient dit quelques publicistes, n'est qu'une simple fonction, puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi. L'application de la loi est une dépendance du pouvoir exécutif* », Jacques Antoine Marie de CAZALES, séance du 5 mai 1790, *Archives parlementaires*, 1^{re} Série, t. XV, p. 392.

¹⁸⁴ Art. 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et arts. 1, 2 et 5 du titre III de la Const. de 1791.

¹⁸⁵ « *Il n'est plus question de « pouvoir exécutif », terme qui a quelque chose d'abstrait, d'étroit et de subordonné, mais, de « gouvernement », ce qui implique la plénitude de l'action directrice quant aux affaires de l'État* », Marcel PRELOT et Jean BOULOIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1987, p. 393.

judiciaire, d'être considérés comme des juridictions. Théoriquement, la fonction de juger et celle d'administrer relèvent d'une même nature et, pour cela, les auteurs qui justifieront ultérieurement la juridiction administrative, se fondent aussi sur une bipartition du pouvoir¹⁸⁶. En revanche, la Colombie reconnaît, depuis son indépendance, l'existence d'un pouvoir juridictionnel ou d'une branche juridictionnelle du pouvoir, aux termes de la Constitution de 1991¹⁸⁷, ce qui explique qu'une théorie de l'administrateur-juge n'a pas été formulée pendant le XIXe siècle, et que seule la réforme constitutionnelle de 1936, autorisant la collaboration des pouvoirs¹⁸⁸, a donné naissance à la théorie des fonctions juridictionnelles de l'administration.

En France, l'inexistence d'un pouvoir juridictionnel unifié est une condition de la juridiction administrative en général et, spécifiquement, de la théorie de l'administrateur-juge. Or, cette condition n'est pas suffisante ; la formulation de la théorie de l'administrateur-juge a été possible grâce à la conception contentieuse de la juridiction.

b. La conception contentieuse de la juridiction

La conception contentieuse de la juridiction est couramment acceptée en France au XIXe siècle. D'après cette conception, une juridiction est un organe qui tranche des litiges. Ainsi, pour MACAREL, chaque fois que l'administrateur prend un « *jugement* », il doit être considéré comme exerçant « *l'autorité judiciaire* »¹⁸⁹. La définition est contentieuse, car l'opposition ou le conflit est l'élément qui a la vertu de transformer la « *juridiction* » en contentieuse¹⁹⁰. Il existe un contentieux chaque fois qu'il y a une réclamation¹⁹¹ et contentieux signifie juridiction¹⁹² : « *contestation, qui, par elle-même, suppose un litige et un juge* »¹⁹³. MACAREL plaide alors l'adoption exclusive d'un critère

¹⁸⁶ L'inventeur de l'expression juger l'administration, c'est encore administrer soutient que « *La souveraineté se compose de deux éléments ; la puissance législative et le pouvoir exécutif* », Pierre-Paul-Nicolas HENRION de PANSEY, *De l'Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, op. cit., p. 71.

¹⁸⁷ Le pouvoir judiciaire a été prévu par l'art. 5 de la Constitution de 1811 de l'État fédéré de Cundinamarca, par l'art. 20 de la Constitution de 1811 de l'État de Tunja, par l'art. 30 de la Constitution d'Antioquia de 1812, par l'art. 25 de la Constitution de 1812 de l'État de Carthagène, par l'art. 2 de la Constitution de 1815 de l'État de Mariquita. La Loi constitutionnelle de 1821 le reconnaît à l'art. 4, la Constitution de 1832, à l'art. 13. La Constitution de 1853 le consacre al art. 12, ce qui confirme celle de 1858. La Constitution de 1863, art. 16 et la Constitution de 1886, art. 57. La Constitution de 1991 prévoit, au titre VIII, l'existence d'une branche judiciaire du pouvoir.

¹⁸⁸ L'article 21 de la Constitution de 1886, reformé par l'acte de réforme de la Constitution numéro 1, du 5 août 1936 dispose : « *sont organes du pouvoir public : le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Les organes du pouvoir public sont limités, ils ont des fonctions séparées ; mais, collaborent harmonieusement à la réalisation des fins de l'État* ».

¹⁸⁹ « *L'administration règle, dispose, ordonne ; mais jamais elle ne juge : et s'il arrive qu'un administrateur rende un jugement, c'est comme investi de l'autorité judiciaire en cette partie (...)* » Louis-Antoine MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative*, op. cit., p. 4.

¹⁹⁰ « (...) *rappeler que toutes les fois qu'une décision est rendue par l'administration, dans un litige entre l'intérêt privé et l'intérêt public, l'autorité dont elle émane participe à la juridiction contentieuse* », Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., p. 123.

¹⁹¹ Définition de contentieux, qui ne s'occupe pas de l'idée juridictionnelle « *le contentieux en administration existe, dès qu'il y a réclamation formée au nom de droits ou d'intérêts privés qu'un acte administratif a lésés* », *ibidem*, p. 130.

¹⁹² « *Toutes les fois qu'un magistrat prononce, en connaissance de cause, que peut-il faire, si ce n'est exercer une juridiction ? (...)* Dans ces sortes d'affaires administratives, on rencontre donc tout ce qui constitue l'autorité du juge, notionem, vocationem, judicium, executionem », *ibidem*, p. 109.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 176-177.

matériel de juridiction, coïncidant avec un critère matériel de contentieux¹⁹⁴. Pour identifier les administrateurs-juges, il faut l'existence d'un recours de la partie¹⁹⁵, l'application de la loi à un cas concret¹⁹⁶ et l'opposition¹⁹⁷.

La conception contentieuse de la juridiction est essentielle pour la théorie du ministre-juge ; mais, cela n'explique pas pourquoi il a été mis l'accent sur les fonctions contentieuses des ministres alors que d'autres autorités administratives disposaient aussi des fonctions contentieuses. Cela s'explique en raison du fait que les dettes de l'État ne pouvaient être reconnues que par la décision du ministre, seul ordonnateur des fonds publics¹⁹⁸. La jurisprudence avait assis la compétence de la juridiction administrative sur le critère de l'État débiteur¹⁹⁹, conduisant à affirmer que les ministres étaient des juges puisqu'ils décidaient le contentieux administratif, c'est-à-dire qu'ils déclaraient l'État débiteur. Cela explique que le ministre ait été qualifié comme juge, même dans des affaires où il n'y avait pas de contentieux puisqu'il s'agissait d'une première demande qui aurait dû être portée devant l'administration²⁰⁰.

Une troisième condition est enfin nécessaire pour comprendre la théorie du ministre-juge : la théorie de la double instance juridictionnelle.

c. La théorie de la double instance juridictionnelle

Afin de consolider la juridiction administrative, il a été question de déterminer la physionomie de sa structure. Il était nécessaire de préciser, au sein de l'administration, les autorités appartenant à la juridiction et celles qui relèvent de l'administration active. La Constitution de l'an VIII rétablit le Conseil d'État et la loi du 28 pluviôse crée les conseils de préfecture ayant une juridiction déléguée, mais d'attribution²⁰¹. Cela a signifié que pour la plupart des affaires arrivant au Conseil d'État, il n'existerait qu'une seule instance juridictionnelle. Considérer que le Conseil d'État ne connaîtrait les affaires qu'après la décision juridictionnelle des ministres instaure, dans les faits, une double instance juridictionnelle, alors que cela n'est pas exigé par les normes²⁰².

¹⁹⁴ « Pour décider si telle autorité a fait un acte de commandement ou de juridiction contentieuse, est-ce la qualité du fonctionnaire qu'il faut envisager ? N'est-ce pas plutôt la nature de l'affaire ? », *ibidem*, p. 113. « Qu'importe que ce soit le préfet qui prononce dans l'espèce : cette circonstance n'empêche pas que la décision soit un acte de juridiction contentieuse », *ibidem*, p. 33.

¹⁹⁵ « À la juridiction, puisque le préfet reçoit le recours de la partie, et que, par une décision, il applique la loi à un cas particulier », *ibidem*, p. 106

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 107-108.

¹⁹⁸ « (...) les dépenses (...) seront liquidées (...) par les ministres », article 23 de la loi du 23 sept. 1814.

¹⁹⁹ « (...) que c'est à l'autorité administrative qu'il appartient (à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par des lois spéciales) de statuer sur les demandes qui tendent à constituer l'État débiteur ; que ce principe (...) est devenu une des bases de notre droit public et la règle générale de compétence pour les instances introduites contre l'État, puissance publique, par les particuliers qui prétendent être créanciers (...) », C.E.f. 6 décembre 1855, *Rothschild, Rec.*, p. 709.

²⁰⁰ Par exemple lorsque la décision du ministre est demandée pour la liquidation des pensions ou des créances de l'État.

²⁰¹ Il s'agit de la « (...) première condamnation officielle de l'ancienne conception qui faisait du recours hiérarchique le moyen exclusif de règlement des litiges administratifs », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, *op. cit.*, p. 46.

²⁰² L'argument de la double instance juridictionnelle a encore été utilisé : « Les parties à un procès administratif possèdent ainsi la garantie du double degré de juridiction, à laquelle le Conseil d'État attache une particulière

À cet égard, la reconstruction du Conseil d'État aurait seulement retiré aux ministres le second degré « *juridictionnel* », qui était confié au Conseil des ministres, tout en créant des tribunaux avec une compétence d'attribution : les conseils de préfecture. Ainsi, les ministres, considérés séparément, conserveraient le droit commun du premier degré du contentieux administratif²⁰³. De cette façon, tout le contentieux administratif serait structuré en deux instances juridictionnelles.

Cette justification de la théorie du ministre-juge reste, nonobstant, précaire, dans la mesure où l'élargissement de la théorie du ministre-juge aux autres autorités administratives, transforme le système de deux en un système de trois et même quatre instances juridictionnelles. Par conséquent, les conditions qui ont favorisé la théorie du ministre-juge ne sont pas, en tout état de cause, absolues. On devra alors s'intéresser aux circonstances de la formulation de la théorie du ministre-juge et de l'administrateur-juge.

2. La formulation de la théorie

La théorie du ministre-juge ou, plus précisément, de l'administrateur-juge, est une élaboration conjointe de la jurisprudence et de la doctrine : tout d'abord, le Conseil d'État est de l'avis que les administrateurs, en l'espèce les ministres, sont de véritables juges ; ensuite, la doctrine élabore la théorie du ministre-juge, tout en l'appliquant aux fonctions contentieuses des autres autorités administratives et, finalement, la jurisprudence valide tacitement la doctrine. L'affirmation jurisprudentielle (a), motive l'élaboration doctrinale (b), qui est entérinée par la validation jurisprudentielle (c).

a. L'affirmation jurisprudentielle

Afin d'appliquer à l'administration le régime juridique des juridictions, le Conseil d'État se voit confronté à deux possibilités : considérer que ce régime n'est pas exclusif aux juridictions ou transformer les autorités administratives en juridictions²⁰⁴. En effet, le Conseil d'État devait se prononcer sur la question de savoir si les décisions prises par les administrateurs, en matière contentieuse, emportent hypothèque alors que celle-ci est réservée par les normes aux « *condamnations judiciaires* »²⁰⁵. Afin de répondre par le positif, le Conseil est de l'avis « (...) *que les administrateurs auxquels les lois ont attribué, pour les matières qui y sont désignées, le droit de*

importance. Aurait-il été sage de priver les communes et E.D.F. de cette garantie essentielle alors que le « juge » constitué par le Conseil supérieur représente un organisme dont ni la composition ni la procédure n'apportent de réelles garanties d'une décision juridique et impartiale ? », Jean DE SOTO, « La notion de juridiction », *D.* 1956, chr., p. 50.

²⁰³ Théophile DUCROCO, *Cours de Droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 366.

²⁰⁴ Cette question s'est à nouveau présentée au Conseil d'État dans le cas de certaines autorités administratives transformées à cette fin en juridictions administratives spécialisées.

²⁰⁵ Paragraphe 2 de l'article 3 de la loi du 11 brumaire an VII sur le régime hypothécaire et article 2123 du Code civil français.

prononcer des condamnations ou de décerner des contraintes, sont de véritables juges dont les actes doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordinaires »²⁰⁶. Cet avis, ayant force de loi et inséré au Bulletin des lois²⁰⁷, est confirmé à l'égard des arrêtés des préfets fixant les débet des comptables des communes et des établissements publics. Il est alors décidé que les arrêtés des préfets sont exécutoires sur les biens des comptables, sans besoin de l'intervention judiciaire²⁰⁸.

Dans les années qui suivent, le Conseil d'État confirme l'obligation de se porter au préalable devant le ministre²⁰⁹, sans nécessairement reprendre la référence au caractère juridictionnel de cette décision. Or, le Conseil d'État continue à étendre l'application de quelques règles des actes juridictionnels aux actes contentieux de l'administration. Ainsi, il est décidé que les arrêtés ministériels rendus par défaut peuvent être objet d'opposition²¹⁰.

Le Conseil d'État énonce de cette façon les éléments pour construire la théorie de l'administrateur-juge : « *le Conseil d'État avait beaucoup trop généralisé et avait donné un mauvais motif à l'appui d'une juste décision* »²¹¹. Or, pour le professeur Grégoire BIGOT, la jurisprudence du Conseil d'État était consciemment élaborée afin de rattraper, par le contrôle, des décisions des ministres qui prétendaient y échapper par la considération comme des actes purement discrétionnaires²¹². Quoiqu'il en soit, la jurisprudence a donné à la doctrine les éléments permettant l'élaboration complète de la théorie de l'administrateur-juge.

b. L'élaboration doctrinale

Lorsque la jurisprudence affirme que le ministre est juge, la doctrine l'accepte, ce qui ne l'empêche pas de critiquer la théorie qu'eux-mêmes aidaient à construire. Le travail de MACAREL consiste à identifier les fonctions contentieuses de l'administration, qu'il considère comme des

²⁰⁶ C.E.f. Avis du 16 thermidor an XII, approuvé le 25 thermidor an XII.

²⁰⁷ *Bulletin des lois* n° 429 de 1812, p. 282. La publicité de cet avis a été décidée le 29 octobre 1811, par avis approuvé le 12 novembre 1811.

²⁰⁸ C.E.f. Avis du 12 nov. 1811, approuvé le 24 mars 1812, inséré au *Bulletin des lois* n° 429 de 1812, p. 281 ; Jean Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, t. 18, 2^e éd., A. Guyot et Scribe éditeurs, Paris, 1836, p. 130.

²⁰⁹ En 1813, le Conseil d'État confirme un avis de 1808 (avis du 20 juillet 1808, § 6, in Jean Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, op. cit., p. 296) où il est affirmé que les contestations doivent être soumises au ministre, sauf le recours au Conseil d'État : « (...) toutes les contestations qui s'élèvent entre l'administration des domaines et ses préposés (...) doivent être soumises d'abord à la décision de notre ministre des finances, sauf le recours au Conseil d'État », C.E.f. 22 mai 1813, *Chenantaïs c. veuve Bernard et consorts*, in Jean-Baptiste SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'État depuis 1806*, t. II, Cour d'Harlai, Paris, 1818, p. 344-345.

²¹⁰ « *Considérant que, si l'on peut former opposition à une décision ministérielle, lorsqu'on n'a pas été entendu, il n'est pas de même, lorsque la décision a été contradictoire* », C.E.f. 26 mars 1814, *Sieur Rey*, in Jean-Baptiste SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'État depuis 1806*, t. II, op. cit., p. 535-536. De même, il est décidé que la tierce opposition doit être exercée au préalable devant le ministre : C.E.f. 26 février 1817, *Dame veuve Tabaret c. veuve Bernard et consorts*, Jean-Baptiste SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'État depuis 1806*, t. III, op. cit., p. 519. Cela est confirmé par C.E.f. 26 fév. 1823, *Mouton, Rec.*, p. 162 et C.E.f. 22 août 1839, *Giblain, Rec.*, p. 465.

²¹¹ Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, op. cit., p. 467.

²¹² « (...) parce que les ministres pensent agir dans le cadre d'une administration discrétionnaire, le Conseil, pour asseoir son pouvoir de sanction, par de décisions contentieuses ou de jugements lorsqu'il qualifie les décisions ministérielles », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, op. cit., p. 93.

fonctions de juridiction contentieuse²¹³. En réalisant un répertoire des tribunaux administratifs, il décrit la juridiction contentieuse des maires²¹⁴, des préfets, des sous-préfets et des ministres dont les décisions « (...) *ont le caractère, la force et les effets des jugements* »²¹⁵. La formule de l'administrateur-juge est reprise par CORMENIN²¹⁶ et par SIREY qui, par conséquent, substitue dans son répertoire, la référence que le Conseil d'État fait au recours « *d'abord* » au ministre, par celle du « *premier ressort* »²¹⁷ ministériel.

MACAREL a raison lorsqu'il affirme que « *Les conseils de préfecture sont donc, avec le Conseil d'État, les seuls véritables juges du contentieux administratif* »²¹⁸. Néanmoins, en prétendant que la fonction juridictionnelle est la fonction contentieuse, et que le contentieux est une fonction incompatible avec les autorités administratives²¹⁹, il n'a fait que consolider doctrinalement la théorie de l'administrateur-juge. Lorsque MACAREL cite MONTESQUIEU, on comprend bien les fondements idéologiques de cette théorie qu'il qualifie, lui-même, comme un véritable chaos²²⁰. Mais ce chaos est entériné par les mots de la jurisprudence.

c. La validation jurisprudentielle

Sauf si on interprète que le Conseil d'État utilise aussi le terme juridiction comme synonyme de compétence, on est obligé d'accepter que la jurisprudence ultérieure confirme le caractère juridictionnel des actes contentieux. Ainsi, il est décidé notamment que le recours au Conseil d'État est prématuré lorsque la « *juridiction* » du ministre n'est pas encore épuisée²²¹. La décision du ministre est alors de « *première instance* »²²². Ainsi, « *selon l'ordre des juridictions* », la liquidation des marchés et fournitures correspond au ministre²²³, de même, « *le jugement des contestations* »²²⁴ relatives aux indemnités de la commission des géomètres correspond au préfet.

Néanmoins, mis à part le droit de faire opposition aux décisions rendues par défaut, la qualification juridictionnelle n'a pas servi à doter les autorités chargées de cette fonction d'un régime juridique particulier, en accord avec leur fonction contentieuse. Certes, les actes ne peuvent pas être

²¹³ MACAREL utilise le mot juridiction comme synonyme de compétence : la juridiction des administrateurs peut être administrative, gracieuse ou contentieuse : Louis-Antoine MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative*, op. cit., p. 3-6.

²¹⁴ « (...) *il est évident que, dans ce cas spécial, les maires sont établis juges de première instance et les préfets juges d'appel* », *ibidem*, p. 169.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 32.

²¹⁶ « 1° *Les préfets, les conseils de préfecture et les ministres, constituent le premier degré de la juridiction administrative* », Louis-Marie DE CORMENIN, *Droit administratif*, 5^e éd., t. I, Gustave Thorel, Paris, 1840, p. 168.

²¹⁷ L'affaire *Chenantaïs* est présentée par un intitulé où SIREY résume que ces contestations doivent être soumises « *en premier ressort au ministre des finances* », Jean-Baptiste SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'État depuis 1806*, t. II, op. cit., p. 344.

²¹⁸ Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., p. 39.

²¹⁹ « (...) *je dis que l'ordre présent des choses est contraire aux vrais principes* », Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., p. 113.

²²⁰ « (...) *notre loi fondamentale a voulu que les ministres fussent responsables de tous leurs actes. Or, conçoit-on un juge responsable de ses jugements, dans le sens de l'art. 13 de la Charte constitutionnelle ?* », *ibidem*, p. 143. « *Quel chaos ! Quelle large source de désastres politiques !* », *ibidem*, p. 144.

²²¹ C.E.f. 26 février 1823, *Mouton c. le Domaine*, *Rec.*, p. 164.

²²² C.E.f. 31 décembre 1844, *Arnaud c/ ministre de la guerre*, *Rec.*, p. 700.

²²³ C.E.f. 17 août 1825, *Boyer c. le Ministre de la guerre*, *Rec.*, p. 493.

²²⁴ C.E.f. 29 août 1834, *Andral*, *Rec.*, p. 595.

retirés après leur notification²²⁵ et un minimum de motivation est exigé²²⁶ ; mais, d'autres règles de procédure n'ont pas établi²²⁷ : « *L'instruction des affaires contentieuses qui sont de leur ressort, se fait dans leurs bureaux, sans frais, sans constitution d'avocat, sur la production des pièces et sur les simples mémoires des parties* »²²⁸. Le décret du 2 novembre 1864, élaboré par le Conseil d'État, confirme les règles déjà établies et prévoit la délivrance d'un récépissé de réception et d'enregistrement (article 5) ; il dispose, de même, que ces affaires devront être décidées par des « *décisions spéciales* » (article 6) et que passés quatre mois sans aucune décision du ministre, la réclamation est considérée comme rejetée afin de se pourvoir au Conseil d'État (article 7). Cependant, ces règles restent trop simples pour être considérées comme établissant un régime processuel des fonctions juridictionnelles des ministres. L'absence d'un régime processuel entièrement conforme à la fonction contentieuse des ministres est une des causes de l'abandon de la théorie.

B. L'abandon de la théorie

Le parallélisme des formes s'est appliqué à la théorie du ministre-juge. Cette création partagée de la jurisprudence et des auteurs est abandonnée grâce à cette même conjonction. La communication entre la jurisprudence et les commentaires des auteurs se présente ici d'une façon certaine : les critiques à l'égard de la théorie sont, en grande partie, le fait des conseillers d'État eux-mêmes. C'est alors pour des raisons de clarté qu'il est présenté, d'un côté, le déclin doctrinal de la théorie (1) et, d'un autre côté, l'abandon progressif de la théorie par la jurisprudence (2).

1. Le déclin doctrinal de la théorie

Pour Gaston JEZE, « *C'est une tendance très curieuse, chez ceux qui s'occupent de droit administratif, de voir facilement, dans certaines procédures, des recours contentieux et, dans certains agents administratifs, des juges* »²²⁹. Dès son origine, la théorie de l'administrateur-juge est critiquée²³⁰ ; mais, les critiques n'avaient pas érodé les bases de cette théorie. Or, une nouvelle forme de critique s'attaque aux fondements de la théorie : il ne s'agit plus d'affirmer que le ministre-juge contrarie certains principes, mais de nier qu'il est juge, au moins dans tous les cas. Pour certains, la délimitation de la théorie (a)

²²⁵ « (...) 3 *Que les ministres ne peuvent les rapporter, du moins lorsqu'elles sont intervenues contradictoirement entre deux particuliers, lorsque le ministre les a notifiées à la partie qui les a exécutées (...) Lorsqu'elles ont fondé des droits acquis (...) Lorsqu'elles ont servi de base à des jugements qui sont passés en force de chose jugée (...)* », Louis Marie DE CORMENIN, *Droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 183-184.

²²⁶ C.E.f. 25 juin 1857, *Folsch et comp.*, *Rec.*, p. 520.

²²⁷ « *Les règles de procédure n'introduisirent, en effet, jamais véritablement devant le ministre-juge, la confusion des fonctions s'y opposant* », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 29.

²²⁸ CORMENIN, *Questions de droit administratif*, 3^e éd. t. I, p. 185 et 186. « *Les ministres ne sont astreints par aucune loi, par aucun règlement, à suivre, pour rendre leurs décisions, aucune forme générale ou spéciale de procédure* », Louis-Antoine MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 32.

²²⁹ Gaston JEZE, note sous C.E.f. 10 février 1905, *Monsservin et autres* et 10 novembre 1905, *Carrière*, *R.D.P.* 1906, p. 51.

²³⁰ Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, *op. cit.*, p. 113.

est une nécessité, alors que d'autres proposent la négation de la théorie (b).

a. La délimitation de la théorie

Pendant la première moitié du XIXe siècle, la théorie du ministre-juge a acquis une ampleur considérable : l'ensemble des décisions ministérielles sont considérées comme de décisions de premier degré et les autorités locales, maires, préfets, sous-préfets, sont tenus par des juges. L'étendue de la théorie de l'administrateur-juge est le résultat du critère choisi pour identifier la juridiction. Au-delà du contentieux, il est considéré que l'autorité est juridictionnelle dans la mesure où ses décisions peuvent être l'objet d'un recours devant le Conseil d'État. À partir de ce critère, il est impossible de différencier les actes qui peuvent être considérés comme pris par une juridiction et les actes administratifs²³¹. En conséquence, la théorie du ministre-juge fausse tantôt l'activité contentieuse de l'administration, lorsqu'il est question de trancher des contestations contre les actes, tantôt l'activité non contentieuse, lorsque la décision du ministre est la première à intervenir, suite à une demande d'un administré. Or, sans nier que le ministre est juge, des auteurs précisent les contours de la théorie.

TROLLEY précise que certaines décisions du ministre ne sont pas contentieuses et, partant, elles sont administratives : « (...) ou le ministre a statué sur une matière contentieuse par sa nature, c'est-à-dire jugé ; ou il a prononcé sur une matière administrative et comme administrateur ; mais, il a lésé un droit et fait naître le contentieux ; ou bien la décision n'a réglé que de simples intérêts et est restée administrative »²³². Au sein même du Conseil d'État, Léon Aucoc critique la dérive de la théorie, tout en proposant de la limiter aux cas des décisions contentieuses des ministres. Pour cela, AUCOC adopte à nouveau la définition du contentieux en tant que litige : « Un jugement est une décision sur un litige, et pour qu'il y ait litige, il faut deux parties en cause dont chacune a des prétentions opposées »²³³. En l'absence d'une réclamation de partie et d'une opposition de l'administration, la décision ne peut être qu'administrative.

La réélaboration qu'AUCOC propose de la théorie du ministre-juge est adoptée par DUCROCQ qui révisé ses explications antérieures, à partir de la 4^e édition de son *Cours de droit administratif*²³⁴. DUCROCQ ne met pas en doute que le ministre soit juge²³⁵ ; mais, il se demande

²³¹ « Pour que l'acte d'un administrateur actif puisse être regardé comme juridictionnel, il n'est pas suffisant qu'il soit susceptible d'un recours devant le Conseil d'État », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1899, p. 185.

²³² Alfred TROLLEY, *Traité de la hiérarchie administrative*, t. I, G. Thorel, Paris, 1844, p. 222.

²³³ Léon AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, t. I, Dunod, Paris, 1869, p. 459.

²³⁴ La règle que tout acte objet d'un recours au Conseil d'État est un jugement : « Dans les trois précédentes éditions de cet ouvrage, nous l'avons suivie (ainsi que l'indique le savant auteur que nous allons citer plus loin), non sans regretter cette large dérogation au principe de la législation de l'an VIII, consistant à séparer la juridiction et l'action administratives », Théophile DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, t. I, 4^e éd., Ernest Thorin, Paris, 1874, p. 317.

²³⁵ « La législation consulaire de l'an VIII, en séparant l'action de la délibération, a fait aussi une part distincte à la juridiction (...) toutefois il est resté entre les mains des agents de l'administration active, maires, sous-préfets, préfets, ministres, certaines parties de la juridiction contentieuse », Théophile DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, t. I, 5^e éd., op. cit., p. 228.

si tous les actes « de commandement » « qui donnent lieu à un recours contentieux devant le Conseil d'État, constituent-ils des actes de juridiction ? Ou ne faut-il reconnaître ce caractère qu'aux décisions ministérielles qui prononcent sur un litige, c'est-à-dire sur un débat entre deux parties, ou sur la réclamation dirigée contre un acte d'une autorité inférieure, lorsqu'elle est fondée sur la violation d'un droit ? »²³⁶. Pour lui, la résolution des recours hiérarchiques fondés sur la violation d'un droit relève aussi de la fonction juridictionnelle²³⁷. L'adoption du critère contentieux a permis à DUCROCQ de réviser la liste des fonctions juridictionnelles des ministres qu'il avait dressée dans les dernières éditions de son *Cours*. En particulier, les fonctions des ministres comme liquidateurs de la dette publique et liquidateurs des pensions civiles et militaires ne sont plus considérées comme juridictionnelles. Dans ces cas, il n'y avait pas de réclamation contentieuse, mais des demandes faites à l'administration afin d'obtenir une première décision qui, si elle pouvait donner lieu à des contestations, n'était pas encore le cas²³⁸. Il s'agit de décisions administratives que « (...) la voie de recours ouverte ne peut (...) transformer en acte de juridiction »²³⁹.

Même si de prime abord DUCROCQ contribue à la perfection de la théorie du ministre-juge²⁴⁰, sa motivation est tout à fait contraire ; pour lui, on doit admettre la nature administrative des actes qu'il exclut de la catégorie des actes juridictionnels du ministre, afin d'éviter le grief de la confusion des fonctions dans le ministre qui serait, dans ces cas, juge et partie. Par ailleurs, DUCROCQ prône la disparition généralisée des fonctions juridictionnelles des ministres en vue de réaliser l'intention de l'an VIII : séparer l'action de la juridiction²⁴¹. DUCROCQ annonce déjà le dépérissement de la théorie du ministre-juge car, à la différence d'AUCOC, il accepte que dans les recours hiérarchiques contre les actes « non contentieux » des préfets, le ministre statue comme administrateur et non comme juge, ce qui revient à dire que le Conseil d'État est aussi juge de premier et dernier ressort²⁴².

Bien que ces auteurs limitent les hypothèses où les décisions du ministre sont considérées comme juridictionnelles, ils acceptent encore que le ministre soit juge²⁴³. Or, de façon parallèle, la négation de la théorie est déjà entamée.

²³⁶ Théophile DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, t. I, 5^e éd., *op. cit.*, p. 366.

²³⁷ Les ministres statuent comme juges « 1° Lorsque, la contestation rentrant dans le contentieux administratif, la loi n'a attribué compétence à aucune autre juridiction(...) 2° Lorsqu'ils sont saisis d'un recours formé devant eux contre une décision contentieuse d'un préfet, soit qu'elle émane directement du préfet (...) soit que celui-ci ait statué sur la décision contentieuse d'un sous-préfet (...), ou d'un maire (...) 3° Lorsqu'un texte confère au ministre le droit de statuer comme juge. C'est ainsi, par exemple, que la loi du 18 juillet 1860 sur l'émigration donne au ministre de l'agriculture et du commerce le droit de régler les indemnités dues aux émigrants par les agences d'émigration (...) », *ibidem*, p. 370-371.

²³⁸ « Les ministres statuent, en ces matières, non comme juges; mais, comme administrateurs », *ibidem*, p. 369.

²³⁹ *Ibidem*, p. 369.

²⁴⁰ De même qu'AUCOC, la perfection de la théorie menée par Ducrocq contribue à son maintien : Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *loc. cit.*, p. 84.

²⁴¹ « Un pas de plus dans la voie du progrès consisterait, suivant nous, à faire complètement disparaître les attributions contentieuses des administrateurs, et à réaliser le principe de séparation posé depuis l'an VIII entre l'action et la juridiction administrative », Théophile DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, t. I, 5^e éd., *op. cit.*, p. 373.

²⁴² « Suivant nous, la décision à intervenir ne change pas plus de caractère et de nature par l'effet du recours hiérarchique », Théophile DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, t. I, 5^e éd., *op. cit.*, p. 370.

²⁴³ « Bien que la compétence des agents soit moins étendue qu'on se l'imagine habituellement, il est essentiel de leur retirer expressément toute juridiction, afin que l'autorité administrative ne puisse être juge et partie dans la même cause », Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, *op. cit.*, p. 450.

b. La négation de la théorie

Dès 1862, le fondement de la théorie du ministre-juge commence à être combattu : certes, le ministre est, dans des cas très exceptionnels, chargé de fonctions juridictionnelles ; mais, cela ne permettra plus de le ranger dans les tribunaux administratifs. Les auteurs démontrent que le juge de droit commun du contentieux administratif est le Conseil d'État. Ainsi, le nom de BOUCHENE-LEFER restera comme l'un des principaux adversaires de la théorie du ministre-juge. Cet avocat, ancien conseiller d'État, considère la théorie du ministre-juge comme une construction cernée d'inconsistances : tout d'abord, des « *réponses faites par eux au même titre, en la même qualité* »²⁴⁴ sont des jugements seulement si le recours ultérieur était exercé devant le Conseil d'État ; mais, ce sont de simples actes administratifs si l'affaire était de compétence de la juridiction judiciaire ou des Conseils de préfecture. Ensuite, la décision juridictionnelle du ministre est exigée pour la liquidation des contrats de fournitures, mais non en matière des travaux publics²⁴⁵. Finalement, les ministres sont des juges puisque leurs décisions sont incontestables après l'expiration du délai du recours, alors que de nombreux actes doivent de même être contestés dans un délai fixe, sans pour autant être considérés comme juridictionnels²⁴⁶.

En conséquence, BOUCHENE-LEFER ne considère comme juridictionnels que les cas où l'administration est un tiers à l'égard des intérêts en conflit. Notamment, lorsque le ministre des cultes statue sur les difficultés relatives aux élections des grands rabbins ou en matière de prises maritimes où le ministre de la Marine décide le contentieux, d'après les articles 16-18 de l'arrêt du 6 germinal an VIII. De même, lorsque le ministre du Commerce décide un contentieux entre particuliers, d'après l'article 9 de loi du 18 juillet 1860. Cette loi l'« *érige en véritable juge entre particuliers* »²⁴⁷ puisque le ministre règle les contentieux entre les émigrants et les agents d'émigration pouvant décider l'indemnisation²⁴⁸. « *Mais ces exemples, les seuls que nous connaissons où ces autorités soient appelées à prendre des décisions autrement que comme parties et dans l'intérêt de l'État, du département, etc., en un mot, du corps ou de la personne qu'elles représentent, sont si peu nombreux (...) qu'ils ne peuvent, à notre avis, suffire pour faire ranger les ministres, les préfets et les maires parmi les juges administratifs en général* »²⁴⁹. Pour lui, les expressions : première instance, jugement et

²⁴⁴ Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif, ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Cosse et Marchal, Paris, 1862, p. 611.

²⁴⁵ Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, « Les Ministres sont-ils juges ordinaires du Contentieux administratif ? », *R.P.D.F.* 16 avril et 1^{er} mai 1863, p. 25.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 26.

²⁴⁷ Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif, op. cit.*, p. 612.

²⁴⁸ Ce cas est aussi accepté par DUCROCO qui, en revanche, inclut les recours hiérarchiques dans les cas du ministre-juge : Théophile DUCROCO, *Cours de Droit administratif, Tome I^{er}, op. cit.*, p. 370-371.

²⁴⁹ Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif, op. cit.*, p. 613.

juridiction, qui sont parfois utilisés par le Conseil d'État, ne sont que des lapsus²⁵⁰ ou des fautes d'inattention²⁵¹.

BOUCHENE-LEFER est suivi par, QUENTIN-BAUCHART, sénateur et ex-conseiller d'État qui est conscient qu'il suffirait d'une décision jurisprudentielle pour donner le coup de grâce à la « *funeste* » théorie de l'administrateur-juge²⁵² et, par conséquent, il n'hésite pas à faire l'appel au revirement : « *Qu'on se mette donc à l'œuvre : un acte de jurisprudence¹ (pour effacer l'erreur des ministres-juges) (...)* »²⁵³. Deux voix d'autorité combattent donc la théorie du ministre-juge, y compris des auteurs qui acceptent le principe que les ministres soient juges, plaident pour le revirement²⁵⁴ alors que d'autres auteurs se montrent encore comme défenseurs de la théorie²⁵⁵. Quelques années plus tard, il a été nié le besoin d'une double instance juridictionnelle qui fondait la théorie du ministre-juge : « *pourquoi faudrait-il toujours au moins deux degrés de juridiction en matière administrative ? Aucun texte ne le dit, aucun principe ne l'exige* »²⁵⁶.

La synthèse des arguments à l'encontre de la théorie de l'administrateur-juge est l'œuvre de LAFERRIERE, pour qui cette théorie est le résultat d'une des « *conventions de langage* »²⁵⁷ puisque les textes n'ont jamais donné aux ministres la qualité des juges du contentieux administratif. Pour démontrer cela, LAFERRIERE compare le régime juridique des juridictions à celui des ministres : à la différence d'une juridiction, le ministre peut, notamment, se saisir d'office, il défend son acte devant son supérieur hiérarchique et il peut revenir sur ses décisions²⁵⁸. Par ailleurs, l'incontestabilité des actes après l'expiration du délai n'est pas réservée aux actes juridictionnels des ministres ; mais, cela est propre à tout acte administratif²⁵⁹. LAFERRIERE affirme tant le caractère facultatif du recours au ministre, que la nature non juridictionnelle de la décision de celui-ci²⁶⁰. De même que BOUCHENE-LEFER, LAFERRIERE reconnaît que les ministres ont une juridiction exceptionnelle, confiée expressément

²⁵⁰ « (...) ces mots, qui peuvent accuser ou l'inattention du rapporteur, plus encore qu'une doctrine arrêtée dans l'esprit du Conseil, et que celui-ci peut avoir laissé passer aussi par inadvertance, préoccupée qu'il était de la solution plutôt que de l'exactitude scrupuleuse des détails de la rédaction (...) » Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative ou du contentieux et du non contentieux administratif », *R.P.D.F.* 1864, t. XVII, p. 460.

²⁵¹ « Le mot juridiction s'y trouve ; mais qu'en conclure, sinon qu'il y a eu dans l'adoption de cette rédaction, et peut-être dans la rédaction même, une sorte d'inattention (...) », Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, « Les Ministres sont-ils juges ordinaires du Contentieux administratif ? », *loc. cit.*, p. 23.

²⁵² « Et quand on songe qu'il suffirait d'une simple manifestation de la jurisprudence du conseil d'État pour renverser une tradition funeste, fondée sur une longue suite de malentendus, comment un corps si éclairé, si haut placé, ne se hâterait-il pas, dans son indépendance, d'enlever aux ennemis de la justice administrative dont il est l'organe le plus élevé, l'arme avec laquelle ils lui font peut-être le plus de mal ? », QUENTIN-BAUCHART, « Étude sur la juridiction administrative », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1870, t. 37, p. 145.

²⁵³ *Ibidem*, p. 170.

²⁵⁴ « Cependant, il ne nous paraît pas que les ministres doivent conserver le droit de juger toutes les affaires sur lesquelles ils ont aujourd'hui juridiction », Auguste VIVIEN, *Études administratives, op. cit.*, p. 156.

²⁵⁵ Denis SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, t. III, 2^e éd., Durand, Paris, 1865, p. 180 et suiv.

²⁵⁶ Jules-Xavier BREMOND, « De la juridiction des ministres », *R.C.L.J.*, t. XV, 1886, p. 262.

²⁵⁷ Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit.*, p. 400.

²⁵⁸ *Idem*.

²⁵⁹ « La nature juridique de la décision reste la même dans les deux cas », *ibidem*, p. 404

²⁶⁰ « (...) le ministre peut être préalablement saisi d'un recours administratif, lorsque l'acte émane d'une autorité soumise à son contrôle hiérarchique ; mais ce recours administratif n'est jamais obligatoire pour la partie, et la décision qu'il provoque n'a point le caractère d'un acte de juridiction », *ibidem*, p. 408.

par la loi, pour trancher de litiges, notamment en matière électorale²⁶¹.

La conclusion est alors attendue : à l'époque, le juge ordinaire du contentieux administratif n'est pas le ministre, mais le Conseil d'État²⁶², même s'il faudra attendre la décision de la jurisprudence pour engager l'abandon de cette théorie.

2. L'abandon progressif de la théorie par la jurisprudence

La théorie de l'administrateur-juge parcourt, dans la jurisprudence, le même chemin que celui parcouru chez les auteurs, notamment ceux issus du Conseil d'État : d'abord la théorie sera réduite et ensuite elle sera niée. Ainsi, l'abandon de la théorie du ministre-juge est, dans la jurisprudence, le résultat de décisions qui de façon progressive ont réduit le champ d'application de la théorie : il a été prévu de plus en plus d'exceptions et il a été refusé le caractère absolu à des règles considérées comme les bases de la théorie. La jurisprudence s'est abstenue de prévoir un régime juridique adapté aux fonctions contentieuses des administrateurs et, finalement, elle a énoncé le principe que pour avoir recours au Conseil d'État, la décision ministérielle n'était pas obligatoire. Le démantèlement du régime juridique (a) annonce la décision qui est considérée comme déterminant la fin de la théorie : l'arrêt *Cadot* (b).

a. Le démantèlement du régime juridique

Il est, certes, difficile de parler d'un véritable régime juridique des actes des ministres et beaucoup moins d'un régime processuel. Toutefois, il existe un ensemble de règles présentées à l'appui de la théorie du ministre-juge ; certaines d'entre elles ne sont pas formulées, notamment la nécessaire double instance juridictionnelle. D'autres règles sont explicitées, confirmant, aux yeux des auteurs, le caractère juridictionnel des actes des ministres : il s'agit, notamment, de l'obligation d'épuiser la voie hiérarchique par la décision ministérielle ; du droit de faire opposition aux décisions prises par défaut et du non-retrait des décisions ministérielles. Ce sont des règles tirées de la jurisprudence dont les auteurs ont généralisé la portée, tout en y déduisant la validation jurisprudentielle de la théorie du ministre-juge.

Or, ce régime juridique n'est pas sans failles. Entre 1852 et 1864, le Conseil d'État énonce que dans certains cas le recours au ministre n'est pas nécessaire. Cette jurisprudence des années 50 concerne des décisions ministérielles rendues par défaut où le Conseil d'État admet un recours direct. Néanmoins, lorsque le destinataire de la décision ministérielle exerce opposition devant le ministre, à la place de se pourvoir devant le Conseil, il sera

²⁶¹ Par exemple, lorsque le ministre du Commerce décide les contestations aux élections des membres des chambres de commerce : *ibidem*, p.415.

²⁶² *Ibidem*, p. 414.

nécessairement forclos de son recours au Conseil d'État²⁶³. Il s'agit des décisions d'espèce qui n'écartent pas le principe de l'opposition aux décisions ministérielles rendues par défaut²⁶⁴. Cependant, dans toutes les affaires où le Conseil d'État admet le recours direct, il ne s'agit pas de la décision ministérielle sur un recours contre une décision d'une autre autorité administrative inférieure, mais de la première décision prise par une autorité administrative, dans ce cas, par le ministre. Il s'agit donc d'une des situations qui, quelques années plus tard, seront exclues de la liste des cas où le ministre est considéré comme juge, en raison de l'absence d'un litige²⁶⁵.

C'est dans les années 1860 que BOUCHENE-LEFER plaide pour la négation de la théorie du ministre-juge²⁶⁶ et cela n'est pas sans effets au sein du Conseil d'État. Ainsi, lorsque le Conseil d'État élabore le décret du 2 novembre 1864 sur la procédure, il a consciemment omis de qualifier les décisions des ministres comme des jugements²⁶⁷ ; dès lors, le décret affirme seulement que « *Les ministres statuent par des décisions spéciales sur les affaires qui peuvent être l'objet d'un recours par la voie contentieuse* »²⁶⁸. Cette hostilité du Conseil d'État à l'égard de la théorie du ministre-juge se reflète dans sa jurisprudence.

En effet, dans les années qui suivent, le Conseil d'État s'attaque aux autres éléments du régime juridique. Tout d'abord, le Conseil décide que les actes des ministres peuvent être rapportés lorsque ceux-ci n'ont pas créé de droits ou lorsque l'affaire n'intéresse que l'État²⁶⁹. Cette jurisprudence n'est pas négligeable, parce qu'il y est nié le dessaisissement propre aux actes juridictionnels.

Ensuite, le Conseil d'État infirme le caractère obligatoire des recours hiérarchiques, arrivant nécessairement au ministre. Il est ainsi décidé que certains actes peuvent être objet d'un recours *omisso medio*²⁷⁰, notamment lorsque le recours hiérarchique a été déjà exercé

²⁶³ La décision ministérielle de résiliation d'un marché, rendue par défaut, peut être attaquée directement dans les trois mois suivant sa notification et la décision confirmatoire du ministre sur un recours contre cette décision, ne constitue pas une décision nouvelle : C.E.f. 21 mai 1852, *Compagnie française de filtrage*, rap. GOMEL, concl. MAIGNE, *Rec.*, p. 171. Dans le même sens : C.E.f. 5 janvier 1854, *Couret*, *Rec.*, p. 13. La décision du ministre est simplement confirmative et, par conséquent, le délai du recours pour excès de pouvoir est forclos : C.E.f. 10 déc. 1857, *Martin et Bastide*, *Rec.*, p. 802. De même : C.E.f. 4 fév 1858, *Friche*, *Rec.*, p. 107.

²⁶⁴ Principe énoncé par : C.E.f. 26 mars 1814, *Sieur Rey*, SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'État depuis 1806*, t. II, *op. cit.*, p. 535-536 ; C.E.f. 26 février 1817, *Dame veuve Tabaret c. veuve Bernard et consorts*, SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'État depuis 1806*, t. III, *op. cit.*, p. 519 ; C.E.f. 26 fév. 1823, *Mouton*, *Rec.*, p. 162 et C.E.f. 22 août 1839, *Giblain*, *Rec.*, p. 465.

²⁶⁵ Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, t. I, *op. cit.*, p. 470 ; Théophile DUCROCO, *Cours de Droit administratif*, t. I, 5^e éd., *op. cit.*, p. 366.

²⁶⁶ Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER : *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif*, *op. cit.*, p. 611 ; « Les Ministres sont-ils juges ordinaires du Contentieux administratif ? », *loc. cit.*, p. 25 ; « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administratives ou du contentieux et du non contentieux administratif », *op. cit.*, p. 460.

²⁶⁷ « *Le Conseil d'État, qui a rédigé le décret, a eu soin de ne pas qualifier de jugement les actes auxquels il faisait allusion, précisément parce qu'il ne voulait pas consacrer la théorie qu'attribue aux ministres le pouvoir de juges, dans tous les cas où leurs décisions sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État* », Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, t. I, *op. cit.*, p. 476.

²⁶⁸ Art. 6 du décret du 2 novembre 1864.

²⁶⁹ C.E.f. 19 août 1867, *Calvo et Mathéron*, *Rec.*, p. 840.

²⁷⁰ En matière de liquidation de pensions : C.E.f. 12 août 1868, *Pétiaux*, *Rec.*, p. 913. La décision du préfet peut être attaquée directement devant le Conseil d'État : C.E.f. 7 avril, 1869, *Ville de Nîmes*, *Rec.*, p. 326. Le retrait de l'acte peut être

devant le préfet²⁷¹. Ensuite, le Conseil affirme plus clairement le caractère simplement facultatif du recours hiérarchique, tout en signalant que quand le requérant a choisi d'exercer au préalable ce recours, celui-ci devra être exercé dans le délai du recours au Conseil d'État afin de pouvoir se porter valablement devant celui-ci²⁷². En ce sens, la décision du préfet est considérée comme disposant des mêmes effets que celle du ministre et, partant, pouvant être objet d'un recours direct au Conseil d'État²⁷³. De plus, la liquidation préfectorale des pensions ne doit pas être objet d'un recours préalable au ministre²⁷⁴.

Enfin, le Conseil d'État prend une série de décisions dans le sens proposé par Aucoc et par DUCROCQ, c'est-à-dire que les décisions sur les affaires dépourvues de litige ne peuvent pas être juridictionnelles. Cette jurisprudence n'est pas inédite, puisqu'elle est adoptée dans les années 1850²⁷⁵. À partir de 1880, le Conseil d'État confirme que les décisions ministérielles rendues par défaut doivent être objet d'un recours direct au Conseil d'État²⁷⁶ puisque, dans ce cas, le recours hiérarchique même facultatif n'est pas possible. De même, la liquidation des dettes de l'État n'est pas une décision qui doit être motivée, puisque le ministre n'agit pas en tant que juridiction²⁷⁷.

Grâce à cet ensemble de décisions, il est possible d'affirmer qu'à la fin du XIX^e siècle, le Conseil d'État a déjà érodé les bases de la théorie qui lui enlevait la compétence de droit

objet d'un recours sans besoin de recours préalable au ministre : C.E.f. 13 juin 1873, *Commune de Liévin c/ la compagnie des mines de Liévin, Rec.*, p. 522.

²⁷¹ Le retrait d'un arrêté municipal prononcé par un préfet peut être l'objet d'un recours direct : C.E.f. 4 juillet 1872, *Commune de Neung sur-Beuvron, Rec.*, p. 395.

²⁷² Considérant que le recours au préfet et puis au ministre a été exercé après trois mois de l'exécution de la première décision « (...) ce mode de procéder n'a pu avoir pour effet de proroger le délai pendant lequel ils pouvaient se pourvoir contre l'arrêté précité par la voie contentieuse » « Cons. En effet que si le recours pour excès de pouvoirs peut être, au gré des parties intéressées, formé directement devant le Conseil d'État ou préalablement porté devant le supérieur hiérarchique », C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 430, concl. LEVAVASSEUR DE PRECOURT. Confirmé par C.E.f. 14 janv. 1887, *L'union des gaz, Rec.*, p. 43.

²⁷³ L'arrêté préfectoral décidant une question pré-judiciaire est objet de recours *omisso medio* au Conseil d'État : C.E.f. 28 avril 1882, *Ville de Cannes c/ la Société de Marie, Rec.*, p. 389. Aussi, le recours en interprétation ne doit-il pas passer par le supérieur hiérarchique : C.E.f. 4 avril 1884, *Rivier, Rec.*, p. 217.

²⁷⁴ « (...) que, si l'arrêté attaqué pouvait être déféré au Min. de l'int. (...) il n'en avait pas moins à l'égard du sieur Bougard le caractère d'une décision de nature à être déféré directement au Conseil d'État par la voie contentieuse », C.E.f. 24 juin 1881, *Bougard, Rec.*, p. 648, concl. GOMEL.

²⁷⁵ Pour le commissaire du gouvernement GOMEL ce n'était pas un revirement mais une confirmation : « Nous croyons donc pouvoir dire qu'après avoir hésité sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'État admet depuis longtemps que les décisions ministérielles, même prises sans que la partie intéressée ait été préalablement entendue, ne peuvent être reformées que par la voie du recours au Conseil d'État, et que pour les faire rapporter on ne saurait employer la voie de l'opposition », Charles GOMEL, conclusions sur C.E.f. 20 fév. 1880, *Carrière, Rec.*, p. 188.

²⁷⁶ Et la décision confirmative sur opposition ne constitue pas une décision nouvelle : C.E.f. 20 fév. 1880, *Carrière, Rec.*, p. 187. Or, à l'égard des décisions du Conseil d'État permettant opposition des décisions rendues par défaut « on nous permettra de faire observer que les arrêts (...) sont bien anciens, et qu'ils remontent à une époque où la connaissance des règles qui président notre organisation administrative n'était pas encore nettement formulée », Charles GOMEL, conclusions sur C.E.f. 20 fév. 1880, *Carrière, Rec.*, p. 187.

²⁷⁷ « Les prescriptions de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 ne s'appliquent qu'aux jugements (...) », Frédéric Eugène LEVAVASSEUR DE PRECOURT, conclusions sur C.E.f. 30 avril 1880, *Harouel et Horin, Rec.*, p. 419 et le Conseil d'État décide « Considérant que la décision par laquelle le Min. de la guerre a refusé d'allouer une indemnité aux requérants n'est pas de celles auxquelles s'applique l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 », c'est-à-dire ce n'est pas une décision juridictionnelle, celle-ci ne doit pas être motivée.

commun à l'égard du contentieux administratif. Il ne manquait qu'un coup final²⁷⁸.

b. L'arrêt Cadot

En 1881, il ne restait que très peu de la théorie du ministre-juge. À la suite des affaires *Bansais* et *Bougard* on pouvait même penser que la théorie était finie²⁷⁹. En effet, l'une des décisions reconnaît déjà le caractère simplement facultatif des recours hiérarchiques²⁸⁰, et l'autre montre que la décision du préfet a « (...) le caractère d'une décision de nature à être déféré directement au Conseil d'État par la voie contentieuse »²⁸¹. Or, aucune des deux décisions ne condamne la théorie du ministre-juge : on lit dans l'arrêt *Bansais* que le recours pour excès de pouvoir peut être « (...) préalablement porté devant le supérieur hiérarchique » et que le recours hiérarchique exercé dans les trois mois a « pour effet de saisir valablement la juridiction contentieuse »²⁸². De même, le commissaire du gouvernement reconnaît dans ses conclusions sur l'affaire *Bougard* que « (...) les contestations en matière administrative pour lesquelles la loi n'a pas désigné de juge spécial aboutissent aux ministres, sauf recours au Conseil d'État »²⁸³. Par conséquent, l'arrêt ne fait qu'exclure la liquidation des pensions de la liste des cas où le ministre est considéré comme juge. Par ailleurs, ces décisions concernaient des actes du préfet dont la voie hiérarchique pouvait expliquer la compétence du ministre, même si le recours n'était pas obligatoire.

Il restait la question de l'explication de la compétence du ministre à l'égard des actes des maires et des conseils municipaux dont, même avec un caractère facultatif, il n'y avait pas de lien hiérarchique pouvant expliquer la compétence du ministre²⁸⁴. Il a fallu attendre une décision de principe pour mettre fin à la théorie du ministre-juge : « du refus du maire et du conseil municipal de Marseille de faire droit à la réclamation du sieur Cadot, il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'État de connaître (...) »²⁸⁵. La décision *Cadot* est prononcée dans une affaire où la hiérarchie administrative ne peut pas justifier la compétence du ministre, car il s'agit d'une demande de responsabilité dirigée contre une commune²⁸⁶. L'absence d'une procédure conforme aux besoins du contentieux a aussi agi en faveur de la négation de la théorie du ministre-juge²⁸⁷.

²⁷⁸ C.E.f. 4 décembre 1885, *Lefévez, Rec.*, p. 910 : le ministre de l'Intérieur n'est pas compétent pour statuer sur une demande en dommages-intérêts contre un maire.

²⁷⁹ À un point tel que pour certains auteurs, la fin de la théorie du ministre-juge s'opère dans la décision *Bougard* : Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *loc. cit.*, p. 256.

²⁸⁰ C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 430.

²⁸¹ C.E.f. 24 juin 1881, *Bougard, Rec.*, p. 648.

²⁸² C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 432.

²⁸³ GOMEL, conclusions sur C.E.f. 24 juin 1881, *Bougard, Rec.*, p. 651.

²⁸⁴ « Mais qu'en est-il des recours portés contre les actes des autorités locales émancipées de la hiérarchie ministérielle ? C'est à cette occasion que le Conseil va éliminer définitivement le ministre-juge et imposer son pouvoir de juge de droit commun », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789, op. cit.*, p. 206.

²⁸⁵ C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille, Rec.*, p. 1148, concl. JAGERSCHMIDT.

²⁸⁶ « Or, il n'est pas douteux, suivant nous, que quand le maire agit dans la sphère des intérêts purement locaux, des intérêts pécuniaires de la commune, il ne peut être considéré comme le subordonné du ministre », Henri JAGERSCHMIDT, Conclusions sur l'arrêt du C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot, Rec.*, p. 1152.

²⁸⁷ « Nous ne comprenons pas que le ministre, en pareil cas, substituât sa décision à celle de l'autorité municipale (...) ni qu'une pareille décision pût être prise, après une instruction faite dans les bureaux d'un ministère, sans publicité, sans débat contradictoire et en dehors de toutes les formes judiciaires », *idem*. L'arrêt *Cadot* est ainsi montré comme l'un des exemples de négation du caractère juridictionnel « faute d'une procédure légalement

La jurisprudence *Cadot* est confirmée à plusieurs reprises²⁸⁸ et, dès lors, la théorie du ministre-juge a été définitivement condamnée, bien que certains auteurs continuent, nonobstant, à présenter le ministre comme un juge ordinaire²⁸⁹. Il est dès lors nécessaire de préciser la portée de la décision à l'égard de la théorie du ministre-juge et à l'égard du contentieux.

La décision *Cadot* ne laisse pas de doute que le ministre n'est plus considéré, pour le Conseil d'État, comme une juridiction administrative²⁹⁰. Cependant, l'arrêt *Cadot* ne constitue pas l'interdiction des fonctions juridictionnelles des ministres, mais la négation de son caractère de juge de droit commun du contentieux administratif²⁹¹ et, c'est grâce à cet arrêt que le Conseil d'État devient « (...) *juge de droit commun en premier ressort en matière administrative* »²⁹². En conséquence, les auteurs ont continué à parler du ministre comme juge d'exception²⁹³. Tel est le cas de JACQUELIN considérant que le ministre est toujours juge, notamment, à l'égard du contentieux de certaines élections²⁹⁴. Aujourd'hui, on pourrait aussi penser que la décision concernant la régularité des prises maritimes est un cas de survie de l'administrateur-juge ; mais, il s'agit, à vrai dire, d'un cas de survie de la justice retenue²⁹⁵ : « *Au lendemain de la loi de 1872, on a été très porté à croire que toute la justice administrative était déléguée, qu'il ne subsistait plus du tout de justice retenue. Cependant on se trouvait en présence d'un certain nombre de recours qui aboutissaient à des décrets en Conseil d'État (...) La conséquence serait que les décisions sur ces recours seraient définitives et ne pourraient en aucun cas être attaquées elles-mêmes par un recours contentieux* »²⁹⁶. Il s'agit des survies de la justice retenue, mais non du ministre-juge.

À l'égard du contentieux, les conséquences de l'arrêt *Cadot* sont contrastées. Puisque la théorie de l'administrateur-juge est fondée sur le critère contentieux de définition de la juridiction, la

organisée », L'HUILLIER, note sous C.E.f. Ass. 27 mai 1955, *Électricité de France*, D. 1956, p. 308. Dans le même sens : Jean DE SOTO, « La notion de juridiction », *loc. cit.*, p. 45.

²⁸⁸ Avec le même considérant que l'arrêt *Cadot* : C.E.f. 28 mars 1890, *Drancey c/ Ville de Cherbourg*, Rec., 339 ; C.E.f. 29 avril 1892, *Wotting c/ Ville de Limoges*, S. p. 17, note HAURIU.

²⁸⁹ Alors que DUCROCQ continue, nonobstant l'arrêt *CADOT*, à considérer le ministre comme juge, de son côté, ARTUR considère la décision préalable comme la continuation du ministre-juge : La juridiction ministérielle « *ne disparaîtra que le jour où l'on dispensera le plaideur de s'adresser au ministre* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit.*, p. 446.

²⁹⁰ « (...) *attendu qu'il n'appartiendrait ni au ministre, ni à aucune juridiction administrative d'en connaître* », *idem*.

²⁹¹ « *Toutes ces difficultés, toutes ces contradictions nous conduisent à renoncer à suivre l'opinion d'après laquelle le ministre aurait en cette matière, aucun juge n'était désigné par la loi, les pouvoirs d'un juge ordinaire des réclamations contre les actes des diverses autorités administratives* », concl. JAGERSCHMIDT sur C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, Rec., p. 1150.

²⁹² Maurice HAURIU, « note » sous C.E.f. 29 avril 1892, *Wotting c/ Ville de Limoges*, S. 1892, III partie, p. 17.

²⁹³ André MOREL, *La juridiction des administrateurs actifs*, thèse, Université de Paris, Giard et Brière, 1904.

²⁹⁴ « *Ainsi d'après l'arrêté du 3 nivôse an XI le ministre du commerce statue sur le contentieux des élections des chambres de commerce, et par analogie le ministre de l'agriculture est juge du contentieux des élections des chambres consultatives d'agriculture* », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, op. cit., p. 196.

²⁹⁵ La régularité des prises est décidée par une juridiction administrative spécialisée, le Conseil des prises dont les décisions peuvent être objet d'appel au Conseil d'État. Cependant, la décision est signée par le Président de la République sous forme d'un décret en Conseil d'État : « *Le système de la justice retenue subsiste dans le cas très spécial de la validation des prises maritimes en cas de guerre* », Louis ROLLAND, *Précis de Droit administratif*, 11^e éd. Dalloz, Paris, 1957, p. 268.

²⁹⁶ Maurice HAURIU, cité par René LOTH, *L'autorité de la chose jugée en matière administrative*, thèse, éd. Camille Robbe, Lille, 1911, p. 50.

condamnation de cette théorie oblige à l'adoption d'un nouveau critère pour la définir²⁹⁷ : un recours peut être obligatoire, la décision peut trancher un contentieux et celle-ci peut être objet d'un recours ultérieur au Conseil d'État, sans pour autant faire partie d'une compétence juridictionnelle. Certes, la jurisprudence affirme le caractère facultatif des recours hiérarchiques ; mais, lorsque ceux-ci sont exercés, la décision ne sera pas moins contentieuse qu'elle l'était avant 1889. En revanche, cette décision contentieuse ne sera plus considérée comme juridictionnelle.

Or, contrairement à l'essence de l'arrêt *Cadot*, l'assimilation du contentieux à la juridiction a été renforcée par l'interprétation donnée à cette décision. Le Conseil d'État, juge de droit commun du contentieux administratif, a signifié qu'il avait la compétence exclusive sur le contentieux ; le contentieux est considéré comme exclu de l'administration active. La théorie de l'administrateur-juge occultait que le contentieux soit réglé par l'administration sans pour autant être nécessairement juge ; mais, la condamnation n'a pas enlevé le voile sur l'activité contentieuse de l'administration et, en revanche, cela a tout simplement occulté le contentieux réglé par l'administration²⁹⁸. L'occultation de l'activité contentieuse de l'administration a dès lors continué, au XXe siècle, par la voie de la transformation de l'administrateur en juge.

§ 2. L'administrateur devient juge au XXe siècle

Au XXe siècle l'administrateur n'est pas considéré comme un juge qui exerce le droit commun de la juridiction en matière administrative. Au contraire, dans plusieurs cas lorsqu'il exerce des fonctions contentieuses, il abandonne sa nature administrative pour devenir une juridiction d'exception ; en France, il prétend ne pas rétablir le ministre-juge et, pour cela, il devient une juridiction spécialisée. En Colombie, l'administrateur reçoit exceptionnellement des attributions juridictionnelles, strictement délimitées et, dans ce cas, il s'introduit dans l'organisation juridictionnelle. Au XXe siècle, les juridictions administratives spécialisées (**A**) se sont multipliées alors que le droit colombien a autorisé l'attribution des fonctions juridictionnelles à l'administration (**B**).

A. France : les juridictions administratives spécialisées

En Colombie, il n'existe qu'une juridiction du contentieux administratif. Avant son instauration, intervenue en 1913, la loi n° 163 du 31 décembre 1896 crée une Commission des fournitures, des crédits publics et des expropriations. Celle-ci est instaurée dans les circonstances exceptionnelles de la fin de la guerre civile de 1895. Cette commission était chargée de décider l'indemnisation des dommages causés aux citoyens pendant la guerre. Le

²⁹⁷ « (...) l'arrêt *Cadot* marque ainsi le passage à une conception nouvelle et plus exigeante de l'acte de juridiction », Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *loc. cit.*, p. 85.

²⁹⁸ JACQUELIN avoue alors les effets négatifs de l'occultation : il reconnaît avec LAFERRIERE que, dans la résolution des recours hiérarchiques il n'y a que des actes administratifs « *Mais il semble bien que dans toutes ces hypothèses l'on rencontre les conditions ordinaires et générales de la formation du contentieux administratif : un litige suscité par la violation d'un droit née d'un acte administratif déjà accompli* », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 197.

caractère juridictionnel de cette commission n'a jamais été reconnu, alors que ses décisions étaient définitives et pouvaient être l'objet d'un recours en appel devant le Conseil d'État²⁹⁹. On pourrait ainsi considérer que cette commission a été la première fonction juridictionnelle confiée au Conseil d'État colombien ; mais, cette fonction a été éphémère puisque le Conseil d'État a été supprimé en 1905³⁰⁰.

En France, en revanche, il existe une cinquantaine de juridictions administratives spécialisées. Malgré ce nombre, elles sont toujours des juridictions d'exception puisque leur compétence est limitée aux affaires qui lui sont expressément confiées. Ainsi, l'exception ne peut pas devenir la règle ; mais, « *c'est beaucoup et c'est trop* »³⁰¹. Il sera question de s'intéresser ici à l'évolution d'une catégorie³⁰² (1) qui est objet de critiques (2) sans être neutre à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration.

1. L'évolution d'une catégorie

Les juridictions administratives spécialisées sont un groupe hétérogène : certaines sanctionnent, d'autres décident des recours contre des actes administratifs, certaines se composent majoritairement des magistrats professionnels ; dans d'autres, la majorité des membres est composée de professionnels ou de spécialistes d'un secteur. Les juridictions administratives spécialisées peuvent être placées au sein d'une personne juridique autre que l'État, tout en rendant la justice au nom de celui-ci³⁰³. Malgré la diversité des juridictions administratives spécialisées, celles-ci font partie d'une seule catégorie, définie, notamment, par la spécialité de sa compétence, et surtout, par le contrôle ultérieur porté devant le Conseil d'État, juge de cassation³⁰⁴. Le XXe siècle a connu la multiplication des juridictions administratives spécialisées (a), de même que le ralentissement de la tendance (b).

a. La multiplication des juridictions administratives spécialisées

L'Ancien Régime français a connu de nombreuses juridictions administratives d'exception, notamment la cour des aides, la chambre des comptes et la table de marbre en matière de chasse, de pêche et d'exploitation du bois³⁰⁵. La Révolution de 1789 prétend finir

²⁹⁹ Lorsque le montant de l'affaire dépasse les 3 000 pesos : art. 33 et 34 de la loi 163 de 1896

³⁰⁰ Acte législatif de révision de la Constitution n° 10, du 27 avril 1905.

³⁰¹ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 101.

³⁰² Certes, il existe aussi des juridictions judiciaires spécialisées ; mais, cette étude concerne celles qui se situent dans la hiérarchie de la juridiction administrative. Tel est par exemple le cas de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents de travail de l'art. 89 de loi du 18 janvier 1994. Cette juridiction est soumise au contrôle de cassation de la Cour de cassation : T.c.f. 8 avril 2002, *Melennec*, D. 2002, p. 2702, note PETIT ; R.F.D.A. 2002, p. 1008.

³⁰³ C.E.f. Sect., 27 fév. 2004, *Mme. Popin*, Rec., p. 86, A.J.D.A. 2004, p. 653, chron. DONNAT et CASAS. La section disciplinaire du conseil d'administration de l'université est objet d'un recours en appel devant le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche CNESER : Code de l'Éducation nationale art. L 232-2 et L 712-4.

³⁰⁴ Il s'agit, pour la plupart, du contrôle cassation, sauf pour les décisions des commissions du contentieux de l'indemnisation des rapatriés d'outre-mer dont l'appel est décidé par les cours administratives d'appel.

³⁰⁵ Cf. Théophile DUCROCO, *Cours de Droit administratif*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 66.

avec tout genre de privilèges, y compris ce que l'on considérait comme des privilèges de juridiction³⁰⁶. Or, en 1807, la Cour des comptes³⁰⁷ est instaurée, et d'autres juridictions administratives spécialisées ont été créées au XIXe siècle pour des contentieux particuliers, tels que la discipline au sein de l'université et l'indemnisation des émigrés, en raison des biens confisqués par la Révolution³⁰⁸. Il s'agit de commissions auxquelles la jurisprudence avait reconnu la nature juridictionnelle³⁰⁹ et dont les membres sont des juges, des magistrats, des conseillers d'État et des fonctionnaires.

Le début du XXe siècle a connu l'instauration de commissions chargées de décider des recours contre des actes administratifs en matière de l'assistance obligatoire aux vieillards, infirmes et incurables. La loi ne qualifie pas ces commissions ; mais, après des hésitations, le Conseil d'État leur reconnaît une nature non juridictionnelle³¹⁰. Même si ces commissions disposaient d'une procédure qui se rapprochait de celle suivie par le Conseil d'État en matière contentieuse, ce qui a pu conduire le commissaire du gouvernement à conclure sur la nature juridictionnelle, le Conseil d'État a tranché en faveur de la nature administrative, en l'absence de la volonté expresse du législateur de créer une juridiction. Faute de qualification législative, le Conseil d'État avait compris que l'autorité ne pouvait être qu'administrative, en dépit du contentieux³¹¹. Ces commissions ont été créées pour éviter l'encombrement de la juridiction administrative et, nonobstant sa nature non juridictionnelle, la finalité était obtenue³¹².

Mais cela ne faisait partie que des cas exceptionnels. En 1894, Gaston JEZE propose que pour la résolution de contentieux techniques et exceptionnels, il serait préférable de créer des commissions spécialement chargées de ces matières afin de ne pas encombrer le Conseil

³⁰⁶ C'est pour cette raison que les projets de création d'un tribunal administratif suprême, présentés à la Constituante ont été rejetés. Il s'agit du projet présenté par le représentant THOURET, déposé le 22 décembre 1789 et visant la création d'un « tribunal d'administration », *Archives Parlementaires* 1 série, t. 10 p. 725, et du projet présenté le 5 juillet 1790, concernant la création d'un tribunal suprême d'administration.

³⁰⁷ Loi du 16 septembre 1807. La juridiction des comptes est constituée en degrés, à partir de 1882, par l'introduction des chambres régionales des comptes.

³⁰⁸ La loi du 10 mars 1818, créa un Conseil de révision cantonal pour le contrôle des opérations de recrutement dans l'armée. La loi du 27 avril 1825 instaure une Commission pour liquider des indemnités des anciens émigrés, en raison des biens confisqués par la Révolution. De même, la loi du 30 avril 1826 prévoit une commission pour l'indemnisation des anciens colons de Saint-Domingue, spoliés par l'ordre royal reconnaissant l'indépendance.

³⁰⁹ C.E.f. 19 août 1835, *Lecourtois d'Héroudeville, Rec.*, p. 520 et C.E.f. 22 juillet 1835, *Garmichon, Rec.*, p. 486.

³¹⁰ La loi du 14 juillet 1905 prévoit qu'une Commission cantonale décide les recours contre les décisions des conseils municipaux sur l'inscription sur les listes d'assistance. À son tour, une Commission centrale résout les recours contre décisions des commissions cantonales, départementales et du Conseil général. Le caractère juridictionnel de ces commissions était mis d'emblée lors des discussions du projet de loi et le commissaire du gouvernement TARDIEU conclut sur le caractère juridictionnel : Conclusions sur C.E.f. 10 avril 1908, *Min de l'intérieur c/ Com. Dép. du Gard*, S. 1910, 3, p. 98. Mais, le Conseil d'État a décidé que le recours procédant contre ces actes était un recours pour excès de pouvoir : C.E.f. 30 juin 1911, *Directeur de l'assistance publique de Paris*, S. 1913, 3, p. 64, note HAURIU. Cette décision confirme celles du C.E.f. 12 mai 1905, *Comm. De Portiragnes*, S. 1907, 3, p. 54 et C.E.f. 19 juillet 1912, *Broussard* déclarant la nature administrative de la commission cantonale sur l'assistance médicale gratuite de la loi du 15 juillet 1893.

³¹¹ « Ce qui tranche la question, c'est qu'aujourd'hui, le contentieux administratif est centralisé aux mains du Conseil d'État, et que les autorités nouvelles qui sont créées sont présumées être purement administratives, à moins que le législateur ne leur confère expressément des attributions contentieuses, en employant le terme consacré de recours contentieux », Maurice HAURIU, note sous C.E.f. 30 juin 1911, *Directeur de l'assistance publique de Paris*, S. 1913, 3, p. 66. Or, le législateur pouvait conférer des fonctions contentieuses aux autorités administratives, sans employer « le terme consacré de recours contentieux ».

³¹² Julien LAFERRIERE, « Chronique législative, 2^e étude », *R.D.P.* 1921, p. 129.

d'État³¹³. L'unité de la jurisprudence serait garantie par l'obligation de prendre des décisions motivées et par la présence d'un conseiller d'État dans la commission, tout cela complété par le contrôle de cassation exercé par le Conseil d'État³¹⁴. La fin de la première et de la seconde guerre mondiale a mis en place ces conditions³¹⁵ : de nombreux contentieux tenus pour très spécifiques, techniques et transitoires ont dû être tranchés³¹⁶. Tel était le cas du contentieux des impôts des bénéficiaires de la guerre³¹⁷, des pensions militaires³¹⁸, de l'indemnisation des dommages de la guerre³¹⁹ et des marchés liés à la reconstruction³²⁰. Afin de ne pas encombrer le Conseil d'État par le contrôle de cassation des décisions de ces juridictions, il a été créé, en matière des pensions, une Commission spéciale de cassation des pensions, adjointe au Conseil d'État³²¹. L'aide sociale³²², le corporatisme des années 40³²³, l'épuration d'après l'Occupation³²⁴ et l'intervention de l'économie³²⁵ ont donné lieu à la multiplication de ces organes.

La prolifération de ces autorités à dénomination variable (jury, commission, conseil, comité, etc.), provoque de l'inquiétude : considérée comme une réponse paresseuse et démagogique³²⁶, cela posait notamment le problème d'admettre qu'un organisme non juridictionnel puisse être entouré d'une procédure et qu'il tranche des litiges. Cela serait considéré comme un contresens puisque l'administration, à l'égard du contentieux,

³¹³ « Cette organisation est excellente. Elle ne laissera arriver au Conseil d'État qu'un petit nombre des recours, soulevant des questions de droit vraiment difficiles », Gaston JEZE, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *loc. cit.*, p. 74.

³¹⁴ Et JEZE proposait de faire de même pour la liquidation des pensions des militaires pour décès ou blessures de la guerre « l'unité de jurisprudence serait assurée par la présence d'un membre du Conseil d'État, et par le recours en cassation (...) », Gaston JEZE, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *loc. cit.*, p. 74.

³¹⁵ Pierre ARNAUD, *Les Commissions administratives à caractère juridictionnel*, *op. cit.*, p. 21.

³¹⁶ Julien LAFERRIERE, « Chronique législative, 1^{re} étude », *R.D.P.* 1920, p. 557.

³¹⁷ L'art. 8 de la loi du 1^{er} juillet 1916 prévoit que le contentieux des impôts de bénéficiaires de la guerre devra être porté devant une « Commission supérieure siégeant au Ministère des finances ». L'art. 11 de la loi utilise le terme appel et « Commission du premier degré ».

³¹⁸ L'art. 25 de la loi du 31 mars 1919 sur les pensions militaires instaure un « Tribunal départemental des pensions » dont ses décisions sont l'objet d'un « appel » devant la « Cour régionale des pensions ». Cette juridiction est prévue à l'art. 79 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

³¹⁹ Loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages de guerre crée expressément un *Tribunal des dommages de guerre*. De même, la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre a instauré une autre juridiction spéciale des dommages de guerre composée par de nombreuses commissions.

³²⁰ La loi du 31 mai 1933 crée un « Jury national des marchés de guerre » et celle du 7 octobre 1946 instaure une « commission de marchés de la reconstruction ».

³²¹ Décret-loi du 8 août 1935. Cette commission de cassation est supprimée par l'art. 84 de la loi du 17 janvier 2002, transférant ces fonctions au Conseil d'État.

³²² Des commissions départementales et la Commission centrale d'aide sociale (aujourd'hui prévues à l'art. L 134-2 du code de l'action sociale et des familles) ont été créées, ainsi que des commissions interrégionales et la Commission nationale de la tarification sanitaire et sociale, transformées en tribunaux interrégionaux et la Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale, par l'art. 59 de la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002.

³²³ Les sections disciplinaires des ordres professionnels ont été considérées comme des juridictions administratives spécialisées malgré leur nature privée : C.E.f. Sect. 2 fév. 1945, *Moineau, Rec.*, p. 27 ; *D.* 1945, p. 269, note COLLIARD ; *R.T.D.Civ.* 1945, p. 291, note VIZIOZ ; *S.* 1946, III, p. 9, note L'HUILLIER. Une différenciation à l'intérieur des compétences a dû être réalisée ultérieurement, afin de préciser, notamment, que l'inscription au tableau, ainsi que la résolution des recours dans cette matière, n'était pas une décision juridictionnelle (*De Bayo*).

³²⁴ L'ordonnance du 16 oct. 1944 a instauré une Commission nationale interprofessionnelle d'épuration dans les entreprises.

³²⁵ La loi du 8 juin 1943 créa un Comité contentieux du contrôle des prix dont le Conseil d'État reconnaît la nature juridictionnelle : C.E.f. Sect., 16 fév. 1955, *Niérat, Rec.*, p. 35.

³²⁶ « À la réorganisation d'un système administratif devenu insuffisant, le législateur préféra une solution paresseuse et démagogique à la fois. Il créa sous le nom de « Comité », « Conseil », « Commission », parfois même « Tribunal » ou « Jury » (...) une foule d'organismes chargés d'assurer l'exécution des dispositions nouvelles », Pierre ARNAUD, *Les Commissions administratives à caractère juridictionnel*, *op. cit.*, p. 13.

n'émettrait qu'une « *opinion* » sur le litige³²⁷. Ces organes ne pouvaient être que des juridictions, mais dont l'impartialité poserait des problèmes en raison du cumul des fonctions juridictionnelles et administratives³²⁸.

Pour les organes qui ne sont pas expressément qualifiés de juridictions, la jurisprudence reconnaît volontiers cette nature : la méthode du faisceau d'indices a déterminé le fait que l'exercice de la répression disciplinaire est considéré comme de matière juridictionnelle, à un point tel que lorsqu'un organe exerçait la répression disciplinaire, il était considéré comme une juridiction³²⁹ et, surtout, l'organisation d'une procédure par les normes est interprétée comme la volonté du législateur de créer une juridiction³³⁰. Pour ne pas faire renaître le ministre-juge, la politique jurisprudentielle consolide les juridictions comme les seuls organes qui tranchent le contentieux³³¹, et surtout, comme les seuls disposant de la procédure : « *La procédure devenant ainsi le critère du passage de la voie administrative à la justice, de l'action administrative au Contentieux, à la juridiction (...)* »³³². En reconnaissant la nature juridictionnelle de ces organes, le contentieux³³³ et la procédure sont remaniés dans les limites des juridictions.

b. Le ralentissement de la tendance

Face aux problèmes liés à la multiplication désordonnée des juridictions administratives, la jurisprudence a dû réagir³³⁴. La tendance à reconnaître des juridictions là où

³²⁷ « *Telle commission prévue par la loi, lorsqu'elle statue sur la réclamation d'un particulier, est-elle un organisme administratif dont la décision ne constitue en réalité que l'opinion de l'Administration sur le point litigieux ? Est-elle au contraire un organe juridictionnel dont la Décision représente la Vérité, dans l'établissement de laquelle l'homme a dû se faire aider d'une fiction (l'autorité de la chose jugée) (...)* », Pierre ARNAUD, *Les Commissions administratives à caractère juridictionnel*, op. cit., p. 14.

³²⁸ Le cumul des fonctions dans les juridictions est problématique quand les différents pouvoirs sont exercés cumulativement à l'égard de la même personne ou de la même affaire. Une séparation des fonctions s'impose au nom de l'impartialité. « (...) *le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions deux types de fonction est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de l'institution* », C.E.D.H. 28 septembre 1995, *Procola c/Luxembourg*, Série A, n° 236 ; R.F.D.A., 1996, p. 777-796, note AUTIN et SUDRE ; D. 1996, jurisprudence p. 301, note FLORENCE. La loi du 27 octobre 1995 a introduit la séparation des fonctions à l'intérieur du Conseil d'État luxembourgeois tandis que la réforme constitutionnelle du 12 juillet 1996 a transféré à partir du 1^{er} janvier 1997, les fonctions contentieuses du Conseil d'État à un tribunal administratif et à une cour administrative. Afin de garantir l'impartialité du Conseil d'État français, la règle du déport a été écrite dans les normes décret n° 2008-225 du 6 mars 2008, rétablissant le principe de l'art 20 de la loi 24 mai 1872. De même, le nombre de conseillers appartenant en même temps à des formations contentieuses et consultatives a été réduit.

³²⁹ Un « *élément de contestation préalable* » est « *nécessaire pour que puisse s'exercer la fonction juridictionnelle* » : C.E.f. 19 fév. 1943, *Bugnet*, *Droit social* 1943, p. 174. La Commission de contrôle des Banques est une juridiction car elle statue en matière disciplinaire : C.E.f. 31 mars 1950, *Dame Slaiher*, *Rec.*, p. 209 ; C.E.f. 12 oct. 1956, *Sieur Desseaux*, concl. LASRY, R.D.P. 1957, p. 144.

³³⁰ L'ordre des médecins est une juridiction : C.E.f. 2 fév. 1945, *Rec.*, p. 86 ; D. 1981, note PLOUVIN et p. 431 note SIMON ; J.C.P. 1982, 19783 note PACTEAU.

³³¹ Les commissions départementales du contentieux des Handicapés ont été qualifiées comme des juridictions, en raison du contentieux : C.E.f. 24 juin 1970, *Sieur Doré*, R.T.D.S.S. p. 355, concl. BRAIBANT.

³³² Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 25.

³³³ « *La thèse fonctionnelle (...) soutient quant à elle que tous les organes qui exercent la fonction juridictionnelle ont (doivent avoir) la qualité d'organe de la fonction juridictionnelle* », Isabel BOUCOZBA, *La fonction juridictionnelle*, op. cit., p. 26.

³³⁴ « *D'une part, la jurisprudence se refuse à se lier par des dogmes et, selon les circonstances, tantôt estime opportun d'attribuer assez facilement le caractère juridictionnel à des activités qui pourraient être jugées*

il y avait une procédure, principalement, et là où il y avait un contentieux, devait être renversée en attaquant les deux critères qui avaient été utilisés pour la jurisprudence. Ainsi, dès les années 50, le Conseil d'État s'attaque d'abord au critère formel de la juridiction, lié à la prévision d'une procédure de style juridictionnel. Ensuite, celui-ci fait recours au critère contentieux.

En 1948, Georges LANGROD dénonce l'incompatibilité entre la procédure et l'administration, en annonçant par là le développement ultérieur de la procédure administrative³³⁵ qui serait ensuite qualifiée comme « *non contentieuse* »³³⁶. Dès 1950, la jurisprudence entame le renversement de la tendance qui identifie la juridiction par la procédure : la prévision d'une procédure de type juridictionnel ne fait pas présumer l'intention du législateur de créer une juridiction, puisque ces garanties sont compatibles avec un organe administratif³³⁷. La procédure ne fait présumer que l'intention de garantir les droits des administrés face à une autorité qui « *par leur composition, la matière de leurs attributions, la procédure* », est considérée comme un organisme administratif « *parajuridictionnel* »³³⁸. Ainsi, il en déduit l'obligation de motiver la décision afin de permettre le contrôle du juge de l'excès de pouvoir³³⁹.

En considérant la position des administrés, le commissaire du gouvernement CHARDEAU exprime l'impasse consistant en l'impossibilité d'exercer un contrôle du détournement du pouvoir à l'égard des décisions des juridictions administratives spécialisées³⁴⁰. Cependant, en l'espèce, le commissaire du gouvernement se déclare satisfait du contrôle des faits qui est possible dans le recours de cassation³⁴¹.

Or, une limitation du contrôle de cassation est mise en évidence lorsque la personne

administratives, tantôt se montre, au contraire, très réticente devant les inconvénients de la multiplication des juridictions (...) », Raymond ODENT, *Contentieux Administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 594.

³³⁵ Georges LANGROD, « Procédure administrative et droit administratif », *R.D.P.* 1948, p. 549-556.

³³⁶ Jean-Marie AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.* 1956, *chron.*, p. 27.

³³⁷ « (...) *force est cependant de reconnaître que si l'ensemble des dispositions (...) évoque une atmosphère juridictionnelle, aucune d'entre elles ne permet de consacrer avec certitude cette solution ; toutes sont compatibles avec le caractère d'organes administratifs que la loi aurait entendu entourer de garanties sérieuses en faveur des administrés* », Maxime LETOURNEUR, conclusions sur C.E.f. 27 janvier 1950, *Sieur Billard et Legrand, Rec.*, p. 58 ; *S.* 1950, III, p. 42.

³³⁸ « (...) *d'organismes administratifs qui, par leur composition, la matière de leurs attributions, la procédure qu'ils sont tenus d'observer, apparaissent, en fait, comme des organismes parajuridictionnels* » (...) « *quoique ayant un caractère purement administratif, statuent comme des juridictions suivant une procédure quasi-juridictionnelle et dans des matières parajuridictionnelles* », Maxime LETOURNEUR, conclusions sur C.E.f. 27 janvier 1950, *Sieur Billard et Legrand, Rec.*, p. 58 ; *S.* 1950, III, p. 43-44.

³³⁹ « *Qu'il résulte tant de la composition de la commission départementale et des règles de son fonctionnement que des garanties expressément accordées (...) que le législateur a entendu imposer à ladite commission l'obligation de motiver ses décisions, afin notamment de permettre au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier si les prescriptions et les interdictions contenues dans la loi ont été respectées* », C.E.f. 27 janvier 1950, *Sieur Billard, Rec.*, p. 58 ; *S.* 1950, III, p. 41, *concl.* LETOURNEUR.

³⁴⁰ « (...) *en admettant qu'il soit souhaitable, pratiquement, de faire porter le contrôle du détournement de pouvoir sur les juridictions professionnelles, cette solution se heurterait à la difficulté, et même à l'impossibilité juridique, d'appliquer un régime différent à des pourvois formés contre des décisions ayant un même caractère juridictionnel* », conclusions CHARDEAU sur C.E.f. sect. 6 mars 1953, *abbé Giloteaux, Rec.*, p. 119-120.

³⁴¹ « *L'admission du détournement de pouvoir n'est donc nullement indispensable pour permettre au Conseil d'État d'offrir aux justiciables des tribunaux professionnels les garanties d'un contrôle efficace* », *ibidem*, p. 121.

affectée par une décision d'une juridiction administrative spécialisée se trouve sans recours possible, en raison du fait qu'il était un tiers et que, par conséquent, son recours de cassation est irrecevable³⁴². Face à cette situation, la jurisprudence considère qu'en dépit de la procédure, la décision ne pouvait être qu'administrative, dans la mesure où l'élément contentieux faisait défaut³⁴³. La jurisprudence donne, de cette façon, le coup d'arrêt à la reconnaissance des juridictions, lorsque les ordres professionnels ne font que l'inscription dans la liste des membres de la profession³⁴⁴. La jurisprudence *de Bayo* est confirmée à plusieurs reprises³⁴⁵. De même qu'à l'égard de la théorie de l'administrateur-juge, la jurisprudence limite d'abord la nature juridictionnelle aux cas où il y avait un contentieux à trancher³⁴⁶. Pour garantir le contrôle du détournement de pouvoir, la jurisprudence met en évidence des obstacles formels à la nature juridictionnelle de l'organe : le recours peut être obligatoire ; mais, si l'organisme n'a pas l'obligation de décider lui-même, cela ne peut pas être une juridiction³⁴⁷.

La consolidation de cette jurisprudence qui vise à surmonter « *les inconvénients sérieux d'une multiplication excessive des juridictions administratives* »³⁴⁸ est mise en évidence dans des conclusions du commissaire CHARDEAU montrant que la procédure n'est plus un critère déterminant de la juridiction : « (...) *l'octroi des garanties d'une procédure « de type juridictionnel » n'a rien d'incompatible avec le fonctionnement d'un organisme de caractère administratif (...)* »³⁴⁹. Cette jurisprudence des années 50 aurait pu laisser entendre qu'une autorité ne serait considérée comme une juridiction que lorsqu'un contentieux est tranché³⁵⁰. Dans ces conditions, l'activité contentieuse de l'administration serait impossible

³⁴² « Elle aurait encore l'inconvénient de priver les intéressés de la possibilité d'invoquer un moyen de détournement de pouvoir » (...) « Enfin le dernier et, à nos yeux, le principal argument en faveur du caractère administratif a trait à la nécessité d'ouvrir un recours contentieux aux tiers dont les intérêts pourraient être lésés par une inscription irrégulière au tableau », Concl. CHARDEAU sur C.E.f. Ass. 12 décembre 1953, *de Bayo, Rec.*, p. 566 ; R.P.D.A. 1954, p. 6.

³⁴³ C.E.f. Ass. 12 décembre 1953, *de Bayo, Rec.* 566.

³⁴⁴ Les chambres de discipline du Conseil national de l'ordre des médecins avaient été qualifiées comme juridictionnelles en raison de la procédure contradictoire qui était prévue : C.E.f. Sec. 2 fév. 1945, *Moineau, D.* 1945, p. 269, note COLLIARD ; S. 1946, 3, p. 9, note L'HUILLIER. L'inscription au tableau des ordres professionnels n'était pas considérée dans tous les cas comme juridictionnelle : par exemple, pour les Géomètres experts : C.E.f. 28 juill. 1952, *Jozet, Rec.*, p. 431. Pour les pharmaciens : C.E.f. Sect., 10 fév. 1950, *Cons rég de l'Ordre des pharmaciens de la 18^e région sanitaire, Rec.*, p. 98 et pour les architectes : C.E.f. Sect. 14 juin 1946, *Van den Veegaete, Rec.*, p. 167 et C.E.f. 16 avril 1951, *L'héritier de Chézelle, Rec.*, p. 98.

³⁴⁵ Le critère de la matière disciplinaire a été utilisé pour l'ordre des médecins : C.E.f. Ass. 29 janv. 1954, *CHAIGNEAU, Rec.*, p. 67 ; *Droit social*, 1954, p. 589, concl. DONNEDIEU de VABRES ; A.J.D.A. 1954, II, p. 456, obs. SILLARD. De même pour l'ordre des dentistes : C.E.f. 1^{er} oct. 1954, *Dlle. Costier, Rec.*, p. 504, A.J.D.A. 1954, II, p. 452, note DUBISSON. Pour le Conseil supérieur de la magistrature : C.E.f. Ass. 12 juill. 1969, *L'Etang, R.D.P.* 1970, p. 387 note WALINE ; A.J.D.A. 1969, 559, chron. DENOIS de SAINT-MARC.

³⁴⁶ « (...) qu'il ne peut y avoir juridiction, que quand l'organe compétent est appelé à résoudre, sur la base du droit, un conflit entre des prétentions juridiques opposées. Si sa décision comporte un autre objet, la structure de cet organe et la procédure qu'il applique importent peu (...) », Jean L'HUILLIER, note sous C.E.f. Ass. 27 mai 1955, *Électricité de France, D.* 1956, p. 310.

³⁴⁷ Le ministre pouvait décider d'envoyer l'affaire devant le Conseil supérieur de l'électricité et du gaz : « une pareille disposition est absolument incompatible avec le caractère d'un organisme juridictionnel » et l'argument de l'étendue du contrôle est aussi présenté : si le conseil supérieur était une juridiction, « le Conseil d'État ne pourrait exercer aucun contrôle sur le fond (...) Il n'y aurait aucune garantie sérieuse pour les parties », concl. CHARDEAU sur C.E.f. 27 mai 1955, *Électricité de France, C.J.E.G.*, 1955, Doct., p. 48.

³⁴⁸ Concl. CHARDEAU sur C.E.f. 2 mars 1956, *Secteur Électrique du Cambrésis, C.J.E.G.*, 1956, Jur., p. 180.

³⁴⁹ *Idem.*

³⁵⁰ « Il existe une liaison absolue entre la qualité d'organisme exerçant une mission de répression disciplinaire et celle de juridiction », René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 284.

puisque tout le contentieux serait juridictionnalisé³⁵¹.

Visant à éviter la « *prolifération des juridictions administratives spéciales* »³⁵², la jurisprudence commence à limiter l'importance du critère contentieux dans l'identification des juridictions³⁵³. Ainsi, il est décidé que des organes chargés d'exercer la répression disciplinaire ne sont pas des juridictions³⁵⁴. Or, pour le professeur DEGOFFE, cela ne signifie pas la rupture définitive du lien entre la répression disciplinaire et la juridiction³⁵⁵. La jurisprudence continue alors à parler de la répression disciplinaire comme la matière juridictionnelle, même si cela n'entraîne pas nécessairement la nature juridictionnelle de l'organe³⁵⁶. C'est avec les fonctions de répression disciplinaire exercées par des autorités administratives indépendantes que le divorce entre la matière disciplinaire et la juridiction est acquis.

2. Une catégorie objet de critiques

La catégorie des juridictions administratives spécialisées pourrait signifier que l'administration n'exerce la fonction contentieuse, entourée des garanties processuelles, que lorsqu'elle est transformée en juridiction. Ainsi, la catégorie a servi, par le passé, tant à consolider le monopole juridictionnel de la procédure, qu'à renforcer la vision juridictionnelle du contentieux. Or, au présent, certaines des raisons de création d'une juridiction administrative spécialisée (a) ont disparu. Les raisons qui subsistent ne sont pas déterminantes dans la mesure où ces résultats peuvent être acquis autrement, sans besoin de transformer l'autorité administrative en autorité juridictionnelle, alors que la protection des justiciables et des administrés (b) peut atteindre le même niveau.

a. Des raisons de création d'une juridiction spécialisée

L'activité contentieuse de l'administration a été dissimulée par la création des juridictions administratives spécialisées. Certaines d'entre elles ont été reconnues comme telles par l'application

³⁵¹ L'arrêt *Secteur Électrique du Cambrésis* est confirmé par C.E.f. 16 déc. 1955, *Époux Deltel*, R.P.D.A. 1956, p. 18 ; D 1956, p. 45, concl. LAURENT.

³⁵² Olivier GOHIN, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *loc. cit.*, p. 103-104.

³⁵³ La contestation avait déjà été écartée comme le critère déterminant pour l'identification de la juridiction : la Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels statuant sur une « *réclamation* » est un organisme administratif (C.E.f. 10 fév. 1954, *Sieur Allione*, Rec., p. 94). De même, la faute commise par les commissions régionales et commission nationale de classement des médecins-spécialistes peut être présentée comme fondement de la responsabilité de la puissance publique : C.E.f. 14 avril 1961, *Sieur Chastenay*, A.J.D.A. 1961, p. 577. La responsabilité pour faute lourde de la fonction juridictionnelle ne serait admise que 18 ans après.

³⁵⁴ C.E.f. Sect. 19 déc. 1980, *Hechter*, Rec., p. 488 ; D. 1981, p. 296, note PLOUVIN et p. 431 note SIMON ; J.C.P. 19783 de 1982 note PACTEAU. Dans le même sens : C.E.f. 16 nov. 1984, *Woetglin*, Rec., p. 373 ; D. 1985, p. 58 Concl. STIRN.

³⁵⁵ « Cette rupture de la liaison juridiction-sanction s'expliquerait par ce fait : ces organismes disciplinaires sont insérés dans une personne morale de droit privé. Or, le Conseil d'État répugnerait à diffuser le pouvoir juridictionnel en dehors de la sphère publique stricto sensu (...) Il a reconnu un caractère juridictionnel aux organismes disciplinaires des ordres professionnels, mais, cela s'expliquerait par le fait que les Ordres ne sont pas des personnes privées « ordinaires », Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, op. cit., p. 49.

³⁵⁶ La section disciplinaire de l'ordre « ne saurait, eu égard à son auteur et à sa forme, être regardée comme une décision juridictionnelle », alors même que cette lettre est intervenue dans « une matière juridictionnelle », C.E.f. Sect., 21 janv. 1996, *Ctorza*, Rec., p. 15.

d'un critère formel et d'autres par un critère matériel. Ces critères ne sont que l'instrument par lequel la jurisprudence a réalisé d'autres motivations. L'acceptation ou la négation de la nature juridictionnelle sert à appliquer un certain régime processuel aux actes de l'autorité. Elle permet aussi d'ouvrir un certain type de contrôle juridictionnel à ces actes³⁵⁷. Ainsi, par exemple, lorsque l'on prétend donner un pouvoir souverain d'appréciation à une autorité, il faudrait lui reconnaître la nature juridictionnelle³⁵⁸. Dès lors, le critère de la juridiction serait souvent celui de l'opportunité³⁵⁹ d'une « *politique jurisprudentielle* »³⁶⁰. Les raisons de la création d'une juridiction spécialisée sont exposées, en 1866, au Sénat : une juridiction spécialisée viserait à décharger les juridictions ordinaires de contentieux transitoires, très techniques ou demandant des connaissances particulières de la part de spécialistes. Cela permettrait d'attribuer des contentieux sensibles à des autorités impartiales. Ainsi, il serait possible de donner des réponses plus rapides et moins chères que celles qui pourraient être données par la juridiction ordinaire³⁶¹. De cette manière, les juridictions administratives spécialisées sont des instruments de la vision juridictionnelle du contentieux : elles pallient l'encombrement des juridictions de droit commun³⁶² ainsi que leur manque de performance à l'égard de contentieux techniques, tout en restant dans la logique juridictionnelle. Il y serait confirmé qu'un contentieux appelle un juge, ordinaire ou spécial.

Aux raisons déjà présentes au XIX^e siècle, il est ajouté un autre fondement pour justifier la nature juridictionnelle d'un organe administratif : ces juridictions ont été créées pour protéger les destinataires des décisions prises par ces autorités³⁶³ ; au lieu d'imposer le respect des garanties processuelles dans des autorités administratives³⁶⁴ remplissant des fonctions contentieuses, la jurisprudence a préféré transformer ces organismes en juridictions³⁶⁵, en matière disciplinaire,

³⁵⁷ Il s'agit du contrôle de cassation ou de l'excès du pouvoir qui, dans ce cas, examine le détournement du pouvoir et il est ouvert aux tiers. Cf. *Affaire de Bayo*.

³⁵⁸ Cela a été le cas de l'autorité chargée de l'indemnisation des Français rapatriés d'outre-mer : C.E.f. Sect. 6 fév. 1981, *Balzano, A.J.D.A.* 1981, p. 267, note PEISER.

³⁵⁹ « *Au-delà même de la prise en considération de critères matériels et de critères formels – si on admet l'existence de ceux-ci - il semble que la jurisprudence du Conseil d'État soit assez opportuniste. Il arrive que le Conseil d'État, lorsqu'il est saisi d'un recours contre une décision dont la nature est indéterminée, peut, avant de déterminer la nature de la décision, se demander quel contrôle il veut exercer, quelle procédure il veut imposer à l'organe, quels recours il veut ouvrir aux tiers ou aux parties, quelle autorité il veut attacher à la décision (...) Le problème se trouve alors partiellement inversé : au lieu de déterminer d'abord le caractère juridictionnel d'un organe, le Conseil d'État s'interroge aussi sur les conséquences qu'entraînerait la qualification d'un tel organe de juridiction* », Gustave PEISER, note sous C.E.f. 6 fév. 1981, *Balzano, A.J.D.A.* 1981, p. 269.

³⁶⁰ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 32.

³⁶¹ Ces raisons sont exprimées dans l'exposé des motifs de la loi 18 juillet 1866, relative à l'indemnité à payer aux courtiers en marchandises, pour la perte du droit de présenter leur successeur. Cette indemnité serait accordée par une commission de neuf membres nommés par décret de l'empereur. « *Il a paru qu'une commission centrale établie à Paris offrirait plus de garanties au point de vue des lumières, de la haute impartialité et de l'unité dans l'application des principes* », exposé des motifs in Jean Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*. 1866, op. cit., p. 404

³⁶² « *La raison principale qui a engagé le Parlement à s'engager dans cette voie est que, votant des lois qui doivent donner lieu à un contentieux nouveau abondant, il y a un moyen de ne pas augmenter encore l'encombrement du Conseil d'État* », Julien LAFERRIERE, « *Chronique législative, 2^e étude* », loc. cit., p. 128.

³⁶³ Il existe, néanmoins, des organes menant une procédure écrite et contradictoire qui ne sont pas qualifiés de juridictions, notamment le Conseil d'administration de l'Office et le Conseil supérieur décidant l'appel des décisions de l'Office national des pupilles de la Nation, en matière de réparation et d'allocations pour les enfants démunis par la guerre, selon la loi 27 juillet 1927.

³⁶⁴ « *La faiblesse de la procédure administrative non contentieuse, cause de la prolifération des juridictions administratives spécialisées* », Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, op. cit., p. 377.

³⁶⁵ « *Le caractère opportuniste de la jurisprudence en la matière ne paraît faire doute (...) Le plus souvent le Conseil d'État fit d'une commission une juridiction (...) parce qu'il voulait protéger les assujettis à cette commission (...)* », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 32.

notamment³⁶⁶.

Or, la lutte contre l'encombrement de la juridiction administrative aurait pu aussi être menée par la qualification des recours devant ces organismes, comme des préalables obligatoires³⁶⁷, tout en prévoyant une procédure propice tant au respect des droits des administrés qu'au règlement effectif du litige³⁶⁸. Un nombre important des autorités qualifiées formellement comme des juridictions administratives spécialisées réunissent les conditions pour être considérées comme des autorités décidant des recours administratifs obligatoires à l'encontre d'actes administratifs³⁶⁹. Déjà, dans les années 80, la jurisprudence qualifie comme des recours administratifs obligatoires, des procédures qui, auparavant, auraient été considérées comme des procédures devant une juridiction administrative spécialisée³⁷⁰.

De même, la multiplication des autorités administratives indépendantes permet de douter de la nécessité de la juridictionnalisation de l'action administrative. Les autorités indépendantes deviennent le concurrent le plus tenace des juridictions spécialisées, démontrant que les atouts de la juridiction peuvent être présents dans une autorité administrative³⁷¹. Ainsi, il est possible d'affirmer qu'il existe des juridictions administratives spécialisées qui, mis à part les effets de la nature juridictionnelle, tels que la chose jugée, se rapprochent d'une autorité administrative indépendante, cumulant des fonctions³⁷² contentieuses avec des fonctions d'avis³⁷³ et d'acte administratif non contentieux³⁷⁴. Les sanctions administratives sont souvent préférées aux sanctions

³⁶⁶ « L'existence de ces juridictions répond à une préoccupation d'entourer la répression disciplinaire au maximum des garanties », René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., op. cit., p. 106.

³⁶⁷ C.E.f. Sect. 18 nov. 2005, *Houlbreque, Rec.*, p. 513 ; A.J.D.A. 2005, p. 2453, chron. LANDAIS et LENICA.

³⁶⁸ Gaston JEZE, tout en considérant que les juridictions administratives spécialisées sont un bon instrument contre l'encombrement du Conseil d'État, reconnaît que le même effet pourrait être acquis avec une réclamation administrative obligatoire : « Il n'est pas douteux que cette procédure administrative, qui a réussi à faire disparaître des rôles des tribunaux administratifs des centaines des milliers d'affaires chaque année, aurait le même heureux résultat pour les liquidations des pensions des militaires », Gaston JEZE, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », loc. cit., p. 74.

³⁶⁹ Tel est par exemple le cas du recours à la Commission de recours des réfugiés (loi du 25 juillet 1952, modifié par la loi du 11 mai 1998 et du 10 décembre 2003 (C.C.f. 5 mai 1998, *Rec.*, p. 245) décidant les recours contre l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides : C.E.f. Sect. 29 mars 1957, *Paya Monzo, Rec.*, p. 225 et C.E.f. 7 fév. 1973, *Palmowsky, Rec.*, p. 121. La Commission des recours des réfugiées a été remplacée par la Cour nationale du droit d'asile (loi du 20 nov. 2007) dont le nombre des recours est toujours croissant. Cf. Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 114 et suiv.

³⁷⁰ Il est considéré comme un recours obligatoire le recours exercé devant la Commission supérieure de la carte d'identité des journalistes professionnels, exercé contre les décisions de refus de renouvellement de la carte professionnelle : C.E.f. 29 juin 1983, *Forest, Rec.*, p. 279, confirmé par C.E.f. 26 avril 1985, *Malley, Rec.*, p. 139.

³⁷¹ « Reconnaître une forte indépendance à certaines autorités administratives, pour l'exercice de leur mission, ne constitue pas une nouveauté : les jurys d'examen ou de concours, les commissions, telles les commissions départementales de remembrement ou des impôts (...) appartiennent à l'administration et accomplissent leur tâche avec indépendance », Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, op. cit. p. 79.

³⁷² « D'autres institutions anciennes ont certaines similitudes avec les autorités administratives indépendantes. C'est le cas des organismes ayant le caractère de juridictions administratives spécialisées (Commission de recours des réfugiés, Commission des objecteurs de conscience, commissions départementales et centrales d'aide sociale...), créés dans des domaines où il était apparu nécessaire de confier la solution des litiges à des spécialistes très informés des problèmes techniques qui leur sont soumis, comme de faire participer à la décision de justice des personnes qui ne soient ni des juges, ni des administrateurs, mais, des représentants des intéressés », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 289-290.

³⁷³ « Organisme créé au sein de l'administration mais ayant compétence pour juger l'administration, le Conseil d'État a tous les attributs d'une autorité administrative indépendante. Comme la Cour des comptes, il ne peut être rangé dans cette catégorie en raison de son caractère juridictionnel », Michel GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1994, p. 35.

³⁷⁴ Tel est par exemple le cas de la juridiction des prises maritimes qui doit se prononcer nécessairement sur la validité des prises, même en dehors de toute contestation. De même, la Commission juridictionnelle des jeunes

juridictionnelles³⁷⁵ et les autorités administratives indépendantes répondent aux attentes qui auraient pu justifier la création de juridictions administratives spécialisées : ce sont des organes indépendants, techniquement performants et pouvant donner des réponses de qualité, dans des délais brefs, qui contribuent au désencombrement des juridictions, en raison de l'exercice performant de leurs fonctions contentieuses. Ainsi, consciente de la procéduralisation de l'activité administrative, la jurisprudence reconnaît plus difficilement le caractère juridictionnel à une autorité chargée de la fonction contentieuse et entourée des garanties processuelles³⁷⁶.

b. La protection des justiciables et des administrés

Les juridictions sont munies d'un « *statut procédural* »³⁷⁷, composé par une série de règles et de principes, s'appliquant dès lors que la nature juridictionnelle de l'organe est définie. Cela permet de présumer la mise en place d'un certain niveau de protection des droits processuels, du simple fait que la décision est confiée à une juridiction. Or, ni ces garanties ne sont plus considérées comme incompatibles avec l'administration³⁷⁸ active ni les juridictions administratives spécialisées n'ont pas, grâce à leur label juridictionnel, un niveau nécessairement supérieur de protection³⁷⁹ ou les conditions pour prononcer une décision d'une meilleure qualité.

Premièrement, le cumul des fonctions se réalisant au sein des juridictions administratives spécialisées va à l'encontre de l'interdiction du juge administratif de faire acte d'administrateur³⁸⁰. Alors que le cumul est propre aux autorités administratives, cela pourrait mettre en cause

condamnés appelés au service national est saisie afin de déterminer les modalités d'acquittement des obligations des condamnés appelés au service national. Or, « (...) *la pratique de la juridictionnalisation de l'action administrative doit être considérée comme une anomalie* », René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 291.

³⁷⁵ Lors de l'octroi du pouvoir de sanction à la C.O.B., le Sénat s'est montré dubitatif et le rapport semble considérer que tout pouvoir de sanction est juridictionnel : Rapport n° 340 (1988-1989) de MM. Charles JOLIBOIS et Étienne DAILLY, fait au nom de la commission des lois, déposé le 1^{er} juin 1989. Le pouvoir de sanction à la C.O.B., autorité administrative, a été déclaré conforme à la Constitution : C.C.f. 28 juillet 1989, Décision n° 89-260 DC. Il a été alors affirmé que « (...) *le Conseil constitutionnel admet l'évolution qui s'est produite depuis une cinquantaine d'années vers la consécration de l'administration-juge* », Louis FAVOREU, Loïc PHILIP et al. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^e éd. Dalloz, 2007, p. 659. Or, en réalité, cette décision valide que l'administrateur n'est pas juge lorsqu'il sanctionne.

³⁷⁶ « *Le Conseil d'État (...) abandonne peu à peu la technique du faisceau d'indices, propre en définitive, à multiplier les juridictions administratives spécialisées, pour ne plus retenir qu'un seul critère : la volonté expresse du législateur de créer une juridiction. (...) il renonce, en principe, à « découvrir » des juridictions* », Michel DEGOSSE, *La juridiction administrative spécialisée*, *op. cit.*, p. 539.

³⁷⁷ Jean-Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *loc. cit.*, p. 92.

³⁷⁸ Les règles du procès équitable qui sont appliquées à tous les organes qualifiés des tribunaux, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, y compris quand il s'agit d'autorités considérées comme non juridictionnelles, par le droit interne. Par exemple : C.cas, Com., 9 avril 1996, *Haddad*, *Bull. Civ. IV*, n°115 ; *Bull. Joly Bourse*, 1996, p. 305, § 47 (C.O.B.) ; C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec. p.* 399 (C.M.F.) ; C.E.f. 29 juillet 2002, *Assoc. Radio Deux couleurs*, A.J.D.A. 2003, p. 475 (C.S.A.).

³⁷⁹ Le cas de la Commission bancaire était très parlant : sa processualisation était beaucoup moins accomplie que celle de l'Autorité des Marchés financiers et cela s'est constaté, même à l'égard de l'ancienne Commission des opérations de bourse, en raison de l'application des règles du droit au procès équitable : C.A. Paris, 7 mai 1997, *Oury*, *R.D.B.B.*, mai-juin, 1997, p. 119, obs. GERMAIN et FRISON-ROCHE et C.cas. Ass. Plén., 5 février 1999, *C.O.B. contre Oury*, *Gaz. Pal.*, 24-25 février 1999, p. 8, concl. LAFORTUNE et note DEGOSSE, GRAMBLAT et HERBIERE ; *J.C.P. E.* 1999, p. 957, note MATSOPOULOU ; *P.A.*, 10 février 1999, p. 3, notes DUCOULOUX-FAVARD et P.M.

³⁸⁰ Michel DEGOSSE, *La juridiction administrative spécialisée*, *op. cit.*, p. 110. Cf. Jean BIATARANA, *Les tribunaux administratifs spéciaux et la séparation entre l'administration et la juridiction*, Impr. de J. Bière, Bordeaux, 1935.

l'impartialité de la juridiction³⁸¹, notamment lorsque les membres de la juridiction administrative spécialisée se sont saisis, eux-mêmes de l'affaire, en raison de l'exercice de leurs fonctions non juridictionnelles³⁸². Alors même que la jurisprudence du Conseil d'État avait validé l'auto-saisine à l'égard du principe d'impartialité³⁸³ et cela de façon conditionnée³⁸⁴, la France a été condamnée pour ce fait par la Cour européenne des droits de l'homme³⁸⁵.

Deuxièmement, les membres des juridictions administratives spécialisées peuvent être issus de la profession ou du secteur de la compétence de la juridiction. Bien que ces membres soient libérés de tout mandat impératif, il est certain que leur position ne pourra pas être complètement indifférente à l'égard des intérêts en jeu³⁸⁶. De plus, la présence de membres qui ne sont pas des juges professionnels³⁸⁷ marque aussi une différence à l'égard des juridictions ordinaires, surtout si l'on considère que la magistrature³⁸⁸ constitue une garantie de l'indépendance du juge, bénéficiant de l'inviolabilité et de l'inamovibilité.

Troisièmement, les décisions prises par les juridictions sont, en principe, l'objet d'un contrôle moins poussé que celui des actes administratifs. C'est justement la nécessité d'exercer un contrôle plus élargi qui a motivé, dans la jurisprudence, le renversement de la tendance qui reconnaissait volontiers la nature juridictionnelle à des organismes de nature indéfinie³⁸⁹. De cette manière, le Conseil d'État permettait la mise en œuvre d'un contrôle plus élargi, propre aux recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux. Cela reste cohérent avec la jurisprudence d'après laquelle

³⁸¹ L'impartialité de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes a été validée par le Conseil constitutionnel, malgré le cumul des compétences juridictionnelles et administratives : C.E.f. Ass. 23 févr. 2000, *Sté Labor Métal*, R.F.D.A. 2000, p. 435, concl. SEBAN. Cf. C.E.f. Ass. 4 juill. 2003, *Dubreuil*, n° 234353, *Rec.*, p. 313 et C.E.f. 17 oct. 2003, *Dugoin*, n° 237290, 237291, 237292, *Rec.*, p. 408.

³⁸² Cette situation se présente, par exemple, dans les juridictions ordinaires.

³⁸³ « (...) la possibilité conférée à une juridiction (...) de se saisir de son propre mouvement d'affaires qui entrent dans le domaine de compétence qui lui est attribué n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès énoncé par ces stipulations », C.E.f. Sect. 20 oct. 2000, *Sté Habib Bank Ltd*, *Rec.*, p. 434.

³⁸⁴ L'acte de saisine « doit - afin que la ou les personnes mises en cause puissent utilement présenter leurs observations - faire apparaître les faits ainsi que (...) la qualification qu'ils pourraient éventuellement recevoir au regard des lois et règlements que ce tribunal est chargé d'appliquer ». Par ailleurs, « (...) la lecture de cet acte ne saurait, sous peine d'irrégularité de la décision à rendre, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que le caractère répréhensible au regard des règles et principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu », C.E.f. Sect. 20 oct. 2000, *Sté Habib Bank Ltd*, *Rec.*, p. 434.

³⁸⁵ Alors que le Conseil d'État avait considéré que la confusion des fonctions se réalisant dans la Commission bancaire ne méconnaissait pas l'article 6 de la Conv. E.D.H., (C.E.f. Sect. 30 juill. 2003, n° 240884, *Sté. Dubus*, D. 2003, p. 2501 ; A.J.D.A. 2004. 26, note LAGET-ANNAMAYER ; P.A. 20 févr. 2004, p. 3, concl. GUYOMAR), la Cour européenne sanctionne la France en raison de ce cumul : C.E.D.H. 11 juin 2009, *Dubus c/ France*, req. n° 5242/04 ; J.C.P. 2009, I, 143, n° 11, obs. SUDRE ; D. 2009, Jur. p. 2247, note COURET ; R.D.P. 2010, p. 869, obs. GONZALEZ. Comme réponse à cette condamnation, l'art. 1^{er} de l'ordonnance du 21 janvier 2010 fusionne la Commission bancaire, l'Autorité de Contrôle des Assurances et des Mutuelles, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et le Comité des entreprises d'assurances pour donner naissance à l'Autorité de contrôle prudentiel (art. L. 612-1 du Code monétaire et financier). Cette autorité, expressément qualifiée comme une autorité administrative indépendante, réalise une séparation organique des fonctions, telle que celle qui a été déjà mise en place à l'intérieur de l'A.M.F. et de l'A.R.J.E.L.

³⁸⁶ « (...) cette idée d'un juge représentant les intérêts des plaideurs va à l'encontre du principe que les tribunaux doivent être constitués de façon à aborder l'examen des affaires sans prévention aucune en aucun sens », Julien LAFERRIERE, « Chronique législative, 2^e étude », *loc. cit.*, p. 147.

³⁸⁷ Dans les juridictions administratives spécialisées, les juges professionnels sont parfois en majorité ; mais, ils peuvent être aussi en parité avec d'autres membres, comme dans la Commission centrale d'aide sociale.

³⁸⁸ Hormis le cas des conseillers d'État et des membres des juridictions administratives spécialisées qui n'ont pas le statut de magistrats.

³⁸⁹ La nature juridictionnelle de l'ordre des vétérinaires aurait exclu la possibilité pour les tiers d'exercer un recours contre l'acte, ainsi que de soulever le détournement du pouvoir : concl. CHARDEAU sur C.E.f. Ass. 12 décembre 1953, *de Bayo*, *Rec.* 566 ; R.P.D.A. 1954, p. 6.

l'intervention préalable des autorités, ne respectant pas pleinement les garanties du procès équitable, peut être admise dans la mesure où cette décision serait l'objet d'un contrôle ultérieur³⁹⁰. Celui-ci doit être exercé par un tribunal qui respecte l'ensemble des garanties et qui dispose des pouvoirs de pleine juridiction, c'est-à-dire qui exerce un contrôle normal de légalité et des faits, ainsi qu'un contrôle de la proportionnalité de la sanction³⁹¹. Ainsi, de prime abord, les défauts de procédure des juridictions administratives spécialisées ne pourront pas être rattrapés par le contrôle de cassation³⁹². Cependant, le besoin d'exercer un contrôle plus poussé à l'égard des juridictions spécialisées a motivé le développement du contrôle de cassation, notamment à partir de l'inclusion du contrôle de la dénaturation et de la matérialité des faits³⁹³. Or, l'appréciation de la juridiction spécialisée serait respectée, notamment lorsque la matière est technique³⁹⁴, sauf si celle-ci a dénaturé les faits.

Quatrièmement, les juridictions spécialisées enrichissent les compétences de la juridiction administrative, au détriment de l'administration³⁹⁵, tout en compliquant les règles de répartition des compétences, au détriment, cette fois-ci, des administrés³⁹⁶.

Les critiques à l'égard des juridictions administratives spécialisées ne constituent pas une nouveauté. Elles ont été dénoncées très tôt³⁹⁷ et depuis c'est une constante. En 1973, le Conseil d'État recommande de ne faire recours à cette catégorie que dans des cas très exceptionnels³⁹⁸. En 1975, le professeur René CHAPUS plaide pour la reconnaissance des garanties processuelles à l'administration, au lieu de privilégier la « *juridictionnalisation de l'action administrative* »³⁹⁹. En

³⁹⁰ C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n 43.

³⁹¹ Cf. Catherine MAMONTOFF, « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », *R.F.D.A.* 1999, p. 1004 ; Romain TINIERE, « La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », *R.F.D.A.* 2009 p. 729. Par l'arrêt d'Assemblée *Société Atom*, le Conseil d'État a posé le principe que la contestation des « *sanctions infligées aux administrés* », relèvent du plein contentieux : C.E.f. Ass. 16 fév. 2009, req. n° 274000, *Rec.*, p. 25 ; A.J.D.A. 2009, p. 583, chron. LIEBER et BOTTEGHI ; *R.F.D.A.* 2009, p. 259, concl. LEGRAS ; A.J. *Pénal*, 2009, p. 189, obs. PECHILLON. Cf. Damien BOTTEGHI et Alexandre LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *A.J.D.A.* n° 3, 2011, p. 156.

³⁹² Tel était le cas de la Cour de cassation Belge puisqu'elle ne connaissait pas du fond des affaires : C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n 43.

³⁹³ Le contrôle de la dénaturation a été introduit, d'abord, à l'égard de l'Ordre des médecins : C.E.f. Ass. 4 janv. 1952, *Simon, Rec.*, p. 13, concl. LETOURNEUR. Le contrôle de la matérialité des faits a été développé à l'égard de la Cour des comptes : C.E.f. 2 fév. 1945, *Moineau, Rec.*, p. 27 ; D. 1945, p. 269, note COLLIARD ; S. 1946, 3, p. 9, note L'HUILLIER.

³⁹⁴ Dans l'affaire *Moineau*, le Conseil d'État s'est remis à l'appréciation de la juridiction administrative spécialisée, en raison du fait qu'il s'agissait d'une matière technique. Cela a été confirmé par : C.E.f. 10 avril 2002, *M. Bader*, req. n° 210576. Néanmoins, il est des cas où le Conseil d'État réalise un contrôle de la qualification, en dépit de la technicité de la décision : cf. Jean-Paul MARKUS, *Les juridictions ordinaires*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 165 s.

³⁹⁵ Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 97.

³⁹⁶ « (...) leur existence est de nature à compliquer la répartition des compétences et à accroître les risques d'erreurs », René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 101.

³⁹⁷ « le reproche que l'on fait aux juridictions spécialisées de ne donner que des garanties illusives aux intéressés (...) », Adrien CARRON, « À propos du contentieux de l'indemnisation des entreprises de gaz et d'électricité nationalisées dont les titres n'étaient pas cotés en Bourse », *C.J.E.G.* 1956, p. 75-76.

³⁹⁸ « ce n'est, en définitive, que dans des domaines limités et au cas très exceptionnels (...) qu'il serait possible de substituer à l'administration, un organisme juridictionnel (...) le législateur ne devrait aussi n'accueillir qu'avec circonspection la création d'organismes juridictionnels destinés à se substituer au juge de droit commun (...) », CONSEIL D'ÉTAT, « Les juridictions administratives spéciales », *Études et documents*, 1973, fasc., n° 26. 1972 sur les juridictions administratives spécialisées *Étude sur les organismes à caractère juridictionnel*, imp. Nationale, 1975.

³⁹⁹ Cela « *permettrait, sans inconvénient pour les intérêts en jeu, de restituer aux organismes en cause le caractère d'organismes administratifs (...) qui est celui qui leur convient le mieux (...) Prendre conscience que les garanties de la procédure juridictionnelle ne sont pas les seules possibles et qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre garanties*

2004, le Conseil d'État demande l'intervention législative en vue de la simplification du schéma⁴⁰⁰ et en 2008, le vice-président du Conseil d'État annonce le futur de la juridiction administrative dans le sens de l'unité⁴⁰¹.

Le déclin de la catégorie des juridictions administratives spécialisées est le fait des acquis de la procédure administrative non juridictionnelle qui ont démontré que la transformation de l'administration en juridiction n'était pas nécessaire pour garantir les droits des citoyens, au risque de « *couvrir la France de juges* »⁴⁰². La multiplication des autorités administratives remplissant de fonctions contentieuses, sans être qualifiées, pour autant, de juridictions, a aussi confirmé que le label juridictionnel n'était pas indispensable à la résolution des litiges. En droit colombien, des administrations contentieuses ne sont pas transformées, de prime abord, en des juridictions administratives spécialisées ; mais, celles-ci se vont attribuer des fonctions juridictionnelles.

B. Colombie : les fonctions juridictionnelles de l'administration

Au titre de la collaboration entre les branches du pouvoir, le droit colombien prévoit la possibilité de l'attribution de fonctions juridictionnelles à des autorités administratives. À la différence du cas français, l'administrateur-juge colombien actuel ne se transforme pas, de prime abord, en une juridiction spécialisée ; mais, il assume leurs différents rôles, tout en conservant sa nature administrative : le surintendant-juge, l'inspecteur de la police-juge, le maire-juge, le procureur-juge⁴⁰³, notamment. Par conséquent, les fonctions juridictionnelles de l'administration sont un mécanisme considéré comme une exception à la séparation des pouvoirs (1), alors qu'elles sont un instrument de l'occultation de l'activité contentieuse de l'administration (2).

procédurales et action administrative (...) », René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 292.

⁴⁰⁰ CONSEIL D'ÉTAT, Section du rapport et des études, *L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social*, Doc. fr., E.D.C.E. 2004, p. 20 s.

⁴⁰¹ « *Les étapes suivantes de la réforme concerneront l'ensemble de la juridiction administrative. (...) Elles s'inscriront dans un souci d'affirmation de l'unité de la juridiction administrative* », Jean-Marc SAUVE, « Éditorial », in *Rapport public 2008* du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2008, p. 9. Le doute s'installe sur la portée de cette unité de la juridiction administrative ; mais, l'absorption de la Commission bancaire dans la nouvelle Autorité du contrôle prudentiel, qui n'est plus une juridiction administrative, donne des pistes sur le sens des réformes.

⁴⁰² C'est afin de ne « *couvrir la France de juges, accabler les peuples de frais et les tourmenter encore par des questions de compétence* », que le député PEZONS, plaide à la Constituante de 1790 en faveur du contentieux administratif assigné aux autorités administratives : *Archives parlementaires*, t 17, p. 675. Sur la portée de cette déclaration : Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 7^e article, *loc. cit.*, p. 241, note 1.

⁴⁰³ Il est nécessaire de rappeler qu'en Colombie, le Procureur de la République n'est pas chargé de l'accusation dans des affaires pénales qui, en revanche, est attribuée au Fiscal général de la nation. Le Procureur est chargé de la défense de l'intérêt général, de la Constitution et de la loi et de la défense des droits de l'homme. Il sanctionne disciplinairement les serviteurs publics. Cf. art. 276 Const.c. Les fonctions juridictionnelles du Procureur sont considérées comme des fonctions juridictionnelles de l'administration, même si celui-ci est un organe constitutionnellement autonome dont le caractère administratif a été reconnu par la jurisprudence : C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA ; C.c.c. Sentence C-1121-05, 1^{er} nov. 2005, M.R. Humberto SIERRA.

1. Un mécanisme considéré comme une exception à la séparation des pouvoirs

Pendant le XIX^e siècle, le droit colombien a prétendu instaurer un système de séparation des pouvoirs, considéré comme le plus fidèle à la théorie classique ; dans ce contexte, il existe un pouvoir juridictionnel constitué et il n'existe aucune possibilité de concevoir des fonctions juridictionnelles en dehors des organes du pouvoir juridictionnel. Les fonctions juridictionnelles de l'administration sont la conséquence de la mise en place de la collaboration dans la fonction juridictionnelle (a). Mais, cette collaboration ne pourrait pas signifier l'anéantissement de la conception classique de la séparation des pouvoirs : les fonctions juridictionnelles d'organes non juridictionnels sont considérées comme une exception à la séparation des pouvoirs et, par conséquent, l'attribution doit être précise et exceptionnelle (b).

a. La mise en place de la collaboration dans la fonction juridictionnelle

La Constitution colombienne de 1886 confirme la tradition séparatiste des constitutions colombiennes adoptées après l'indépendance : il y est proscrit tout exercice simultané de l'autorité politique ou civil et la judiciaire⁴⁰⁴. Dans ce système, toute la fonction judiciaire appartient au pouvoir juridictionnel, étant entendu que l'on considérait que la fonction judiciaire consistait en la résolution des litiges. Ce schéma est mis en cause lorsqu'en 1923, est créée en Colombie la Surintendance bancaire⁴⁰⁵, premier organe de ce genre à répondre aux influences du droit des États-Unis d'Amérique sur le droit colombien⁴⁰⁶. Cette loi attribuait à la nouvelle autorité la prise de possession des biens et la liquidation forcée des établissements de la banque⁴⁰⁷. Déjà, à l'époque, il était habituel aux États-Unis que les agences cumulent des fonctions normatives et d'exécution⁴⁰⁸. Mais, les fonctions contentieuses des agences ou fonctions d'*adjudication* ne sont pas considérées comme des fonctions juridictionnelles et, à l'époque de la création de la Surintendance bancaire, celles-ci ne sont pas encore qualifiées⁴⁰⁹ : c'est seulement en 1935 qu'il est affirmé aux États-Unis, par la jurisprudence, que les agences sont des organes « *quasi judiciaires* »⁴¹⁰. En conséquence, la loi de 1923 qui créa la Surintendance bancaire colombienne ne donne aucune qualification de ces fonctions.

À la fin de cette même année, la loi n° 103 du 5 décembre 1923, Code judiciaire

⁴⁰⁴ « *En temps de paix, aucune autorité ou organisme ne pourra exercer de façon simultanée l'autorité politique ou civile et l'autorité judiciaire ou militaire* », art. 61 Const.c. de 1886.

⁴⁰⁵ L'art. 19 de la loi 45 de 1923 crée une « *section bancaire* », dirigée par un surintendant bancaire.

⁴⁰⁶ La Surintendance bancaire est créée par la loi 45 de 1923, comme résultat des recommandations de la mission des experts américains des États-Unis, dirigés par le professeur universitaire Edwin Walter KEMMERER.

⁴⁰⁷ Art. 48 et suiv. de la loi 45 de 1923.

⁴⁰⁸ La *Federal Trade Commission*, F.T.C., créée en 1914 par le *Federal Trade Commission Act*, disposait déjà des pouvoirs d'« *adjudication* » en matière de concurrence déloyale et Anti trust.

⁴⁰⁹ La constitutionnalité des fonctions d'*adjudication* des agences n'a été validée qu'en 1932 dans l'affaire *Crowel vs. Benson*, 285, U.S. 22, à l'égard des pouvoirs de l'*United States Employees Compensation Commission*.

⁴¹⁰ Cour suprême des États-Unis. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935) In Elizabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, Paris, 2010, n° 12.

colombien, dispose que l'administration de la justice correspond de façon permanente aux tribunaux et « *dans des cas spéciaux* » à d'autres autorités, notamment le Conseil d'État et les autorités administratives⁴¹¹. À partir de cette norme, il existait un cadre normatif permettant de qualifier les fonctions contentieuses de la Surintendance, et cela en dépit du fait que le Code judiciaire allait à l'encontre de la Constitution interdisant le cumul de la fonction judiciaire avec toute autre fonction (article 61 de la Constitution de 1886). Les fonctions juridictionnelles de l'administration ne trouvent un fondement constitutionnel qu'avec la révision constitutionnelle de 1936, instaurant l'unité du pouvoir et, par conséquent, le législatif, l'exécutif et la judiciaire ne sont considérés que comme des branches de celui-ci. Dès lors, il est prétendu que les dysfonctionnements provoqués par la séparation des pouvoirs sont modérés par la collaboration entre les branches du pouvoir : « *Les organes du pouvoir public sont limités, ils ont des fonctions séparées; mais, collaborent harmonieusement à la réalisation des fins de l'État* »⁴¹².

Quelques années plus tard, le Code du commerce de 1971, attribue à la Surintendance des sociétés la conduite de la procédure de redressement préventif de certaines sociétés en difficulté⁴¹³. C'est à l'égard de cette fonction que le Conseil d'État assume une position sur la nature de ces fonctions : puisqu'il s'agissait, aux yeux du Conseil d'État, de l'exercice de fonctions juridictionnelles, la juridiction du contentieux administratif était incompétente pour connaître de la légalité de ces actes, en dépit de la nature administrative de l'auteur de la décision⁴¹⁴. Pour le Conseil d'État, la collaboration entre les branches du pouvoir, prévue à l'article 55 de la Constitution de 1886, donnait une assise aux fonctions « *judiciaires* » des autorités administratives⁴¹⁵.

Lors du contrôle de la constitutionnalité de ces fonctions, la Cour suprême de justice a pris une position différente : les fonctions de la Surintendance ne sont pas considérées comme anticonstitutionnelles puisqu'il s'agit, pour la Cour, des fonctions administratives dérivées de la fonction d'inspection, surveillance et contrôle⁴¹⁶. Ainsi, dans le contexte de la Constitution

⁴¹¹ « *L'administration de la justice s'exerce de façon permanente par les tribunaux ordinaires (...) Dans des cas spéciaux, celle-ci est exercée par le Sénat, le Conseil d'État, les tribunaux militaires, les autorités administratives et même par des particuliers, comme des jurés, des arbitres, etc., qui participent aux fonctions judiciaires (...)* », art. 1 de la loi 103 du 5 décembre 1923, Code judiciaire de la nation.

⁴¹² Article 21 de l'Acte de réforme de la Constitution numéro 1, du 5 août 1936.

⁴¹³ Arts. 1928 et suiv. Code du commerce colombien.

⁴¹⁴ C.E.c. Sect. 1. Ordonnance du 22 janvier 1981, C.R. Carlos GALINDO.

⁴¹⁵ En 1985, le Conseil d'État confirme qu'il s'agit d'actes qui ne peuvent pas être contrôlés par la juridiction du contentieux administratif « (...) *d'après l'article 55 de la Const. de 1886, les différents organes de l'État collaborent harmonieusement pour la réalisation des fins de l'État, sans s'immiscer pour autant dans les fonctions des autres. Mais cela ne veut pas dire qu'ils exercent parfois des fonctions qui ne le sont pas propres, ainsi (...) l'Exécutif qui est, en principe, l'auteur des actes de l'administration, exerce parfois des fonctions législatives et prononce des sentences avec l'autorité de la chose jugée (...) les décisions des fonctionnaires de la police sont de véritables sentences et la loi les exclut du contrôle de cette juridiction* », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 12 avril 1985.

⁴¹⁶ « *La décision du surintendant n'a pas force de chose jugée car (...) une fois le redressement approuvé, il doit l'envoyer au juge pour son approbation, qui sera réalisée par un acte qui dispose des caractéristiques de la chose jugée (...)* On peut affirmer, néanmoins, que la procédure dispose de certaines des caractéristiques formelles qui sont propres à la juridiction ; mais, ce n'est pas une procédure juridictionnelle puisqu'elle n'a pas le contenu de cette fonction et, nous réitérons, il s'agit, d'une procédure administrative (...) », C.S.J. Chambre constitutionnelle, 18 août 1981, M.R. Oscar SALAZAR. Cette position est confirmée par C.S.J. Chambre plénière, 28 janvier 1988, M.R. Jesús VALLEJO et lors de l'examen de la constitutionnalité du décret 350 de 1989, confirmant les fonctions

de 1886, certaines des fonctions contentieuses qui sont attribuées à des autorités administratives, font l'objet de controverses⁴¹⁷ : la jurisprudence nationale n'a pas essayé de trouver une qualification différente à celle qui donnait les catégories classiques : cela ne pouvait être que des fonctions judiciaires ou des fonctions administratives.

Avant la Constitution de 1991, d'autres autorités administratives se sont vu confier des fonctions contentieuses, considérées comme juridictionnelles. Tel est notamment le cas des autorités de la police administrative qui décident les procès dits de police, en matière civile ou pénale⁴¹⁸ et qui, par conséquent, ont été exclus du contrôle de la juridiction du contentieux administratif⁴¹⁹. De même, les fonctions de la Surintendance des sociétés ont été renforcées⁴²⁰.

La discussion d'une nouvelle Constitution donnait l'opportunité d'aborder constitutionnellement l'encombrement des juridictions. Comme réponse à ce problème, la Constitution de 1991 a confirmé expressément la théorie des fonctions juridictionnelles de l'administration (article 116) qui s'est établie dans la jurisprudence et la loi statutaire de l'administration de la justice a développé la Constitution⁴²¹. De même, la Constitution a autorisé transitoirement le Président de la République à légiférer pour faire face à l'encombrement des juridictions (article 5 transitoire de la Constitution). Le décret n° 2651 de 1991 transfère alors des fonctions juridictionnelles à des autorités administratives⁴²², ce qui a

juridictionnelles de la Surintendance des sociétés : C.S.J. Chambre plénière, Sentence du 31 août 1989, M.R. Jaime SANIN et Dídimo PAEZ.

⁴¹⁷ Les fonctions de la Surintendance des sociétés, attribuées par le décret 350 de 1989, ont été considérées comme anticonstitutionnelles, en raison du fait que, pour la Cour suprême, il s'agissait de décisions portant sur « *un véritable litige* », ce qui n'était pas le cas de la décision de 1981, où les fonctions de la Surintendance ont été considérées comme administratives (C.S.J. Chambre constitutionnelle, 18 août 1981, M.R. Oscar SALAZAR.). Néanmoins, la norme a été déclarée constitutionnelle parce que la Cour suprême a considéré que la saisine était mal formulée : C.S.J. Chambre plénière, Sentence n° 54 de 1989, M.R. Jaime SANIN et Dídimo PAEZ. Les fonctions juridictionnelles de la Surintendance ont ensuite été déclarées constitutionnelles par la Cour constitutionnelle : (C.c.c. Sentence C-592, 7 décembre 1992, M.R. Fabio MORON). Or, la sentence de 1989 est tellement confuse, que la Cour constitutionnelle l'a mal interprétée, dans une décision (C.c.c. Sentence T-120-93, 29 mars 1993, M.R. Alejandro MARTINEZ) qui a dû être annulée ultérieurement (C.c.c. Chambre plénière, Ordonnance 008-93, 26 juillet 1993, M.R. Jorge ARANGO).

⁴¹⁸ La loi n° 2 de 1984 a attribué aux autorités de police la compétence pour juger les contraventions et les délits de lésions personnelles et contre le patrimoine économique ne dépassant pas un certain montant.

⁴¹⁹ Article 105 du C.P.A.C.A (82 du C.C.A.) C.E.c. Chambre plénière, ordonnance du 3 mai 1990, affaire n° 5911, C.R. Antonio de IRISARRI ; C.E.c. Section 5, Sentence du 26 juillet 2001, affaire n° 25000-23-24-000-2001-0442-01, C.R. Mario MENDEZ. « *De cette manière, les décisions prises dans des procès de police sont de véritables exceptions quant aux fonctions des autorités administratives. Les décisions de la police ne sont pas, dans ce cas, des actes administratifs, mais des actes juridictionnels pris par des fonctionnaires administratifs – de la police – qui exercent des fonctions exceptionnellement attribuées à l'exécutif. Cela justifie pourquoi ce ne sont pas des actes contrôlés par la juridiction du contentieux administratif et explique la violation au principe du contrôle à la légalité des actes administratifs* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *op. cit.*, p. 86.

⁴²⁰ Décret n° 350 du 16 fév. 1989 en matière de procédures collectives de redressement d'entreprises portées dès lors devant la Surintendance.

⁴²¹ L'article 12 de la loi n° 270 du 7 mars 1996, L.S.A.J., intitulé « *De l'exercice de la fonction juridictionnelle par la branche juridictionnelle* », détermine quels sont les organes qui exercent la fonction juridictionnelle « *comme propre et habituelle et d'une façon permanente* ». L'article 13 prévoit les fonctions juridictionnelles attribuées en dehors de la branche juridictionnelle, notamment dans l'administration.

⁴²² Le décret n° 2651 du 25 nov. 1991 confirme les fonctions juridictionnelles de la Surintendance des sociétés. Cela a été déclaré conforme à la nouvelle constitution : C.c.c. Sentence C-592-92, 7 décembre 1992, M.R. Fabio MORON.

été aussi fait ultérieurement, pour la même raison du désencombrement des juridictions⁴²³.

La Constitution de 1991 a entériné la théorie des fonctions juridictionnelles de l'administration, tout en y précisant des limites : sur le fond, les autorités administratives ne peuvent ni instruire des affaires pénales ni juger des délits⁴²⁴ ; sur la forme, des conditions ont été fixées.

b. L'attribution précise et exceptionnelle

La collaboration entre les branches du pouvoir, mise en place par la théorie des fonctions juridictionnelles de l'administration, n'est considérée que comme une situation exceptionnelle⁴²⁵, ce qui entraîne des conséquences sur les conditions d'attribution des fonctions juridictionnelles.

L'attribution des fonctions juridictionnelles ne peut intervenir que par une disposition matériellement législative. Cela peut être le fait d'une loi ordinaire⁴²⁶ ou d'un décret du Président ayant force de loi⁴²⁷. Cet acte doit préciser avec netteté l'autorité qui exercera les fonctions juridictionnelles⁴²⁸, ainsi que les compétences juridictionnelles qui sont assignées : les matières qui seront objet de la décision et l'étendue des pouvoirs juridictionnels. De surcroît, la loi doit déterminer la procédure qui devra être suivie pour l'exercice de ces fonctions⁴²⁹. En conséquence, la Cour constitutionnelle considère comme anticonstitutionnelle l'attribution des fonctions juridictionnelles imprécises ou trop larges⁴³⁰.

⁴²³ La loi n° 446 du 7 juillet 1998 reprend les dispositions transitoires du décret n° 2651 du 25 nov. 1991, soumises à un délai d'application de 42 mois et elle continue avec la même stratégie contre l'encombrement : le développement des moyens alternatifs de résolution des litiges et l'attribution de nouvelles fonctions juridictionnelles aux surintendances, à la Surintendance bancaire (déclarées anticonstitutionnelles), à la Surintendance des sociétés et à la Surintendance des valeurs financières. Le décret n° 4327 de 2005 a fusionné les surintendances, bancaire et des valeurs, dans la nouvelle Surintendance financière. L'art 41 de la loi 1122 de 2007 attribue des fonctions juridictionnelles à la Surintendance nationale de la santé : C.c.c. Sentence C-956-07, 14 de novembre 2007, M.R. Marco MONROY.

⁴²⁴ La loi n° 23 du 21 mars 1991, du 21 mars 1991, « portant des mécanismes de désencombrement des juridictions », attribue aux inspecteurs de police, aux maires et aux gouverneurs, la connaissance des infractions qualifiées comme des contraventions spéciales. Ces autorités pouvaient ordonner l'enfermement pouvant atteindre 18 mois. Malgré le principe constitutionnel de réserve judiciaire en matière de privation de la liberté, l'article 28 transitoire de la Constitution dispose que les autorités de la police pourront continuer à prononcer la sanction de l'enfermement en attendant la promulgation d'une loi attribuant cette compétence aux juridictions. Avec ce fondement, cette compétence a été validée par la Cour constitutionnelle : C.c.c. Sentence C-212-94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ ; C.c.c. Sentence C-270/94, 9 juin 1994, M.R. Hernando HERRERA. La loi 228 de 1995 a transféré cette compétence aux juridictions pénales.

⁴²⁵ « La séparation des organes n'est pas absolue », C.c.c. Sentence C-830-01, 8 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO.

⁴²⁶ Le vote d'une loi statutaire n'est pas nécessaire : C.c.c. Sentence C-672-99, 9 sept. 1999, M.R. Antonio BARRERA.

⁴²⁷ « En d'autres termes, la norme constitutionnelle exige une loi dans le sens matériel et non nécessairement formelle et organique », C.c.c. Sentence C-212-94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ.

⁴²⁸ « Les autorités administratives peuvent avoir des fonctions judiciaires attribuées par la loi, à la condition que les fonctionnaires qui concrètement exercent ces fonctions soient préalablement déterminés dans la loi (...) », C.c.c. Sentence C-1071-02, 3 déc. 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁴²⁹ « (...) pour cela, la loi devra préciser les compétences, les garanties de la procédure régulière du droit et les autres conditions nécessaires afin de protéger de façon correcte les droits des parties », art. 8 de la L.E.A.J.

⁴³⁰ La compétence pour enquêter et sanctionner « la violation d'autres normes qui régulent les activités maritimes » est une « fonction indéfinie qui, par conséquent, contrarie évidemment la précision qui est exigée par l'article 116 (...) », C.c.c. Sentence C-212-94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ.

Une autorité administrative n'exerce des fonctions juridictionnelles, que lorsqu'une de ses compétences a été formellement qualifiée de juridictionnelle par une loi⁴³¹. Or, la Cour constitutionnelle a considéré que la volonté d'attribuer des fonctions juridictionnelles pouvait être déduite par différents moyens⁴³².

Pour garantir le schéma de la séparation des pouvoirs, l'attribution des fonctions juridictionnelles à l'administration ne peut être qu'exceptionnelle, ce qui ne signifie pas qu'il s'agisse d'une compétence transitoire⁴³³. Le caractère seulement exceptionnel des fonctions juridictionnelles de l'administration s'explique en raison du fait que ce genre de fonctions a été l'un des principaux instruments des dictatures pour sanctionner les personnes contraires au régime, en anéantissant, dès lors, la fonction protectrice des juridictions⁴³⁴. Ainsi, la Constitution colombienne considère qu'il n'est pas suffisant d'interdire le jugement des délits par des autorités administratives et elle déclare l'exceptionnalité générale des fonctions juridictionnelles de l'administration. Pour la loi statutaire de l'administration de la justice, il s'agit d'un mécanisme alternatif de résolution des litiges⁴³⁵.

L'exceptionnalité des fonctions juridictionnelles de l'administration est un principe constitutionnel⁴³⁶ qui entraîne de nombreuses conséquences : la décision du législateur d'attribuer des fonctions juridictionnelles à l'administration doit être suffisamment fondée sur des raisons méritant de faire exception à la compétence des juridictions⁴³⁷. Ainsi, le législateur ne pourra attribuer des fonctions juridictionnelles que quand celles-ci sont liées à la fonction principale de l'autorité administrative⁴³⁸ ; il existe une présomption du caractère administratif

⁴³¹ « La fonction juridictionnelle doit être déterminée de façon précise dans la loi ; la nature juridictionnelle d'une fonction ne peut pas naître d'une conclusion intellectuelle qui résulte d'une interprétation juridique », C.c.c. Sentence T-120-93, 29 mars 1993, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁴³² Par exemple, la fonction de déclaration de l'effectivité de la garantie, attribuée à la Surintendance de l'industrie et du commerce, n'a pas été qualifiée expressément comme une fonction juridictionnelle, par la loi n° 446 du 7 juillet 1998 et, pourtant, la Cour constitutionnelle a déduit cette nature : C.c.c. Sentence C-1071-02, 3 déc. 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁴³³ « Ce que le constituant a voulu c'est l'exceptionnalité et non des fonctions transitoires. S'il n'avait voulu autoriser que l'exercice temporaire, le constituant l'aurait dit expressément » C.c.c. Sentence C-384-00, 5 avril 2002, M.R. Vladimiro NARANJO. Or, le caractère transitoire des fonctions juridictionnelles de l'administration pouvait être affirmé, dans la mesure où les normes qui étaient examinées cherchaient à contribuer au désencombrement des juridictions et, dans cette logique, elles n'auraient plus de raison d'être dans le cas de la « normalisation » des stocks des affaires dans les juridictions.

⁴³⁴ « (...) n'est-ce pas le même organe, instable politiquement et qui a tendance à convertir le pouvoir en terreur, celui qui juge et qui impose des sanctions dans des cas spéciaux ? Faudra-t-il donner raison à JOUVENER (...) en qualifiant le pouvoir, spécialement celui du gouvernement, comme une entité maligne et portant préjudice à la liberté de l'homme, sauf si on lui imposait de fortes limitations ? Serait-il dangereux, pour les citoyens, qu'il soit possible d'être jugé un jour par l'administration ? », Andrés BOTERO, « El órgano ejecutivo como ente administrador de justicia », *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, U.P.B. Medellín, n° 95, 1995, p. 48. Cf. sur le rapport entre les fonctions juridictionnelles de l'administration et la dictature : León CORTIÑAS, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, 3^e éd., éd. Temis, Bogota, 2003.

⁴³⁵ La L.E.A.J. considère les fonctions juridictionnelles de l'administration dans les mécanismes alternatifs de résolution des litiges : art. 8 de la loi n° 270 du 7 mars 1996, modifié par l'art. 3 de la loi 1285 de 2009.

⁴³⁶ « (...) principe constitutionnel de l'exceptionnalité de l'attribution des fonctions juridictionnelles aux autorités administratives », C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁴³⁷ « L'attribution de la compétence juridictionnelle a un caractère exceptionnel, ce qui veut dire que le législateur devra apprécier les éléments circonstanciels de nature à justifier l'assignation ou le retrait de cette faculté à l'autorité administrative », C.c.c. Sentence SU-1023-01, 26 sept. 2001, M.R. Jaime CORDOBA. La L.E.A.J. précise qu'il s'agit des affaires « qu'en raison de leur nature ou de leur montant peuvent être décidés de façon correcte et efficace », par l'autorité administrative : art. 8 L.E.A.J.

⁴³⁸ « Plus la situation détectée par la Surintendance des sociétés est grave, plus vigoureux sont les mécanismes dont elle dispose pour essayer de surmonter la situation » (Sentence C-233/97). Par conséquent, l'ouverture d'une

des fonctions lorsqu'il existe un doute sur la nature de la compétence⁴³⁹ ; l'interprétation des fonctions juridictionnelles de l'administration doit être restrictive⁴⁴⁰ ; la décision qui tranche un conflit de compétence entre une autorité administrative disposant des fonctions juridictionnelles et une juridiction, tout en méconnaissant l'exceptionnalité, constitue une voie de fait⁴⁴¹ ; et, lorsqu'une autorité administrative excède ses fonctions juridictionnelles, la décision est de nature administrative qui peut être annulée par la juridiction du contentieux administratif⁴⁴² ; les administrés ont un droit fondamental à ce que l'autorité administrative n'excède pas ses compétences juridictionnelles⁴⁴³ ; la loi ne peut attribuer des fonctions juridictionnelles qu'aux autorités administratives indépendantes et impartiales⁴⁴⁴ ; dans certains cas le fonctionnaire est invité à n'exercer ses fonctions juridictionnelles que quand cela est « *absolument nécessaire* »⁴⁴⁵.

procédure de redressement est la plus forte, dans l'ensemble des mesures qui peuvent être prises à l'égard d'une entreprise en difficultés (...) ces attributions coexistent avec les fonctions juridictionnelles qui devront être exercées dans la procédure de redressement (...) les deux types d'attributions visent le même objectif – la protection de l'entreprise et des valeurs qui en dépendent- (...) », C.c.c. Sentence C-1143-00, 30 août 2000, M.R. Carlos GAVIRIA. Les fonctions juridictionnelles sont accessoires puisque « *l'autorité administrative conserve pleinement ses objectifs, visant l'exécution des activités de nature administrative* », C.c.c. Sentence SU-1023-01, 26 sept. 2001, M.R. Jaime CORDOBA.

⁴³⁹ « (...) lorsqu'il s'agit d'interpréter des normes attribuant des fonctions, mais dont la nature est ambiguë (...) il faudra préférer une interprétation d'après laquelle les fonctions sont administratives, par règle générale, sauf celles que le législateur a qualifiées comme juridictionnelles, avec précision et spécificité (...) En conclusion, sauf si le législateur l'affirme de façon explicite et claire, les facultés juridictionnelles doivent être exercées par la branche judiciaire », C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁴⁴⁰ « La norme (...) est de caractère exceptionnel et, par conséquent, on ne peut pas lui donner une signification extensive, mais restrictive, conformément aux principes de cette juridiction (...) l'exception s'explique car dans les procès de police, l'administration exerce une fonction juridictionnelle », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 12 sept. 1975 et du 20 août 1976, C.R. Humberto MORA et C.E.f. Section 3, Sentence du 15 nov. 1977, C.R. Carlos BETANCUR. Cf. C.c.c. Sentence C-212-94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ.

⁴⁴¹ C.c.c. Sentence T-402-06, 25 mai 2006, M.R. Alfredo BELTRAN.

⁴⁴² « Agissant en dehors de sa propre compétence juridictionnelle, les actes des surintendances ne pourront être proprement considérés comme juridictionnels (...) conformément au critère organique qui prévaut usuellement pour déterminer la nature juridique des actes des différents organes du pouvoir, les actes de l'administration, dans ces circonstances, sont administratifs et non juridictionnels et ils seront soumis aux actions et recours qui procèdent contre les actes administratifs », C.c.c. Sentence C-384-00, 5 avril 2000, M.R. Vladimiro NARANJO. Il ne faut pas oublier que cette décision a été prise pour permettre un contrôle de cet acte, à l'époque où les décisions des surintendances n'étaient susceptibles d'aucun recours juridictionnel.

⁴⁴³ « Les autorités administratives doivent veiller à n'exercer que les fonctions juridictionnelles que la loi leur a attribuées de façon concrète, ce qui constitue un droit fondamental car, de cette manière, on évite que ces autorités assument librement des compétences, au détriment des compétences réglées, du principe de légalité et de la séparation des pouvoirs consacrée dans la Constitution », C.c.c. Sentence T-120-93, 29 mars 1993, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁴⁴⁴ « La loi peut attribuer des fonctions judiciaires aux autorités administratives ; mais, à la condition que les fonctionnaires qui les exercent concrètement, soient déterminés dans la loi et qu'ils jouissent de l'indépendance et de l'impartialité propres à celui qui exerce une fonction judiciaire », C.c.c. Sentence C-1641-00, 29 nov. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ. En l'espèce, la Cour déclare anticonstitutionnelles les fonctions juridictionnelles de la Surintendance bancaire pour manque d'impartialité fonctionnelle.

⁴⁴⁵ « La Cour considère important d'avertir le Procureur général de la Nation et les autres fonctionnaires de cet organisme que, dans l'exercice des fonctions dont fait référence la norme sous examen, ils doivent respecter et garantir les droits fondamentaux des personnes, au cours des procès disciplinaires et qu'ils ne doivent faire recours aux fonctions de police judiciaire, que dans les cas absolument nécessaires, pour assurer et recueillir les preuves », C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA.

2. Un instrument au service de l'occultation de l'activité contentieuse de l'administration

De prime abord, les fonctions juridictionnelles de l'administration font partie d'un système moderne qui dépasse la rigidité de la séparation classique des pouvoirs et qui, en fonction des besoins, distribue entre les différents organes l'exercice du pouvoir. Or, les fonctions juridictionnelles de l'administration ne sont que la confirmation de la vision classique : les autorités administratives deviennent de véritables juridictions spécialisées (a) alors que la mise en place des fonctions juridictionnelles de l'administration porte atteinte à la théorie de l'activité contentieuse de l'administration (b).

a. De véritables juridictions spécialisées

La chose jugée, c'est le seul élément exclusivement juridictionnel : tantôt il est présent dans les décisions des juridictions, tantôt il est accordé aux décisions juridictionnelles prises par l'administration colombienne. Mais, si on concluait que les fonctions juridictionnelles de l'administration transforment l'organe administratif en une juridiction spécialisée, l'affirmation serait encore plus précise : la chose jugée serait réservée aux organes juridictionnels. La transformation des autorités administratives en organes juridictionnels n'est pas de l'essence du modèle né sous la Constitution de 1886, qui se fonde sur la collaboration des branches du pouvoir. Dans ce contexte, les autorités administratives reçoivent certaines fonctions revêtues des effets de chose jugée ; mais, l'organe conserve sa nature administrative, sans être déplacé au sein de l'organisation judiciaire⁴⁴⁶.

Sous la Constitution actuelle de 1991, le système est d'abord marqué par la continuité. Le projet de réforme numéro 2 de la Constitution, présenté par le gouvernement en février 1991, prévoyait que l'exercice de fonctions juridictionnelles par l'administration était possible, mais sous le contrôle des juridictions⁴⁴⁷. Or, ce contrôle a disparu lors des débats de la Constitution⁴⁴⁸. Ainsi, la loi n° 446 du 7 juillet 1998, qui attribue des fonctions juridictionnelles aux surintendances, disposait que les décisions prises dans l'exercice des fonctions juridictionnelles n'étaient l'objet d'aucun recours (article 148). Cependant, avec le souci de renforcer les garanties processuelles, la loi n° 510 du 3 août 1999 a modifié cette norme afin de consacrer un recours en appel. La nouvelle norme était tellement mal écrite qu'il était impossible de déterminer incontestablement l'autorité devant laquelle l'appel serait porté :

⁴⁴⁶ Ainsi le Code judiciaire de 1923 avertit clairement que « (...) la participation occasionnelle à cette fonction n'inclut ni les organismes et leurs employés ni les particuliers dans la hiérarchie qui est appelée Pouvoir judiciaire par la Constitution », art. 1 de la loi 103 du 5 décembre 1923, Code judiciaire de la nation. Cette norme exprimait l'essence même de la collaboration : pour concourir à l'exécution des tâches qui, en principe, relèvent d'une autre branche du pouvoir, il n'était pas nécessaire d'acquiescer la nature de la branche à assister.

⁴⁴⁷ « Sous le contrôle judiciaire, les autorités administratives et les particuliers pourront exercer la fonction juridictionnelle (...) », *Gaceta constitucional*, n° 5, 15 fév. 1991, p. 17.

⁴⁴⁸ *Gaceta constitucional*, n° 83, 27 mai 1991, p. 28.

une autorité administrative ou une juridiction⁴⁴⁹. C'est en raison de l'imprécision de la norme que le tribunal supérieur de Bogota s'est déclaré incompétent pour connaître d'un recours en appel porté contre un acte juridictionnel de la Surintendance des sociétés, avec une opinion dissidente, d'après laquelle la loi ne déplace que la première instance, mais non la deuxième instance juridictionnelle⁴⁵⁰.

Saisie de la constitutionnalité de cette norme, la Cour constitutionnelle a dû trancher : peu soucieuse de la cohérence théorique des institutions et, dans l'intérêt d'élargir la protection processuelle des citoyens, la Cour est arrivée à la conclusion que les décisions juridictionnelles des surintendances devaient être l'objet de l'appel devant la juridiction, supérieur organique du juge, qui était remplacée par l'autorité administrative⁴⁵¹. Il s'agit d'une décision anticonstitutionnelle : elle est fondée sur un certain principe constitutionnel de l'unité juridictionnelle⁴⁵². Bien que ce principe existe dans d'autres systèmes⁴⁵³, cela contrarie ouvertement le principe de la pluralité juridictionnelle qui existe en droit colombien. En Colombie, il n'y a pas d'unité juridictionnelle puisque la pluralité est nettement consacrée⁴⁵⁴ et parce que, précisément, la collaboration entre les branches du pouvoir permet d'attribuer des fonctions juridictionnelles en dehors de la branche juridictionnelle. Par ailleurs, l'intention de désencombrement des juridictions, très présente dans la loi qui attribue ces fonctions juridictionnelles aux surintendances, est trahie par cette décision qui provoque une nouvelle

⁴⁴⁹ Le principe est maintenu : les décisions juridictionnelles des surintendances « *ne feront l'objet d'aucun recours ou d'aucune action devant les juridictions* » (art. 52 de la loi 510 de 1999). La norme ajoute, ensuite, que « *néanmoins* », les décisions d'incompétence et les décisions sur le fond « *feront l'objet d'appel devant les mêmes* ». L'impossibilité de recours devant les juridictions était clairement affirmée, ce qui laisserait conclure que « *les mêmes* » étaient les surintendances. Or, le « *néanmoins* » ajouté après le principe, laisserait aussi entendre que « *les mêmes* » c'étaient les juridictions et, cela, en tant qu'une exception au principe. Les deux options n'étaient pas sans problèmes : si l'on considérait que l'appel était décidé par la même surintendance, cela n'était pas possible parce que normalement les décisions sont prises par le surintendant, lui-même, qui n'a pas de supérieur hiérarchique. Si l'on considérait que l'appel se portait devant les juridictions, il n'était déterminé nulle part la juridiction compétente et cela ne se concevait pas dans la conception des fonctions juridictionnelles de l'administration.

⁴⁵⁰ D'après l'opinion dissidente, le tribunal conservait sa compétence pour décider l'appel : « (...) *l'attribution exceptionnelle de cette fonction à la surintendance consiste seulement en la première instance, d'ordinaire attribuée aux juges du circuito. Or, la deuxième instance correspond au tribunal (...)* », opinion dissidente d'Ana PULGARIN à : Ordonnance du 25 avril 2001, *Telecom, Orbitel, ETB, c/ Comcel*, rad. 1001 02, M.R. María PLAZAS, prononcée par le Tribunal supérieur du district judiciaire.

⁴⁵¹ « 29(...) *De même, cette interprétation de la norme sous contrôle respecte le principe constitutionnel de l'exceptionnalité de l'attribution des fonctions juridictionnelles aux autorités administratives (...)* », C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE. Cette décision n'est pas équivalente à celle du Conseil d'État français qui détermine le caractère de droit commun du recours de cassation : la décision française ne consacre pas une double instance juridictionnelle, comme celle qui a été introduite par la Cour constitutionnelle ; mais, elle reconnaît que même les décisions d'instance unique peuvent être contrôlées en cassation : C.E.f. Ass. 7 avril 1947, *d'Aillères, Rec.*, p. 50. Sur la portée de cette règle : Olivier GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 403-404.

⁴⁵² « 45. (...) *En raison du principe de l'unité juridictionnelle, ces organismes commencent à partager la structure juridictionnelle de celui qui avait originellement la compétence. 46. Puisque la surintendance assume exceptionnellement la compétence d'un juge dans la structure judiciaire ordinaire, l'autorité qui doit décider l'appel est le supérieur hiérarchique du juge qui a été déplacé par la surintendance* », C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁴⁵³ Le principe de l'unité juridictionnelle est déduit, en droit italien, de l'article 102, paragraphe 1 de la Constitution de 1948 d'après laquelle « (...) *On ne peut instituer des juges extraordinaires ou des juges spéciaux. On ne peut instituer auprès des organes judiciaires normaux que des sections spécialisées pour des matières déterminées (...)* », texte traduit en français in *La Constitution italienne de 1948*, Emilio CROSA (dir), Cahiers de la fondation nationale des sciences politiques, Armand Colin, Paris, 1950, p. 262.

⁴⁵⁴ Arts. 234, 236, 239, 246 et 247 Const.c.

source d'encombrement des juridictions⁴⁵⁵.

Les surintendances disposant des fonctions juridictionnelles sont, par conséquent, des juridictions⁴⁵⁶ spécialisées dans les différentes matières où elles disposent de connaissances techniques : il s'agit de juridictions spécialisées notamment dans la concurrence, la consommation et les sociétés en difficulté⁴⁵⁷. De surcroît, la spécialisation dans la fonction juridictionnelle a été accrue par la création, à l'intérieur des surintendances, d'organes spécialisés appelés « *délégations aux affaires juridictionnelles* »⁴⁵⁸, éprouvant déjà des problèmes d'encombrement⁴⁵⁹.

Ainsi, l'acte juridictionnel rejoint l'organe juridictionnel. La nature juridictionnelle de la décision est encadrée par l'article 116 de la Constitution⁴⁶⁰ et déterminée par la loi qui fait l'attribution de ces fonctions en les qualifiant expressément de juridictionnelles. La nature juridictionnelle entraîne un régime juridique propre aux actes juridictionnels⁴⁶¹, exclus en conséquence du contrôle de la juridiction du contentieux administratif⁴⁶². En revanche, la nature juridictionnelle de l'organe ne se déduit pas des garanties juridictionnelles qui peuvent se trouver dans une autorité administrative⁴⁶³. Les organes chargés des fonctions

⁴⁵⁵ Comme conséquence de cette décision, la norme a été modifiée à nouveau : « *Les sentences ou décisions définitives, adoptées exceptionnellement par les autorités administratives, dans des affaires judiciaires, peuvent être toujours l'objet des recours devant les organes de la branche juridictionnelle de l'État, dans les termes et les conditions déterminées par la loi* », art. 3 de la loi 1285 du 22 janvier 2009, portant réforme de l'art. 8 de la L.E.A.J.

⁴⁵⁶ « 45. Dans les cas où une surintendance exerce des fonctions juridictionnelles, cette autorité administrative se transforme en un juge qui doit interpréter la loi (...) », C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁴⁵⁷ « (...) la surintendance des sociétés agit comme un véritable juge pendant le procès de redressement des sociétés, ce qui a été permis en attention à ses connaissances spécialisées et à sa large expérience dans le domaine », C.c.c. Sentence C-1143-00, 30 août 2000, M.R. Carlos GAVIRIA. Il est affirmé que la juridictionnalisation de la surintendance est tellement importante « *qu'elle est pratiquement devenue un tribunal juridictionnel en matière de droit des sociétés* », Harlem DUARTE et al., *Efectos de la asignación de funciones jurisdiccionales a las superintendencias*, Monographie de formation continue, Université du Rosario, Bogota, 2002, (dact.), p. 64.

⁴⁵⁸ La délégation aux affaires juridictionnelles à l'intérieur de la Surintendance de l'industrie et du commerce a été créée par l'art. 21 du décret n° 4886 du 23 déc. 2011. Même si les fonctions juridictionnelles sont exercées directement par cet organe (art. 21 n° 3-9 du décret n° 4886 du 23 déc. 2011), la délégation aux affaires juridictionnelles est obligée d'informer le Surintendant sur l'exécution des fonctions attribuées à la délégation (n° 12 de l'art. 21). De plus, le Surintendant dispose de la compétence pour modifier les organes ou les fonctionnaires qui vont exercer les fonctions juridictionnelles de la Surintendance (art. 3, n° 35 du décret n° 4886 du 23 déc. 2011). Cette possibilité de délégation est exotique dans l'exercice de la fonction juridictionnelle et elle résulte de la confusion de règles propres de l'action administrative avec celles de la fonction juridictionnelle.

⁴⁵⁹ Pour combattre l'encombrement, la résolution n° 4336 du 2 fév. 2012, adoptée par la Surintendance de l'industrie et du commerce, a créé un Surintendant délégué *ad hoc* pour décider les affaires de compétence de la délégation pour les affaires juridictionnelles dont l'attente de décision dépasse le délai d'un an.

⁴⁶⁰ « (...) Exceptionnellement la loi pourra attribuer la fonction juridictionnelle, dans des matières précises, à des autorités administratives déterminées. Néanmoins, elles seront défendues d'instruire des affaires pénales et de juger des délits (...) », art. 116 Const.c.

⁴⁶¹ Par exemple, l'art. 230 de la Const.c. dispose que les juges, dans leurs décisions, ne sont soumis qu'à l'imperium de la loi : C.c.c. T-494-99, 9 juillet 1999, M.R. Vladimiro NARANJO ; il procède l'action en tutela contre les sentences prononcées par les surintendances : C.c.c. Sentence C-384-00, 5 avril 2002, M.R. Vladimiro NARANJO ; C.c.c. Sentence T-660.087, 6 août 2003, M.R. Jaime CORDOBA.

⁴⁶² C.E.c. Sect. Section 1^{re}, 28 août 2003, affaire n° 8746, C.R. Camilo ARCINIEGAS.

⁴⁶³ Toute autorité ou organe exerçant des fonctions juridictionnelles doit respecter l'indépendance et l'impartialité : C.c.c. Sentence C-037-96, 5 fév. 1996, M.R. Vladimiro NARANJO. La rémission qui est faite aux normes du Code de la procédure civile « *transforme cette actuation en un véritable procès judiciaire* », C.E.f. Sect. 1, Ordonnance du 20 janvier 2000, affaire n° 5939, C.R. Juan POLO. Sur l'évolution de l'exigence d'indépendance des surintendances : C.c.c. Sentence C-189-98, 6 mai 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ. C.c.c. Sentence C-1143-00, 30 août 2000, M.R. Carlos GAVIRIA. C.c.c. Sentence C-1641-00, 29 nov. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ. C.c.c. Sentence

juridictionnelles sont des juridictions dans la mesure où ils sont intégrés à la structure juridictionnelle⁴⁶⁴ ; la responsabilité des fonctionnaires qui ont pris la décision est celle des juges. En tant que juridictions, celles-ci ne sont pas obligées de répondre aux pétitions comme les autorités administratives⁴⁶⁵. Les surintendances sont des juridictions ordinaires (judiciaires)⁴⁶⁶ non seulement dans la mesure où leurs recours en appel sont portés devant la juridiction judiciaire, mais aussi parce qu'elles ne tranchent pas du contentieux administratif⁴⁶⁷. Même si la nature juridictionnelle des organes qui exercent ces fonctions juridictionnelles déforme le schéma original⁴⁶⁸, cela rejoint d'autres juridictions spécialisées comme celle de l'exécution des créances en faveur de certaines personnes de droit public ou dite « *jurisdiction coactive* »⁴⁶⁹.

Aujourd'hui, en Colombie, parler des fonctions juridictionnelles des surintendances en tant qu'autorités administratives est un contresens qui est, pourtant, normativement prévu ; il s'agit d'un euphémisme qui sert à éviter de nommer ces organes comme des juridictions spécialisées⁴⁷⁰, organiquement placées au sein de l'administration. Ce sont, pourtant, de véritables juridictions administratives mettant en place la déconcentration juridictionnelle⁴⁷¹,

C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE. C.C.C. Sentence C-1071-02, 3 déc. 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁴⁶⁴ Un exemple d'une juridiction intégrée par des organes appartenant à d'autres structures, c'est celui de la juridiction constitutionnelle : celle-ci s'intègre avec les différentes juridictions (ordinaire, du contentieux administratif, etc.) lorsqu'elles décident des recours de tutela : « *les juges, indépendamment de leur juridiction et de leur hiérarchie, font partie de la juridiction constitutionnelle – critère fonctionnel-* », C.c.c. Ordonnance 067-03, 1^{er} avril 2003, M.R. Marco MONROY.

⁴⁶⁵ C.E.c. Sentence du 24 avril 2008, affaire n° 2008-00275, C.R. Héctor ROMERO ; C.E.c. Sentence du 13 mars 2008, affaire n° 2008-00188, C.R. María ORTIZ.

⁴⁶⁶ Contre : qui les considère des juridictions administratives : Harlem DUARTE et al., *Efectos de la asignación de funciones jurisdiccionales a las superintendencias*, op. cit., p. 68.

⁴⁶⁷ La restitution des biens du domaine public n'est pas considéré comme une décision juridictionnelle de l'autorité de police puisque, pour le Conseil d'État, il n'y a pas « *une controverse entre deux parties poursuivant des intérêts opposés* », C.E.c. Chambre plénière, Ordonnance du 3 mai 1990, affaire n° 5911, C.R. Antonio de IRISARRI. Cette décision se justifierait « *parce que là, il n'y a pas un simple conflit entre des particuliers, mais l'intérêt de l'administration* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III., op. cit., p. 91.

⁴⁶⁸ Cependant, avant 1991, il est des décisions qui les qualifient comme des juges intégrés dans l'administration « *(...) l'exécutif, qui est en principe l'auteur des actes administratifs, accomplit parfois des fonctions législatives et prononce des sentences avec l'autorité de la chose jugée (...)* C'est dans ces cas, précisément, que l'on trouve des juges placés à l'intérieur du pouvoir exécutif et cela ne peut être considéré comme insolite (...) les décisions des fonctionnaires de police sont de véritables sentences et la loi les exclut du contrôle de cette juridiction », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 12 avril 1985.

⁴⁶⁹ La « *jurisdiction coactive* » est attribuée au chef de la division des exécutions fiscales de la trésorerie générale de la République pour exécuter les crédits fiscaux en faveur de la Nation. De même, le contrôleur général de la République dispose de cette juridiction pour l'exécution des condamnations des procès de responsabilité pour des dommages au patrimoine public, d'après les arts. 90-98 de la loi 42 de 1993: cf. Alfredo FLÓREZ, « El proceso fiscal financiero de jurisdicción coactiva », *Vniversitas*, n° 95, déc. 1998, p. 250. De même, la juridiction coactive est reconnue à la Surintendance des sociétés afin d'exécuter les amendes imposées aux sociétés soumises à leur vigilance, conformément aux articles 86 et 88 de la loi 222 de 1995.

⁴⁷⁰ « *(...) dans les nouvelles hypothèses prévues dans la loi, ces autorités administratives décident de façon identique à celle des juges* », Hernán LOPEZ, *Ley 446 de 1998 y el Código de procedimiento civil*, Dupré, Bogota, 1999, p. 199. Et le professeur LOPEZ voit dans ces fonctions, le « *germe de la juridiction du commerce* », *ibidem*, p. 201. « *Les surintendances sont des entités ayant de l'expérience sur le champ, elles sont professionnelles et efficaces, ce qui les légitime pour être les juges du droit commercial* », Andrés PARIAS, *Funciones jurisdiccionales de la superintendencia de sociedades en el derecho comercial*, monographie de fin d'études, Universidad Javeriana, Bogota, 2001, (dact.) p. 51.

⁴⁷¹ « *(...) cette norme élargit les possibilités d'accès à la juridiction pour la résolution des litiges, c'est-à-dire celle-ci amplifie le champ de la déconcentration judiciaire de l'État (...)* », C.c.c. Sentence C-833-06, 11 oct. 2006, M.R. Jaime ARAUJO.

tout en diminuant, parfois, le niveau de protection des garanties processuelles et, le cas échéant, en limitant les pouvoirs juridictionnels⁴⁷².

b. L'atteinte à la théorie de l'activité contentieuse de l'administration

La Constitution a formellement reconnu que la fonction contentieuse pouvait être exercée par l'administration à un point tel qu'elle a donné la possibilité de concéder des effets de chose jugée à certaines décisions prises par l'administration⁴⁷³. Or, la concession d'effets juridictionnels à des décisions de l'administration ne signifie pas que l'administration exerce uniquement la fonction contentieuse lorsque la loi a décidé de lui attribuer formellement des fonctions qualifiées comme juridictionnelles. Si tel était le cas, l'activité contentieuse de l'administration serait un mécanisme exceptionnel de la collaboration de l'administration en faveur de la branche juridictionnelle du pouvoir.

Cette défiguration de la théorie de l'activité contentieuse de l'administration se fonde, à tort, sur l'idée que la fonction juridictionnelle consiste en la résolution des litiges. Avant la Constitution de 1991, il existait des discussions autour de la nature administrative ou juridictionnelle des fonctions contentieuses de l'administration⁴⁷⁴. La Constitution de 1991 aurait définitivement tranchée la discussion par la prévision des fonctions juridictionnelles de l'administration⁴⁷⁵. Dès lors, tout se passe comme si l'étude des fonctions contentieuses des autorités administratives se limitait aux cas juridictionnels. Par exemple, il est considéré que par les fonctions juridictionnelles de l'administration, le droit colombien a consacré les fonctions quasi-juridictionnelles des agences des États-Unis⁴⁷⁶.

Le caractère exceptionnel des fonctions juridictionnelles laisserait entendre que l'administration ne tranche des litiges qu'exceptionnellement, étant donné que le critère contentieux est parfois utilisé par la Cour constitutionnelle afin d'identifier les fonctions juridictionnelles de l'administration⁴⁷⁷. De surcroît, quand la Cour constitutionnelle considère qu'une fonction est

⁴⁷² Conformément à l'interprétation donnée par la Surintendance aux arts. 145, n° b, loi n° 446 du 7 juillet 1998 et art. 29 du décret 2466 de 1982, l'indemnisation des préjudices était exclue des compétences juridictionnelles de la Surintendance de l'industrie et du commerce. Néanmoins, l'art. 144 de loi n° 446 du 7 juillet 1998 a été modifié par l'art. 49 de la loi n° 962 du 8 juillet 2005 pour permettre expressément que les demandes d'indemnisation des préjudices pour concurrence déloyale soient décidées dans la même procédure.

⁴⁷³ Art. 116 Const.c.

⁴⁷⁴ Le décret-loi 2324 de 1984 attribue des fonctions contentieuses au capitaine de port et à la direction générale maritime et portuaire, DIMAR, afin d'enquêter et de sanctionner les violations aux normes du commerce maritime, ainsi qu'à la détermination des responsabilités dans des sinistres maritimes, contamination de l'environnement maritime, constructions illicites dans des côtes. Dans un premier temps, ces compétences ont été considérées comme juridictionnelles : C.E.f. Section 1^{re}, Sentence du 22 sept. 1970, concernant les sinistres maritimes. Confirmée par C.E.c. Section 3, 8 juin 1976, C.R. Jorge VALENCIA, le Conseil d'État fait un revirement en déterminant qu'il s'agit d'actes administratifs de la police administrative : C.E.c. Sentence du 13 déc. 1983, Section 1^{re}. De son côté, la Cour suprême a considéré qu'il s'agit de décisions de la police administrative : C.S.J., Sentence du 29 mars 1982, C.R. Carlos Medellín et C.S.J., Sentence du 22 août 1985. Finalement, le Conseil d'État revient à la thèse de la nature juridictionnelle : C.E.c. Ordonnance du 27 mars 1989 et Sentence du 12 fév. 1990.

⁴⁷⁵ C.c.c. Sentence C-212 -94, 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ.

⁴⁷⁶ « La tendance consistant à confier à certaines administrations la décision d'affaires "quasi-judiciaires" est très présente dans la loi n° 446 du 7 juillet 1998 (...) concernant « l'exercice des fonctions juridictionnelles par les surintendances », Jaime VIDAL, *Derecho administrativo*, op. cit., p. 518.

⁴⁷⁷ C.c.c. Sentence T-279-97, 4 juin 1997, M.R. Vladimiro NARANJO.

juridictionnelle, lorsque celle-ci était exercée précédemment par une juridiction⁴⁷⁸, il est imposé une limite à la déjuridictionnalisation des matières qui va à l'encontre de l'activité contentieuse de l'administration : une matière précédemment exercée par une juridiction restera juridictionnelle lorsqu'elle est attribuée à une autorité administrative. Cette jurisprudence du gel des matières juridictionnelles ou de l'effet-cliquet⁴⁷⁹, empêchant la déjuridictionnalisation, transpose les effets de l'exceptionnalité des fonctions juridictionnelles de l'administration à l'activité contentieuse de l'administration, qui n'est nullement exceptionnelle. De plus, cette théorie laisserait entendre qu'il existerait des matières juridictionnelles par nature, interdites à l'administration en tant que telle.

Le risque consiste aussi en l'identification des défauts processuels des juridictions spécialisées, dites autorités administratives ayant des fonctions juridictionnelles, avec l'activité contentieuse de l'administration. Les fonctions juridictionnelles de l'administration sont qualifiées comme des « *intromissions du pouvoir exécutif dans la décision des affaires de nature judiciaire* »⁴⁸⁰ et, même, comme des atteintes à la démocratie⁴⁸¹. Il est compréhensible que la faible indépendance des surintendants pose des problèmes puisque leurs décisions sont juridictionnelles et, par conséquent, elles disposent des effets de la chose jugée⁴⁸².

Or, la bonne interprétation des fonctions juridictionnelles de l'administration ne devrait pas léser la théorie de l'activité contentieuse de l'administration : c'est l'attribution de la chose jugée prévue par l'article 116 de la Constitution⁴⁸³, comme une situation exceptionnelle qui demande une décision législative expresse. Ainsi, lorsque la fonction de l'autorité administrative n'a pas été expressément qualifiée comme juridictionnelle, il faut comprendre, conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, que la décision de l'autorité administrative est administrative, même dans le cas où elle a pour finalité la résolution d'un litige⁴⁸⁴. Par conséquent, une autorité

⁴⁷⁸ C.c.c. Sentence T-494-99, 9 juillet 1999, M.R. Vladimiro NARANJO.

⁴⁷⁹ C.c.f. Décision n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, § 38, *Rec.*, p. 78 ; C.c.f. Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, § 81, *Rec.*, p. 224. Cette théorie est néanmoins rejetée par C.c.f. Décision n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Rec.*, p. 110.

⁴⁸⁰ « *Malgré une prétendue justification dans le caractère technique des organes de contrôle, ainsi que dans l'encombrement des juridictions, cette tendance est inquiétante car elle entraîne une progressive intromission du pouvoir exécutif dans la décision des affaires de nature judiciaire. Bien qu'elle soit autorisée par la Constitution, cela provoque une limitation évidente des garanties propres des procès judiciaires (...)* », Alexei JULIO, *Las ramas ejecutiva y judicial*, *op. cit.*, p. 190. La même argumentation in Alexei JULIO, « El ejercicio de funciones judiciales por la administración », in *II Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2002, p. 295. Or, la Cour constitutionnelle a précisé que conformément au principe de la liberté de configuration du législateur « *Les fonctions juridictionnelles des surintendances ne sont pas exercées par des principes absolument identiques à ceux qui commandent les fonctions des organes de la branche judiciaire ; au contraire, les fonctions juridictionnelles de l'administration existent afin d'être exercées conformément à leurs propres principes* », C.c.c. Sentence C-384-00, 5 avril 2002, M.R. Vladimiro NARANJO.

⁴⁸¹ « (...) *les autorités administratives qui en raison de la Constitution (...) exercent une fonction juridictionnelle portent atteinte à la stabilité d'une démocratie qui prétend, comme la colombienne, développer le principe d'humanité. Ces fonctions contraient les principes de légalité, de procédure régulière du droit et du juge naturel* », Andrés BOTERO, « El órgano ejecutivo como ente administrador de justicia », *loc. cit.*, p. 64.

⁴⁸² « *Cela n'est pas sain car même si l'indépendance, l'impartialité et le respect de la légalité sont exigés tant aux fonctionnaires administratifs qu'aux judiciaires, les surintendants sont des employés qui sont nommés et qui peuvent être librement démis par le Président de la République et par le ministre. C'est-à-dire que les surintendants sont leurs subordonnés directs ce qui les soumet à d'éventuelles pressions politiques* », Marco FONSECA, *Procesos concursales : concurso y liquidación obligatoria*, éd. Uninorte, 1996, p. 5.

⁴⁸³ « (...) *Exceptionnellement la loi pourra attribuer la fonction juridictionnelle dans des matières précises à des autorités administratives déterminées. Néanmoins, elles seront défendues d'instruire des affaires pénales et de juger des délits. (...)* ».

⁴⁸⁴ « (...) *lorsqu'il s'agit d'interpréter des normes attribuant des fonctions, mais dont la nature est ambiguë (...), il faudra préférer une interprétation d'après laquelle les fonctions sont administratives, par règle générale, sauf celles que le législateur a qualifiées comme juridictionnelles, avec précision et spécificité (...)* En conclusion, sauf si

administrative peut disposer des fonctions et des pouvoirs identiques⁴⁸⁵, mais dont une partie de ceux-ci est juridictionnelle et les autres sont administratifs⁴⁸⁶. C'est pour cette raison que la jurisprudence exige que l'autorité administrative informe les personnes concernées, de la nature des fonctions qu'elle est en train d'exercer afin que la personne puisse déterminer les recours procédant contre la décision⁴⁸⁷.

L'attribution de la fonction contentieuse est nécessairement liée à la configuration du pouvoir. Les régimes monarchiques français et colombien attribuent volontiers la fonction contentieuse à des organes considérés majoritairement comme administratifs, alors qu'en France, la Révolution de 1789 ne constitue pas une rupture car l'administration se voit attribuer le droit commun du contentieux administratif. Toutefois, l'administration active se voit progressivement enlever des fonctions contentieuses sous la prétextation de la juridictionnalisation. Lorsque l'administration conserve des fonctions contentieuses, celles-ci sont altérées : en France l'administrateur est considéré comme un juge. La négation de la théorie du ministre-juge fait croire à la disparition des fonctions contentieuses de l'administration active. Cependant, l'administration conserve différentes fonctions contentieuses ; pour rattraper cela, il a été considéré préférable de transformer les organes administratifs en juridictions spécialisées. Le droit colombien, quant à lui, tente de maîtriser l'activité contentieuse de l'administration en attribuant exceptionnellement des fonctions juridictionnelles aux organes administratifs qui, dans certains cas, deviennent des juridictions spécialisées. D'autres mécanismes sont utilisés pour dissimuler le fait que le contentieux n'est pas exclusivement juridictionnel.

Section II. La dissimulation de l'activité contentieuse de l'administration

L'explication classique du droit administratif se fonde sur l'inexistence de fonctions contentieuses dans l'administration. La prétendue nature non contentieuse de l'administration (**Sous-section 1**) exclut l'analyse du contentieux comme un élément de l'action administrative. Lorsque le droit administratif s'intéresse à ces fonctions, celles-ci sont considérées comme des

le législateur l'affirme de façon explicite et claire, les facultés juridictionnelles doivent être exercées par la branche judiciaire », C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁴⁸⁵ Par exemple, la Surintendance de l'industrie et du commerce exerce des fonctions juridictionnelles en matière de concurrence qui sont équivalentes aux fonctions administratives en matière de la propriété industrielle : cf. art. 32 du décret 3466 de 1982, les « mesures nécessaires » peuvent consister en celles qui exercent en matière juridictionnelle.

⁴⁸⁶ « (...) il faut préciser que toutes les autres fonctions qui attribuent la norme sont administratives (...) Ces compétences administratives, qui sont aussi attribuées par la loi 446/98, article 143, pourront être exercées par la Surintendance, non en concurrence avec les juges; mais, comme des fonctions propres », C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE. « Pour la Cour il est clair que l'imposition des sanctions de la part de l'administration, en raison de l'inexécution des obligations fiscales, est une activité typiquement administrative et non juridictionnelle », C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY.

⁴⁸⁷ « Il suffit d'avertir que pour garantir pleinement le droit à la procédure régulière du droit de la personne dont l'activité est enquêtée par la Surintendance, il est indispensable qu'il soit clairement établi, dès le commencement de l'enquête, la nature de la fonction qui est exercée parce que de cela vont dépendre les recours du citoyen pour sa défense », C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE. Confirmée par C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

fonctions non administratives (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La prétendue nature non contentieuse de l'administration

La fonction contentieuse de l'administration n'est pas incompatible avec l'existence du droit administratif. Néanmoins, des explications classiques de ce droit se sont fondées sur le caractère agissant de l'administration qualifiée d'active. Bien que l'activité contentieuse de l'administration soit l'une des manifestations des prérogatives de puissance publique (§ 1) et que le contrôle administratif (§ 2), exercé par l'administration active, soit l'une des formes de l'activité contentieuse de l'administration, ceux-ci ont été présentés comme des moyens non contentieux du droit administratif.

§ 1. Les prérogatives de puissance publique

En poussant jusqu'à l'absurde la théorie classique de la séparation des pouvoirs, l'administration devrait faire appel aux juridictions dans tous les cas où elle envisage d'imposer une obligation à un particulier⁴⁸⁸ ; elle y serait de même obligée lorsqu'elle veut l'exécution de cette obligation⁴⁸⁹. Toute création, modification ou extinction des situations et des relations⁴⁹⁰ juridiques passerait par l'intervention juridictionnelle et le droit administratif n'existerait pas. Or, l'administration dispose des prérogatives de puissance publique lui permettant d'agir sans l'intervention juridictionnelle. Dans ce système, les prérogatives remettraient le contentieux (A) pour une solution ultérieure, alors que les prérogatives de puissance publique englobent la résolution des litiges (B).

A. Les prérogatives et la remise du contentieux

L'action et le contentieux sont deux termes qui ont été séparés par le droit administratif français, au moins à l'égard de l'administration⁴⁹¹. Cette séparation serait non seulement théorique, mais aussi organique. Le droit colombien, quant à lui, a adopté le régime juridique de l'activité administrative bâti par le droit administratif européen, notamment la théorie de l'acte administratif. Dans les deux systèmes, il est possible d'affirmer l'autosuffisance des pouvoirs administratifs (1). La contestation est considérée comme un

⁴⁸⁸ L'absurde consiste d'ailleurs au fait que dans cette hypothèse, l'exécutif serait soumis complètement au juridictionnel.

⁴⁸⁹ Le professeur SANTOFIMIO considère les prérogatives de décision unilatérale et d'exécution d'office comme une « *figure exotique dans l'État de droit* », déterminant une configuration de l'État de droit fondée sur le contrôle juridictionnel : Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I., *op. cit.*, p. 36.

⁴⁹⁰ Notamment les relations contractuelles où l'administration dispose de prérogatives à l'égard du co-contractant et du contrat même.

⁴⁹¹ Ceci à la suite de la condamnation de la théorie du ministre-juge : les litiges seraient réservés à la juridiction. En revanche, une certaine exclusion de l'action, au sein de la juridiction administrative, est en train de se construire progressivement (il s'agit d'une séparation dans les apparences et dans la réalité : rapporteur public, affaire *Procola*, limitation de la double appartenance, etc.). Hormis le cas où l'action administrative passe pas par le contentieux, comme c'est le cas de l'injonction, juger l'administration n'impliquerait plus administrer.

obstacle à la fonction administrative : le contentieux n'est pas interdit, mais remis (2).

1. L'autosuffisance des pouvoirs administratifs

Les pouvoirs administratifs sont traditionnellement considérés par l'opposition avec les pouvoirs juridiques des particuliers. À cet égard, l'administration est placée dans une situation de déséquilibre par rapport aux administrés : elle exerce des prérogatives qui la différencient. La seule volonté de l'administration suffit (a) pour la production des effets juridiques, ce qui se concrétise dans les prérogatives de décision unilatérale et d'exécution d'office (b).

a. La seule volonté de l'administratif suffit

L'exécution normative, propre aux autorités administratives, ne signifie pas l'absence totale de volonté : l'administration exprime sa volonté ; mais, celle-ci est plus au moins encadrée, en considération du degré de précision de la norme. Or, la déclaration de volonté de l'administration n'est pas de même nature que celle d'un particulier. La volonté privée ne pourra pas s'imposer à l'égard d'un égal, sans l'intervention juridictionnelle. En revanche, l'administration dispose des prérogatives qui accompagnent sa volonté.

Lorsque ces prérogatives sont présentes⁴⁹², l'action administrative se différencie de l'activité des administrés⁴⁹³. Il s'agit d'un ensemble de « *moyens spécifiques* »⁴⁹⁴ dont peut⁴⁹⁵ disposer l'action administrative, considéré comme l'essence du pouvoir public⁴⁹⁶. Les prérogatives pourraient être comprises comme une sorte de « *privilège* »⁴⁹⁷, conçu en faveur de l'administration. Cependant, en tant qu'instruments de l'action légale, les prérogatives ne correspondraient pas à de véritables

⁴⁹² Les prérogatives de puissance publique ne sont pas nécessairement présentes dans l'ensemble de l'action administrative et, celles-ci peuvent être attribuées à l'exercice des fonctions administratives par les particuliers.

⁴⁹³ Indépendamment de la discussion de savoir si les prérogatives sont la conséquence du caractère spécial de l'autorité administrative ou si celles-ci sont l'élément qui la rend spéciale.

⁴⁹⁴ Georges DUPUIS et al., *Droit administratif*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 100.

⁴⁹⁵ L'existence des prérogatives de puissance publique a été considérée comme déterminant pour l'identification de la compétence de la juridiction administrative : C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.* p. 7. En droit colombien, la présence des prérogatives de puissance publique a été utilisée comme critère pour différencier un contrat administratif d'un contrat privé de l'administration. Cette catégorie a existé dans le cadre du décret 222 de 1983 ; mais, celle-ci a disparu en raison de la loi n° 80 de 1993 qui introduit la catégorie unique de contrat de l'État, identifié par un critère subjectif, indépendamment de son régime juridique. « *Quoi qu'il en soit, les transformations ne peuvent pas laisser intacts des concepts fondamentaux, ayant marqué les différences entre le contrat administratif et le contrat de droit privé* », José-Luis BENAVIDES, *El contrato estatal: entre el derecho público y el privado*, 2^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 20.

⁴⁹⁶ « *Les prérogatives sont des facultés pour agir. Celles-ci ne sont pas l'objet du commerce, elles sont intransmissibles, ne peuvent pas être renoncées (même si la loi autorise la délégation) et elles sont imprescriptibles, même si leur exercice peut être soumis à de la caducité ; de même, elles sont inépuisables et son titulaire ne peut pas les modifier ; une intervention de la loi y est nécessaire (...)* », Jaime VIDAL, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 286. Cf. Luciano PAREJO, « La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo », in *R.E.D.A.* n° 49, 1986, p. 23-27. Cf. C.E.f. Ass. 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, A.J.D.A.1982, p.658, conc. BIANCARELLI ; R.A. 1982, p. 637 note PACTEAU ; D. 1983, p. 327, note DUGRIP ; D. 1983, I.R., p. 270, obs. DELVOLLE.

⁴⁹⁷ Il s'agit des « *privilèges de contrainte* » et des « *privilèges de protection* », Franck MODERNE, *Recherche sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, thèse (dact.) Université de Bordeaux IV, 1960, t. 1, p. 24 et 37

privilèges⁴⁹⁸, mais à des attributs particuliers, d'action ou de protection⁴⁹⁹ qui s'expliquent uniquement en raison des fonctions attribuées à l'autorité. L'élément téléologique conduit, dès lors, à penser aux prérogatives de puissance publique comme des moyens juridiques d'action et d'exécution de l'intérêt général⁵⁰⁰.

La première des prérogatives consiste en la contrainte, nécessairement liée à l'efficacité de la volonté de l'administration. La contrainte détermine le fait que les décisions de l'administration s'imposent aux administrés, sans l'intervention juridictionnelle (privilège du préalable). Cela conduit HAURIOU à considérer la contrainte comme l'une des conséquences de la séparation des autorités administratives et judiciaires⁵⁰¹. Ainsi, l'administration dispose, notamment, des pouvoirs d'expropriation, de sanction⁵⁰² et de police qui s'exécutent par la seule volonté administrative⁵⁰³. Ni la volonté des juridictions ni celle de l'administré ne sont donc requises pour imposer juridiquement des décisions qui seront, dès lors, exclusivement unilatérales, et non négociées (décision exécutoire au sens d'HAURIOU).

Cette prérogative est appelée « *autotutela* », ou auto-déclaration par la doctrine italienne⁵⁰⁴ et espagnole⁵⁰⁵, et c'est l'expression adoptée par des auteurs colombiens⁵⁰⁶. L'expression veut signifier que, pour l'effectivité des normes juridiques en général, les contrats et les actes unilatéraux y compris, la protection ou « *tutela* » dispensée par une juridiction⁵⁰⁷ est nécessaire, hormis le cas de l'administration qui fournit cette protection à elle-même. À l'aide d'HAURIOU, il est possible d'interpréter le terme « *tutela* » comme faisant référence à l'exercice des droits, c'est-à-dire à son

⁴⁹⁸ « En réalité, le droit administratif n'est pas un droit de privilèges ; c'est un droit de soumission. Jamais, historiquement, des privilèges n'ont été octroyés à l'administration », Francis-Paul BENOIT, *Le droit administratif français*, op. cit., p. 76. À la fin du XIXe siècle « le droit administratif n'est plus perçu comme un privilège pour l'administration, mais comme un dispositif de protection des droits des administrés », Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 58.

⁴⁹⁹ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, op. cit., p. 470.

⁵⁰⁰ « (...) un pouvoir de décision destiné à satisfaire les exigences de l'intérêt général », René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, op. cit., p. 537 « (...) visant l'effectivité et l'efficacité des décisions administratives », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I., op. cit., p. 36.

⁵⁰¹ Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd. Sirey, 1933, rééd. Dalloz, Paris, 2002, p. XVI.

⁵⁰² Ce qui montre la « suprématie d'une administration investie du droit de punir », Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilèges ? », loc. cit., p. 63. Cf. Gonzalo QUINTERO, « La autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal », *R.A.P.* n° 126, sept.-déc. 1991, p. 253.

⁵⁰³ L'administration « est chargée de mettre en œuvre, de gérer, d'instrumenter le monopole de la contrainte, sous son double aspect juridique et matériel », Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 59.

⁵⁰⁴ Feliciano BENVENUTI, « Autotutela », in *Enciclopedia del diritto*, t. IV, Giuffrè editore, Milano, 1959, p. 546.

⁵⁰⁵ Eduardo GARCÍA et Tomás FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 4^e éd., Cívitas, Madrid, 1983, p. 455-458.

⁵⁰⁶ L'autotutela c'est « (...) une caractéristique particulière de l'exercice des fonctions administratives, les faisant sui generis dans la mesure où la faculté de s'imposer et d'exécuter les décisions s'exerce indépendamment du pouvoir juridictionnel de l'État », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, op. cit., p. 36. « Le caractère exécutoire n'est rien d'autre que l'exercice par l'administration des pouvoirs dérivés de la loi et du contrat. C'est ce en quoi consiste l'autotutela déclarative », C.E.c. Section 3, Ordonnance du 4 juin 1998, affaire n° 13988, M.R. Ricardo Hoyos.

⁵⁰⁷ « La protection –tutela- de l'ordre juridique, dans les relations entre des particuliers, est une fonction attribuée aux juges et aux tribunaux », Fernando LOPEZ, « Límites constitucionales de la autotutela administrativa », *R.A.P.* n° 115, janv.-avril, 1985, p. 58.

effectivité⁵⁰⁸ : l'exercice des droits des particuliers passe par la décision juridictionnelle, alors que celle de l'administration se satisfait à elle-même : elle dispose du « *pouvoir suffisant* »⁵⁰⁹.

b. La décision unilatérale et l'exécution d'office

Le pouvoir de commandement attribué aux autorités administratives se matérialise dans la décision unilatérale obligatoire. Il s'agit de la prérogative de puissance publique la plus importante, un élément « *inhérent (...) au pouvoir de commandement qui lui est consubstantiel* »⁵¹⁰, permettant à l'administration d'imposer des obligations⁵¹¹, de les faire exécuter⁵¹² et de conférer des droits, les retirer ou les limiter « *sans nécessité d'un titre juridictionnel* »⁵¹³ en raison de « *son effet de contrainte à l'égard des administrés* »⁵¹⁴ faisant l'originalité de l'activité administrative. De cette manière, l'administration peut, notamment, constituer débiteur⁵¹⁵ un administré par un acte unilatéral qui est, dans ce cas, le titre juridique nécessaire à tout paiement libérateur⁵¹⁶.

Le caractère exécutoire des décisions administratives constitue la « *règle fondamentale du droit public* » français⁵¹⁷. Or, les conséquences du caractère exécutoire des décisions sont l'objet de controverses. Une décision exécutoire peut signifier qu'elle est obligatoire⁵¹⁸. De

⁵⁰⁸ « *En principe, une administration publique faisant une opération administrative pour la gestion de ses services publics exerce des droits elle-même de façon extrajuridictionnelle, c'est-à-dire se fait justice elle-même jusqu'au bout* » Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 362.

⁵⁰⁹ « (...) *il s'agit de comprendre comme propre à l'activité administrative, le pouvoir suffisant et la capacité nécessaire pour protéger, par elle-même, les biens juridiques dont elle est chargée*», Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I., op. cit., p. 37.

⁵¹⁰ Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., op. cit., p. 277.

⁵¹¹ « (...) *la principale prérogative de l'administration se manifeste dans le pouvoir de créer des droits et d'imposer des obligations en faveur ou à l'encontre des administrés, sans avoir à recueillir le consentement de ceux-ci* », Libardo RODRIGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 16^e éd., op. cit., p. 337.

⁵¹² « *L'administration dispose d'un pouvoir d'action d'office : le principe est qu'elle peut imposer ses décisions à ses cocontractants et en assurer l'exécution forcée* », Conclusions CHARDEAU sur C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine, Rec.*, p. 338, A.J. 1956, II, p. 313. « (...) *il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle* », C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine, Rec.*, p. 338 ; A.J.D.A. 1956, II, p. 312, concl. CHARDEAU et p. 398 chron. FOURNIER et BRAIBANT ; R.D.P. 1957, p. 296, note WALINE.

⁵¹³ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, op. cit., p. 501

⁵¹⁴ Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, 16^e éd., L.G.D.J. Paris, 2001, p. 631.

⁵¹⁵ « *En présence d'un débiteur récalcitrant, elles ne sont pas, comme les personnes privées, dans la nécessité de faire juger leurs prétentions. Elles ont le pouvoir de se constituer débiteur en émettant à son encontre un ordre de recettes qui est actuellement appelé (décret du 29 décembre 1992) titre de perception, après avoir longtemps été beaucoup mieux désigné par l'expression significative d'état exécutoire* », René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, op. cit., p. 471

⁵¹⁶ Celui qui paye une somme à laquelle il n'était pas obligé, pourra demander la restitution. Le paiement de l'indu est une source d'obligations, prévue à l'art. 1235 du Code civil français.

⁵¹⁷ C.E.f. Ass. 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, A.J.D.A. 1982, p.658, conc. BIANCARELLI ; R.A. 1982, p. 637 note PACTEAU ; D. 1983, p. 327, note DUGRIP. « (...) *formule certainement excessive* », Olivier GOHIN, *Institutions administratives*, 5^e éd., L.G.D.J. Paris, 2006, p. 34.

⁵¹⁸ Le professeur Pierre DELVOLVE explique qu'il existe des décisions exécutoires non obligatoires, notamment dans le cas des autorisations ou licences, modifiant l'ordonnancement juridique, mais, n'obligeant pas à réaliser l'activité autorisée. La licence « *ajoute un nouvel élément à l'ordonnancement juridique (...) elle ne comporte certes pas l'obligation d'exécuter* », Pierre DELVOLVE, *L'acte administratif*, Sirey, Paris, 1983, p. 27. Il est nécessaire de préciser que, pour le droit colombien, un acte pouvait être obligatoire, sans pour autant être exécutoire. Cela arrivait en raison des motifs de « *perte de force exécutoire des actes administratifs* », prévus à l'art. 66 du C.C.A. Dans ce cas, la norme considérait que l'acte était obligatoire – exécutif – mais qu'il n'était plus exécutoire, c'est-à-dire que l'exécution forcée n'était plus possible. Devant un acte obligatoire mais non exécutable, il est inévitable

même, elle peut renvoyer au privilège du préalable qui « *permet à l'administration de décider en édictant des obligations ou des interdictions ou en conférant des droits, sans avoir à saisir préalablement un juge de ses prétentions* »⁵¹⁹. En outre, le caractère exécutoire peut être compris comme la possibilité de passer à l'exécution, notamment *manu militari*⁵²⁰. Or, pour l'exécution forcée des décisions de l'administration, le droit français et le droit colombien présentent des différences qui méritent d'être présentées :

- en droit français, même si les décisions de l'administration peuvent être exécutoires⁵²¹, l'administration ne dispose pas, en règle générale, des moyens de vaincre la résistance qui est portée par l'administré à l'exécution des obligations. L'exécution forcée des décisions administratives est confiée au juge pénal, sauf si la loi a expressément autorisé l'administration pour y procéder⁵²² ou lorsque l'urgence conduit l'administration à procéder⁵²³ par une exécution d'office⁵²⁴ : « *quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers* »⁵²⁵. L'exécution d'office est aussi possible lorsque la loi n'a pas prévu la sanction pénale et que l'administration ne dispose d'aucun autre moyen de vaincre la résistance de l'administré⁵²⁶. Il s'agit d'un régime qui limite les prérogatives d'exécution d'office de l'administration aux cas exceptionnels et qui restreint très précisément ces pouvoirs à l'exécution de l'acte⁵²⁷.

- en revanche, le système colombien est construit sur la plénitude des compétences administratives pour l'exécution des décisions de l'administration. L'acte administratif est exécutif, c'est-à-dire obligatoire, mais aussi exécutoire, ce qui signifie, dans le langage propre au droit colombien, (article 64 du Code du contentieux administratif) que l'administration dispose des moyens nécessaires pour forcer l'exécution⁵²⁸ ; en particulier, l'administration

de se souvenir de la formule du droit indien qui disposait « *qu'il soit obéi ; mais, pas accompli* ». Or, le nouveau C.P.C.A. dispose que dans ces hypothèses, l'acte n'est ni exécutif-obligatoire, ni exécutoire : art. 91 du C.P.C.A.

⁵¹⁹ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., *op. cit.*, p. 504.

⁵²⁰ HAURIUO a inclus dans les dernières éditions de son *Précis*, la possibilité d'exécution d'office, comme un élément propre de la décision exécutoire : « *c'est toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative (...) dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office* », Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., *op. cit.*, p. 373.

⁵²¹ Il est des décisions administratives non exécutoires, notamment la décision de refus d'une demande.

⁵²² Par exemple, pour le recouvrement des impôts, les comptables publics peuvent ordonner aux banques ou à tout autre détenteur, de verser au trésor public les impôts du contribuable récalcitrant, par le prononcé d'un acte appelé « *avis à tiers détenteur* » : art. L-262 et suiv. du livre des procédures fiscales.

⁵²³ T.c.f. 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just, Rec.*, p. 713.

⁵²⁴ « *La prérogative de l'action d'office consiste dans le pouvoir qui appartient à l'administration d'exécuter elle-même les décisions qu'elle prend, sans passer par l'intermédiaire d'un juge, et cela même que l'exécution de la décision intéresse des tiers* », Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, p. 361.

⁵²⁵ Jean ROMIEU, conclusions sur T.c.f. 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just, Rec.*, p. 713, *in D.* 1903, 3, p. 41.

⁵²⁶ C.E.f. 19 avril 1907, *Dame de Suremain, Rec.*, p. 348, concl. ROMIEU.

⁵²⁷ « *Cette règle générale s'impose pour garantir les particuliers contre les abus qu'entraînerait trop souvent l'exécution d'office* », C.E.f. 27 fév. 1903, *Olivier et Zimmermann, Rec.*, p. 180.

⁵²⁸ « *Le caractère exécutif signifie que l'acte est obligatoire, ainsi que l'acte administratif définitif est un titre juridique permettant l'exécution. En revanche, le caractère exécutoire consiste en la faculté qu'a l'administration de l'exécuter par elle-même. Il existe des cas où l'administratif ne dispose plus de la possibilité d'exécuter par elle-même les actes, nonobstant son caractère obligatoire* », Opinion dissidente du conseiller Mario MENDEZ à la Sentence C.E.c. Section 5, 7 déc. 1995, affaire n° 487, C.R. Mirén de la LOMBANA.

peut imposer des amendes successives, elle peut engager un tiers pour l'exécution des travaux dont la rémunération devra être payée par l'administré obligé et elle dispose de la force publique. Or, cela ne sera possible qu'après la résolution des recours administratifs, lorsque ceux-ci sont possibles et ont été exercés⁵²⁹. Par conséquent, l'exécution de l'acte, avant la résolution des recours, est considérée comme illégale, engageant la responsabilité de l'administration⁵³⁰. La seule possibilité pour l'administré pour faire opposition à l'exécution d'office consiste à faire valoir la « *perte de la force exécutoire* »⁵³¹ de l'acte administratif, en l'occurrence, par l'un des motifs prévus par le Code du contentieux administratif ou du Code de la procédure administrative et du contentieux administratif, notamment, lorsque le délai de cinq ans s'est écoulé sans que l'administration ait procédé à l'exécution de l'acte⁵³².

2. Le contentieux n'est pas interdit, mais remis

La présentation classique des prérogatives de puissance publique, notamment celle de la décision exécutoire, donne l'impression d'incompatibilité entre le contentieux et l'action administrative. L'administration mériterait pleinement la qualification d'« *active* ». Lorsque les administrés constatent l'illégalité de la décision, ils devront faire valoir ces moyens devant la juridiction. Le privilège de la décision préalable (a) laisserait entendre que la protection des administrés est confiée aux juges (b).

a. Le privilège de la décision préalable

Le schéma serait clair : à l'administration, l'action ; au juge, le contentieux. L'administration décide de façon préalable et le juge contrôle *a posteriori*. Le litige est ainsi considéré comme un élément perturbateur de l'action administrative qui est établie pour satisfaire à l'intérêt général. Dans cette logique, il serait risqué de permettre la paralysie de la machine administrative en raison des oppositions des particuliers⁵³³.

La fonction d'intérêt général impliquerait ainsi que l'administré ne puisse pas opposer une exception d'illégalité devant l'administration. La décision administrative est présumée légale ou, plus précisément, juridique, et cette présomption ne pourra être anéantie qu'à la suite d'un procès juridictionnel. En contrepartie, la décision administrative n'est pas

⁵²⁹ C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 26 août 1999, affaire n° 5.254 C.R. Manuel URUETA.

⁵³⁰ « Une situation différente consiste au fait que l'exécution de l'acte est illégale lorsqu'elle est faite, par exemple, sans attendre le caractère définitif de celui-ci. Dans ce cas, l'illégalité de l'exécution s'analyse individuellement et celle-ci ne concerne pas la légalité de l'acte administratif », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 22 avril 2004, affaire n° 5743, C.R. Camilo ARCINIEGAS. L'exécution irrégulière engage aussi la responsabilité de l'administration française : C.E.f. 21 juillet 1949, Wolff, *Rec.*, p. 614.

⁵³¹ Art. 92 C.P.A.C.A. (art. 66 du C.C.A.).

⁵³² Art. 91 n° 3 C.P.A.C.A.

⁵³³ « (...) on prétend éviter que l'activité administrative, qui est essentiellement dirigée à satisfaire les besoins publics, trouve des obstacles l'empêchant d'accomplir sa finalité. L'arrêt de l'activité administrative ne pourrait pas être justifié par l'opposition de l'administré. Celle-ci ne semble pas devoir être protégée au détriment de la communauté, sauf si son droit a déjà été reconnu », Antonio CANO, « Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa », *R.E.D.A.* n° 37, 1983, p. 211.

définitive⁵³⁴ : l'administré pourra se porter devant la juridiction afin de faire invalider l'acte⁵³⁵. C'est seulement à ce moment que l'on considère que le contentieux commence⁵³⁶. Or, la contestation juridictionnelle ne diminue pas le caractère obligatoire de l'acte administratif décisoire et, pour cela, la décision administrative, malgré la contestation juridictionnelle, ne peut pas être regardée comme une simple prétention de l'administration⁵³⁷.

Le symbole de ce schéma est la règle *solve et repete*, d'après laquelle, lorsque l'administration impose des obligations financières, notamment en matière d'impôts, l'administré ne pourra contester le bien-fondé ou le montant de l'obligation qu'après avoir payé la somme due dont il obtiendra, le cas échéant, le remboursement à la suite du procès : *solve* et ensuite *repete*. Cette règle qui est valable pour le droit français, ne l'est plus pour le droit colombien : ayant des antécédents dans le droit espagnol⁵³⁸, la règle *solve et repete* était prévue par l'article 140 du Code du contentieux administratif colombien. Mais, elle a été déclarée anticonstitutionnelle⁵³⁹ car elle constituait une limitation disproportionnée au droit d'accès à la justice qui serait réservée aux fortunés. Dès lors, les administrés devront seulement offrir des garanties du paiement au cas du rejet de leurs prétentions. Cependant, ils pourront acquitter la partie qu'ils considèrent comme juste, afin de ne pas avoir à payer des intérêts.

En droit français et colombien, la principale conséquence de la nature exécutoire de la décision administrative c'est le caractère non suspensif des recours juridictionnels, et non l'inverse⁵⁴⁰. « *Le recours au Conseil d'État n'aura point d'effet suspensif, s'il n'en est autrement ordonné* », disposait l'article 3 du décret du 22 juillet 1806. Cette règle prévue dans le droit français et colombien⁵⁴¹ implique que l'acte pourra être exécuté, malgré l'exercice d'un recours juridictionnel, sauf si la juridiction a prononcé la suspension des effets de l'acte par le prononcé d'une ordonnance du référé-suspension, pour le cas français, ou d'une ordonnance

⁵³⁴ « (...) on réserve pour l'administration le droit de prendre la première décision et on présume que celle-ci est valable et immédiatement exécutoire, mais, en même temps, on nie le caractère ultime ou définitif à cet acte, dans la mesure où il fera l'objet d'un jugement judiciaire », Luciano PAREJO et al, *Manual de derecho administrativo*, Ariel, Madrid, 1994, p. 443.

⁵³⁵ C.E.f. 13 janvier 1961, *Magnier, Rec.*, p. 33, *R.D.P.* 1961, p. 155, concl. FOURNIER.

⁵³⁶ L'activité administrative « doit être contrôlée par les juges du contentieux administratif, lorsque les conflits sont nés », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 103.

⁵³⁷ Le professeur colombien Libardo RODRIGUEZ affirme, en revanche, que l'acte administratif est une prétention : « (...) si l'administré n'est pas d'accord avec les prétentions de l'administration, c'est à lui que revient le devoir de se porter devant le juge », Libardo RODRIGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 16^e éd., *op. cit.*, p. 337.

⁵³⁸ « Le pouvoir judiciaire ne doit pas se mettre en action par l'action de la partie débitrice, sauf si celle-ci prouve qu'elle a déjà payé la quantité réclamée par le trésor public », décret du 27 juin 1822. Cf. Alfredo GALLEGU, *Poder y derecho*, *op. cit.*, p. 261.

⁵³⁹ C.S.J. Chambre constitutionnelle, Sentence n° 86, 25 juillet 1991, M.R. Simón RODRIGUEZ et Pablo CACERES.

⁵⁴⁰ Au contraire, le professeur RIVERO affirme que « le décret du 22 juillet 1806 fut sage en refusant de façon générale, dans son article 6, tout caractère suspensif au recours porté devant le Conseil d'État. Non que la décision s'imposât en logique : nul principe ne s'opposait, au temps de la justice retenue, à ce que le Roi, chef de l'administration, et ses héritiers arrêtassent le cours de l'action administrative », Jean RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *loc. cit.*, p. 825. Mais, ce n'est pas que le roi ou ses héritiers ne pouvaient pas arrêter le cours de l'action administrative, ce qui allait de soi, mais que les citoyens, par la voie d'un recours, ne pouvaient pas suspendre automatiquement la décision de l'autorité. En d'autres termes, l'acte du pouvoir est déjà exécutoire avant 1806. Or, si le décret de 1806 avait consacré le caractère suspensif des recours, cela aurait signifié le renversement du caractère exécutoire des actes administratifs.

⁵⁴¹ Art. L-4 du C.J.A. et art. 152 du C.C.A.

de suspension provisoire, pour le cas colombien⁵⁴².

b. La protection des administrés serait confiée aux juges

Le système original des prérogatives de puissance publique est construit sur une incompatibilité entre prérogatives de puissance publique et protection des administrés. Le commandement était caractérisé par l'absence des garanties pour l'administré⁵⁴³. Celles-ci sont aussi considérées comme un facteur de ralentissement de l'action administrative. La décision qui s'impose, la décision unilatérale, serait celle où l'administré ne prend pas parti. Il est assujéti et, par conséquent, n'est pas censé connaître les motifs de la décision⁵⁴⁴, pourtant obligatoire à son égard⁵⁴⁵. La machine administrative est puissante, efficace et secrète. « (...) *privée de tout droit de regard sur l'administration, ne connaissant rien des conditions d'élaboration des décisions qui les concernent, les administrés sont tenus de s'en remettre au bon plaisir de l'administration* »⁵⁴⁶.

L'administré est obligé de se porter devant le juge, non pas nécessairement pour contester l'acte, mais pour connaître les motifs de la décision. La décision est mise en cause et le débat contradictoire se nourrit par les arguments de la personne qui était, jusque-là, simple destinataire de l'action administrative. C'est alors devant le juge que l'administré trouve des garanties processuelles, confirmant par là une certaine incompatibilité entre la procédure et l'activité administrative⁵⁴⁷.

La compensation de la situation de l'administré se trouverait dans les pouvoirs d'annulation du juge⁵⁴⁸ : l'acte annulé sera retiré de l'ordonnancement juridique, de façon rétroactive, c'est-à-dire qu'il sera considéré comme n'étant jamais intervenu⁵⁴⁹. Néanmoins, en France, ces pouvoirs de correction des illégalités ne jouent pas dans tous les cas, notamment quant aux sanctions

⁵⁴² Le système colombien de suspension provisoire des actes administratifs est proche de celui du sursis à exécution, existant en France avant l'instauration du référé suspension (loi du 30 juin 2000, codifiée à l'art. L-521-1 du C.J.A.) ; mais, la décision n'est pas collégiale ; celle-ci prise par le conseiller rapporteur de l'affaire. Ainsi, de façon préliminaire il est décidé la suspension de l'acte – sursis-, lorsqu'un vice d'illégalité est évident et il apparaît à la simple lecture de l'acte. Pour le cas du recours de pleine juridiction (action de nullité et du rétablissement du droit), il devra être démontré, par ailleurs, que l'acte provoque des préjudices à l'administré : art. 152 du C.C.A.

⁵⁴³ Jean RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *loc. cit.*, p. 567.

⁵⁴⁴ En France, avant 1979, les actes administratifs ne sont motivés que si une loi a expressément imposé cette obligation.

⁵⁴⁵ « *L'unilatéralité était par ailleurs renforcée par le principe du secret qui gouvernait traditionnellement en France le déroulement des procédures administratives* », Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *loc. cit.*, p. 62.

⁵⁴⁶ Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *loc. cit.*, p. 62.

⁵⁴⁷ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁴⁸ Le juge français a été « *le pionnier mondial* » quant à l'annulation des actes de l'exécutif : Didier Truchet, *Droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, p.136.

⁵⁴⁹ C.E.f. 26 déc. 1925, *Rodière, Rec.*, p. 1065 ; *R.D.P.* 1926, p. 32, concl. CAHEN-SALVADOR ; S. 1925, 3, p. 39, note HAURIUO ; C.E.f. Sect. 25 juin 2001, *Soc. Toulouse football club, A.J.D.A.* 2001, p. 887, note SIMON. Pourtant, le juge français se reconnaît le pouvoir de moduler les effets de l'annulation, donnant au juge le pouvoir de « *déroger à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses* », C.E.f. 11 mai 2004, *Association A.C. ! et autres, G.A.J.A.* 18^e éd., n° 112. De son côté, le juge colombien ne se reconnaît que le pouvoir de conditionner la validité de l'acte à l'adoption de l'interprétation préconisée par le juge de l'annulation : C.E.c. Section 3, Sentence du 2 mai 2007, affaire n° 16257, C.R. Ruth CORREA. De même, il a décidé que l'annulation de l'élection des magistrats du Conseil national électoral ne prendrait effet qu'une fois que l'élection des nouveaux magistrats ait eu lieu : C.E.c. Section 5, Sentence du 6 oct. 2011, affaire n° 11001-03-28-000-2010-00120-00, C.R. Alberto YEPES.

contractuelles qui ne peuvent pas être annulées⁵⁵⁰, sauf par exemple, en matière de concession⁵⁵¹ et quant à la modification unilatérale du contrat⁵⁵². Dans ces cas, l'office du juge sera limité à ordonner la réparation des préjudices ; mais, il ne pourra pas faire disparaître l'acte. En droit colombien, l'annulation n'a pas ce genre de limitations⁵⁵³.

Les prérogatives de puissance publique sont établies pour garantir l'efficacité de l'action administrative. Dès lors, les garanties pour les administrés, en tant qu'élément d'alourdissement de l'action, ne seraient prévues que devant la juridiction. En réalité, l'évolution du droit administratif a permis la prévision des garanties pour les administrés, lors de la procédure administrative, et les prérogatives de puissance publique impliquent celle de la résolution des litiges.

B. Les prérogatives de puissance publique englobent la résolution des litiges

La dernière étape de l'évolution de l'activité contentieuse de l'administration est marquée par l'effacement de l'incompatibilité des prérogatives de puissance publique avec la protection des administrés, en dehors du contexte juridictionnel. De même, l'évolution serait celle de la preuve de la compatibilité de l'action administrative, munie des prérogatives de puissance publique, avec l'activité contentieuse. La protection des administrés est confiée à l'administration (1), ainsi que la fonction contentieuse est l'une des prérogatives (2) de la puissance publique.

1. La protection des administrés est confiée à l'administration

Même si la protection des administrés par la voie de la procédure administrative a connu, tant en France qu'en Colombie, un développement spectaculaire, grâce aux contraintes venues de l'extérieur du droit administratif *stricto sensu*⁵⁵⁴, les droits administratifs des deux États ont réalisé, par eux-mêmes, des progrès dans la processualisation de l'action administrative, en démontrant que l'exercice des prérogatives de puissance publique est compatible avec la protection des administrés.

Les prérogatives de puissance publique sont encadrées dans un ensemble de sujétions de plus en plus contraignantes en vue du rééquilibrage de la relation des administrés avec l'administration. Le respect du principe de légalité et des libertés fondamentales a mis en relief la différence entre un État de police et un État de droit⁵⁵⁵. Le contenu des contraintes de légalité de l'action administrative s'est développé dans les deux systèmes :

⁵⁵⁰ C.E.f. Sect. 10 mai 1963, *Soc. Coop. La Prospérité Fermière, Rec.*, p. 288, A.J.D.A. 1963, p. 344, chron. GENTOT et FOURRE ; R.D.P. 1963, p. 584, concl. BRAIBANT. C.E.f. Sect. 24 nov. 1972, *Soc. Des ateliers de nettoyage de Fontainebleau, Rec.*, p. 753. Cf. Philippe TERNEYRE, *Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs*, E.D.C.E. 1988, n° 39, p. 69.

⁵⁵¹ C.E.f. 20 janv. 1905, *Cie. Départ des eaux, Rec.*, p. 54, concl. ROMIEU.

⁵⁵² Cf. Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., op. cit., p. 362.

⁵⁵³ Par exemple, la résiliation du contrat pour faute du co-contractant (caducité) peut être l'objet d'annulation dans n'importe quel contrat : C.E.c. Sentence affaire n° 14431, C.R. María GIRALDO.

⁵⁵⁴ Notamment le droit constitutionnel et, pour le cas français, le droit européen des droits de l'homme.

⁵⁵⁵ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, Paris, 1995, p. 24

- en France, la jurisprudence administrative de l'après-guerre a pris en main la défense des administrés, par la formulation de principes généraux s'appliquant même sans texte⁵⁵⁶ et visant notamment à protéger les administrés de l'action punitive de l'administration⁵⁵⁷. De même, depuis les années 70, l'ouverture à la transparence administrative⁵⁵⁸ a démontré que le secret ne pouvait plus être considéré comme l'une des prérogatives de puissance publique⁵⁵⁹. De cette manière s'est amorcé un mouvement visant à améliorer les relations des administrés avec l'administration⁵⁶⁰ qui n'a pas débouché sur l'élaboration d'un véritable code administratif. De son côté, la jurisprudence a continué à formuler des principes jurisprudentiels qui non seulement limitent les prérogatives de puissance publique, mais commandent l'interprétation des pouvoirs de l'administration. Ainsi, est formulée l'obligation de précaution à l'égard de l'environnement ou de la santé publique⁵⁶¹, de même que la protection de la dignité humaine, comme l'une des missions et des sujétions de l'action administrative⁵⁶². Certes, la protection des administrés, permise par la procédure administrative non juridictionnelle, est encore une matière perfectible⁵⁶³. Toutefois, il n'est plus possible d'affirmer l'existence d'un certain « *monopole procédural de la juridiction* »⁵⁶⁴.

- en revanche, le droit administratif colombien n'a jamais été clairement fondé sur l'exclusion des garanties processuelles pendant la procédure administrative. La protection des administrés s'est constamment développée⁵⁶⁵ et la jurisprudence a consacré des principes de protection des administrés. L'article 29 de la Constitution colombienne de 1991 a expressément élargi le droit à la

⁵⁵⁶ René CHAPUS, « *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif* », *loc. cit.*, p. 99.

⁵⁵⁷ « *C'est la mise en cause des principes généraux du droit, d'abord sous le Régime de Vichy (...) qui expliquent l'officialisation des principes généraux du droit et l'apparition à leur propos d'une théorie juridique* », Bruno GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Encyclopédie Dalloz*, Contentieux administratif, n°532 à 536, 2004, p. 8.

⁵⁵⁸ Bruno LASSERRE *et al.*, *La transparence administrative*, P.U.F., Paris, 1987.

⁵⁵⁹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, consacrant la liberté d'accès aux documents administratifs. L'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 « *relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public* » a imposé la motivation pour des catégories d'actes administratifs. La loi du 27 janvier 1986 étend la motivation à d'autres actes administratifs.

⁵⁶⁰ Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 « *concernant les relations entre l'administration et les usagers* ». Cf. Jean-Marie AUBY, « L'administration et ses usagers. Le décret du 28 novembre 1983 », *A.J.D.A.* 1984, vol. 40 n° 3, p. 124-136 ; Herbert MAISL, Céline WIENER et Jean-Marie WOEHRLING, « L'administration et ses usagers. Un décret ne fait pas le printemps », *A.J.D.A.* 1984, vol. 40, n° 3, p. 137-148. Ce mouvement s'est poursuivi par la loi du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : Pierre FERRARI, « Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : commentaire général de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 », *A.J.D.A.* 2000, n° 6, p. 471.

⁵⁶¹ C.E.f. 25 Septembre 1998, *Ass. Greenpeace France*, req., n° 194348 ; Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le Conseil d'État et le principe de précaution », *D.A.* juin 1999, p. 4.

⁵⁶² Le respect de la dignité humaine fait partie de l'ordre public : C.E.f. Ass. 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Rec.*, p. 372. « (...) grâce à ce principe, s'opère une « transsubstantiation » de la personnalité juridique », Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz. 2003 p. 86. Le principe de la dignité humaine a inspiré la jurisprudence administrative et il a été appliqué même à l'égard du cadavre : C.E.f. Sect., 26 nov. 2008, *Syndicat mixte de la vallée de l'Oise - Commune de Fresnières - communauté de communes du pays des sources*, n° 301151,301180.

⁵⁶³ Cf. Olivier GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : la procédure administrative non contentieuse en droit comparé (Luxembourg, Belgique, France) », *loc. cit.*, p. 363.

⁵⁶⁴ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁶⁵ Le décret n° 01 du 2 janvier 1984, portant le Code du contentieux administratif régule aussi la procédure administrative générale. En développant l'art. 34 de la Const.c. de 1886, l'art. 17 consacre le droit d'accès aux documents administratifs, par la voie du droit de pétition d'information, l'obligation d'information de la part des autorités administratives (arts. 18-19) l'obligation de réponse aux pétitions (art. 35) dans un délai précis (art. 22), la motivation des actes administratifs (art. 39 et art. 59 motivation en matière des recours). Le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif (C.P.A.C.A), loi 1437 du 18 janvier 2011 régule davantage la procédure administrative : il reprend la régulation existante, tout en ajoutant, notamment, la régulation de la procédure de sanction : art. 47 C.P.A.C.A. et suiv.

procédure régulière du droit, jadis considéré comme un droit présent seulement devant les juridictions, à l'ensemble de l'action administrative⁵⁶⁶. Ainsi, la procédure administrative a bénéficié de la constitutionnalisation du droit administratif, notamment par l'efficacité directe des droits fondamentaux. La garantie effective des droits des administrés a été possible par le contrôle permanent des citoyens sur l'action administrative, exercé par la voie de l'action en « *tutela* » devant tous les juges de la République, prévue à l'article 86 de la Constitution⁵⁶⁷. Finalement, une interprétation constitutionnelle des prérogatives de puissance publique est, dès lors, obligatoire pour les autorités administratives⁵⁶⁸. Pour le juge constitutionnel, une prérogative de puissance publique n'est conforme à la Constitution que si elle cherche à satisfaire l'une des missions de l'État et la prérogative est proportionnelle à la mission qu'elle est censée permettre⁵⁶⁹.

La protection des administrés dans les deux États ne s'est pas bornée aux fonctions contentieuses de l'administration et cela s'est développé dans un cadre plus large de processualisation de l'activité administrative, par exemple, à l'égard des mesures relevant d'une certaine gravité ou prises en considération de la personne⁵⁷⁰ ou ayant des effets négatifs sur le patrimoine de la personne⁵⁷¹. La protection des administrés s'est aussi accompagnée de la participation des citoyens dans l'action administrative, visant à améliorer l'action administrative ou à la contrôler⁵⁷². D'autres formes d'acte se sont développées à partir notamment des procédures de consultation et d'enquête. Des procédures auditaires⁵⁷³ sont introduites là où la décision reste

⁵⁶⁶ « La procédure régulière du droit doit être respectée dans toutes procédures judiciaires et administratives (...) », art. 29 Const.c.

⁵⁶⁷ « Par l'action en tutela, toute personne pourra demander aux juges, en tout moment et en tout endroit, la protection de ses droits constitutionnels fondamentaux, lorsque ceux-ci soient méconnus ou menacés par l'action ou l'omission d'une autorité publique. Le procès de tutela sera bref et instruit avant tout autre procès en cours. Afin de protéger les droits fondamentaux, le juge pourra prononcer une injonction de faire ou de ne pas faire. La décision sera immédiatement exécutoire ; mais, elle pourra être contestée et, en tout état de cause, la Cour constitutionnelle pourra réaliser une révision d'office de la décision. Cette action n'est possible que lorsqu'il n'existe aucun autre moyen judiciaire de protection, sauf quand la tutela est exercée comme un moyen transitoire afin d'éviter un préjudice irréversible. La demande de tutela devra être décidée avant l'expiration du délai de dix jours. La loi déterminera les cas où il est possible d'exercer l'action en tutela à l'encontre des particuliers chargés d'un service public ou ceux dont son activité lèse de façon grave et directe l'intérêt collectif ou à l'encontre des particuliers se trouvant en état de subordination ou de vulnérabilité à l'égard d'un autre », art. 86 Const.c.

⁵⁶⁸ « Ce formidable privilège de l'administration relatif à la décision et à l'exécution de ses actes, continue d'être un privilège ; mais, celui-ci ne peut pas être arbitraire puisque l'administration n'est pas un fin en soi : elle est au service de la communauté », C.c.c. Sentence T-260-94, 1^{er} juin 1994, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁵⁶⁹ « (...) la légitimité d'un privilège public dépend du fait qu'il puisse servir à l'accomplissement d'une des finalités constitutionnelles de l'État. De plus, la configuration légale de la prérogative doit respecter le principe constitutionnel de la proportionnalité (Const.c. art. 5), d'après lequel la prérogative doit être utile et nécessaire à l'égard de la finalité poursuivie, de même que celle-ci ne doit pas mettre en péril des intérêts constitutionnels plus importants que celui qu'elle prétend satisfaire », C.c.c. Sentence C-539-99, 28 juillet 1999, M.R. Eduardo CIFUENTES. Ainsi, par exemple, l'interprétation unilatérale des contrats « n'est possible qu'avec la finalité d'assurer l'accomplissement d'un intérêt constitutionnel : « Les services publics sont inhérents à la finalité sociale de l'État. L'État doit assurer son fonctionnement efficient pour tous les habitants de la nation » (art. 265 Const.c.) », C.c.c. Sentence C-1514-00, 8 nov. 2000, M.R. Martha SACHICA.

⁵⁷⁰ Dans ce sens, le respect d'une procédure équitable est exigé lorsque la mesure aurait des effets négatifs sur le patrimoine de la personne : C.E.f. 24 juin 1949, *Nègre, Rec.*, p. 304 ; S. 1950, III, p. 67 ; D. 1949, p. 570, note J.G.

⁵⁷¹ C.E.D.H. 7 juillet 1989, *Tre Traktörer c/ Suède*, Série A, n° 159, § 43.

⁵⁷² Ces réformes désignent « (...) un schéma d'administration publique dont le contenu est beaucoup plus profond, agissant et actif », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, op. cit., p. 105.

⁵⁷³ L'expression est forgée par le professeur Olivier GOHIN pour qui « il convient de parler ici de l'exercice d'un droit d'être entendu (...) – on pourrait dire d'une procédure auditoire- », Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, op. cit., p. 54.

unilatérale⁵⁷⁴ : mais l'administré est entendu. Entourées des garanties, les prérogatives de puissance publique ne peuvent pas être considérées comme un privilège de l'administration.

2. La fonction contentieuse est l'une des prérogatives

Il est question ici de démontrer que l'exercice des prérogatives de puissance publique par l'administration n'emporte pas l'exclusion du contentieux, c'est-à-dire qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre les prérogatives et le contentieux. Pour arriver à cette conclusion, il est nécessaire de préciser, d'une part, que les prérogatives de puissance publique ne sont pas réservées à l'administration (a), et, d'autre part, que la résolution des litiges est l'une des prérogatives dont dispose l'administration (b).

a. Les prérogatives de puissance publique ne sont pas réservées à l'administration

La puissance publique n'est rien d'autre que le pouvoir dans sa forme publique⁵⁷⁵. Celui-ci se manifeste primordialement par la décision unilatérale qui n'est réservée ni à l'administration ni au pouvoir public en général⁵⁷⁶. La puissance privée, ou dans des termes plus adaptés, le pouvoir privé, se fonde par exemple sur le prestige, la crainte ou les moyens financiers.

La prétention des États démocratiques consiste en la monopolisation non de tous les pouvoirs, ce qui le ferait devenir totalitaire, mais des pouvoirs considérés comme méritant une décision publique à l'égard des intérêts qui ne sont pas nécessairement ceux des particuliers. C'est dans les mains de l'État que le pouvoir gagne une autre légitimité, notamment celle de l'intérêt général présent, par exemple, dans la justice. Or, le pouvoir public n'est pas réservé à l'administration⁵⁷⁷ : certes, l'administration concrétise le pouvoir de la façon la plus évidente à l'égard des citoyens, en raison de l'exécution directe des normes. Cependant, les prérogatives du pouvoir sont présentes dans les autres organes du pouvoir. Légiférer de façon générale et obligatoire⁵⁷⁸ est la manifestation maximale du pouvoir qui s'impose. Il s'agit d'une prérogative encore plus exorbitante que l'acte administratif individuel puisque la loi ou le règlement ne

⁵⁷⁴ « La diversification des formes d'action administrative ne suffit donc pas à modifier la structure profonde du droit administratif qui, construite sur le monopole de la contrainte, reste fondée sur l'unilatéralité », Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *loc. cit.*, p. 67.

⁵⁷⁵ « La puissance publique, est-ce une autre chose que la traduction, au plan administratif, de la réalité politique qu'est le Pouvoir ? Et l'on voit, dès lors, l'intérêt que présente cette notion : elle scelle l'unité de toutes les branches du droit public », Jean RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *R.D.P.* 1953, p. 287.

⁵⁷⁶ « Ce qu'il faut donc souligner, c'est combien il est faux de croire que l'acte unilatéral est fondamentalement étatique, ou, au moins, public. Il existe partout ; et, normalement, il disparaît de partout lorsque « la domination de l'homme sur l'homme » tend à s'effacer, ce qui est le cas aussi bien dans la famille que dans l'entreprise et ce qui caractérise d'abord l'État évoluant de l'autocratie vers la démocratie (...) », Georges DUPUIS, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 209.

⁵⁷⁷ Les particuliers peuvent être dépositaires des prérogatives de puissance publique : C.E.f. 31 juillet 1942, *Montpeurt, Rec.*, p. 239, S. 1942, 3, p. 37, concl. SEGALAT : C.C.C. Sentence C-558-01, 31 mai 2001, M.R. Jaime ARAUJO.

⁵⁷⁸ « De même, le législateur, en adoptant des textes qui s'imposent à tous sous peine de sanction, use de prérogatives spécifiques pour organiser la société entière », Aurélien ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, L.G.D.J., Paris, 2009, p. 11.

régulent pas les relations entre deux sujets, y compris les sujets publics ; mais, elle entraîne une régulation dont la portée s'étend à la société toute entière.

b. La résolution des litiges est l'une des prérogatives dont dispose l'administration

La résolution des litiges est une manifestation du pouvoir, c'est une prérogative qui n'est pas à l'origine étatique, mais qui est aujourd'hui concentrée, dans sa quasi-totalité⁵⁷⁹, dans le pouvoir public. Lorsque le juge tranche un litige, il ne fait qu'exercer une prérogative de puissance publique⁵⁸⁰. De même, l'administration dispose des prérogatives nécessaires pour l'accomplissement de leurs missions et, pour cela, elle exerce la prérogative contentieuse.

Reconnaître qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre les prérogatives de puissance publique et la fonction contentieuse⁵⁸¹, et que la résolution des litiges est l'une des prérogatives de puissance publique attribuée à l'administration, n'entraîne nullement un bouleversement de la théorie de l'action administrative : ce n'est pas une nouveauté. L'action administrative, munie des prérogatives, implique une plénitude des pouvoirs et, pour cela, l'administration n'est pas obligée de soumettre ses prétentions à la décision juridictionnelle. Lorsque l'administration décide, elle est portée à trancher des contestations qui ne sont pas mises de côté en attendant une réponse juridictionnelle. Ces prérogatives contentieuses appartiennent à l'administration à un point tel que quand l'administration demande ces mesures à la juridiction, le recours est considéré comme irrecevable, en raison du privilège du préalable⁵⁸². De même, la plénitude des compétences administratives dont découle la fonction contentieuse⁵⁸³, interdit à l'administrateur de surseoir à statuer⁵⁸⁴. Cela constituerait un excès de pouvoir, en raison de l'incompétence négative.

Néanmoins, une telle plénitude des compétences n'est pas absolue : mis à part les contrôles exercés sur l'action administrative, y compris l'action contentieuse, la résolution des litiges réalisée par l'administration partage la nature de l'action administrative puisque la

⁵⁷⁹ Le droit colombien autorise les particuliers à administrer exceptionnellement la justice, mais en tant que prérogative publique déléguée aux particuliers : art. 116 Const.c.

⁵⁸⁰ « (...) les prérogatives de puissance publique ne sont d'ailleurs pas réservées à l'exécutif. Le juge en tant qu'il a la possibilité d'émettre des décisions ayant force de vérité légale et susceptibles d'être exécutées par la contrainte bénéficie aussi du régime de la puissance publique », Georges VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », E.D.C.E. 1954, p. 43.

⁵⁸¹ « Le caractère disciplinaire ou obligatoire de la décision exécutoire n'empêche pas que par précaution, prévision et même, légalité, celle-ci puisse être révisée dans la voie administrative (« contrôle préventif de la décision ») (...) », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I. op. cit., p. 104.

⁵⁸² C.E.f. 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p. 9, note HAURIUO ; C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine*, Rec., p. 338, concl. CHARDEAU ; A.J.D.A. 1956, II, p. 312, concl. CHARDEAU et p. 398 chron. FOURNIER et BRAIBANT ; R.D.P. 1957, p. 296, note WALINE.

⁵⁸³ Feliciano BENVENUTI, « Autotutela », in *Enc. Dir.* IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 539-540.

⁵⁸⁴ « (...) c'est seulement les organismes ayant un caractère juridictionnel qui peuvent surseoir à statuer jusqu'à solution par le juge compétent d'une question préjudicielle. Les autorités administratives, les organismes ayant un caractère administratif ne peuvent pas refuser de prendre une décision tant qu'une juridiction n'aura pas statué sur une question dont le sens de cette décision dépend. La règle est absolue et sans exception : une autorité administrative commet un excès de pouvoir lorsqu'elle prétend subordonner sa décision à la solution par une juridiction d'une question préjudicielle (S. 10 juillet 1954, *dame Flament*, p. 479 ; 4 octobre 1961, *Pozniakoff*, p. 532 ; 9 octobre 1964, *ministre des Finances c/ dame veuve Martzolf*, p/ 458) », Raymond ODENT, *Contentieux Administratif*, t. I, Dalloz, Paris, 2007, p. 116-117.

prérogative du préalable en matière contentieuse n'emporte pas une résolution définitive ou ayant des effets de chose jugée⁵⁸⁵.

La théorie des prérogatives de puissance publique dont dispose l'administration suppose que celles-ci sont établies pour faire marcher l'action administrative sans interruptions. Dans cette logique, le contentieux serait incompatible avec l'action administrative. Le litige ne serait possible qu'ultérieurement devant une instance juridictionnelle. Cela ne constitue qu'une vision déformée de l'action administrative : il est vrai que l'administration dispose des moyens pour exercer son activité ; mais, l'un de ces instruments consiste en la résolution des litiges. Le contrôle administratif est conçu comme un mécanisme non contentieux.

§ 2. *Le contrôle administratif*

Comme contrepartie aux prérogatives de puissance publique, il existe des contrôles de l'activité administrative. Le système juridictionnel est montré comme le seul contrôle possible et suffisant de l'administration. Néanmoins, l'administration dispose d'instruments immédiats pour s'autocontrôler. Le contrôle administratif serait constitué par des instruments non contentieux (**A**), alors qu'il existe des éléments contentieux de ce contrôle (**B**).

A. Des instruments qui seraient non contentieux

Dans la mesure où le contentieux serait considéré comme nécessairement juridictionnel, l'activité administrative de contrôle ne pourrait être regardée que comme un ensemble de mécanismes ayant une structure et une motivation non contentieuse. Le contrôle sur les actes et sur les personnes (1) qu'exerce l'administration, elle-même, serait motivé par l'intérêt primordial de l'administration (2).

1. Le contrôle sur les actes et sur les personnes

Le contrôle administratif est une fonction veillant à la mise en pratique des principes de légalité⁵⁸⁶ et de responsabilité⁵⁸⁷ par l'utilisation d'un ensemble de mécanismes⁵⁸⁸ nouant

⁵⁸⁵ « L'activité administrative s'exerce toujours dans le contexte de la réalisation des normes juridiques et elle n'emporte pas la résolution définitive des contentieux puisque les organes juridictionnels, qui sont ultérieurement saisis, peuvent examiner le fond de l'affaire », Fernando LOPEZ, « Limites constitucionales de la autotutela administrativa », R.A.P. n° 115, janv-avril, 1985, p. 60.

⁵⁸⁶ Le contrôle a « essentiellement pour but de repérer, corriger et éventuellement sanctionner les écarts enregistrés par rapport à ces normes », Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, 3^e éd., P.U.F. Paris, 2002, p. 545.

⁵⁸⁷ « (...) tout devoir postule une sanction : contre les actes, ce sera le refus d'approbation, l'annulation ou la réformation, et contre les personnes le blâme, la suspension ou la révocation », Prosper MOLLINET, *Le pouvoir hiérarchique*, op. cit., p. 16.

⁵⁸⁸ Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^e éd., op. cit., p. 491.

un « *rapport entre deux autorités de rang inégal* »⁵⁸⁹ : l'une agit et l'autre la contrôle. Le contrôle constitue la sanction des devoirs juridiques dont le respect de la légalité ; mais, il s'opposerait au contentieux exclusivement juridictionnel⁵⁹⁰.

Le contrôle juridictionnel a longtemps été considéré comme suffisant. C'est pour cette raison que l'autocontrôle administratif n'a été étudié qu'une fois mis en doute le modèle « *très "classique" du droit administratif* »⁵⁹¹. Nonobstant cet écart, l'autocontrôle est la forme la plus naturelle⁵⁹² de garantie de l'adéquation de l'action administrative aux normes. Ainsi, la structure hiérarchisée de l'administration française⁵⁹³ et colombienne⁵⁹⁴ détermine l'existence de liens directs de commandement et d'obéissance⁵⁹⁵ entre des fonctionnaires placés à différents niveaux. À cet égard, la hiérarchie implique deux types de contrôle : l'un concerne les compétences des fonctionnaires subordonnés, consistant dans les prérogatives de substitution, d'évocation, de réformation et d'annulation. L'autre pouvoir s'exerce à l'égard du fonctionnaire sous sa hiérarchie, consistant en un pouvoir d'instruction et de sanction disciplinaire. En droit français, le contrôle hiérarchique existe de plein droit⁵⁹⁶, contrairement au contrôle de tutelle qui doit être prévu expressément pour pouvoir être exercé.

Lorsque des mécanismes de décentralisation sont mis en place, la relation hiérarchique est alors remplacée par la tutelle, régulant les relations entre deux personnes juridiques caractérisées par l'autonomie. L'autorité de tutelle conserve des moyens de contrôle, tels que l'approbation, la substitution ou l'annulation ; mais, elle ne dispose d'aucun pouvoir disciplinaire vis-à-vis de l'autre personne juridique. Néanmoins, le contrôle de tutelle n'existe formellement ni en France ni en Colombie : en France, aucune collectivité territoriale ne peut exercer tutelle sur une autre⁵⁹⁷ ; celle-ci n'est possible qu'entre l'État et les collectivités territoriales. Mais, la loi de décentralisation du 2 mars 1982 a supprimé le terme tutelle administrative pour nommer le contrôle du représentant de l'État sur les collectivités territoriales, tout en prévoyant des mécanismes de tutelle consistant en un pouvoir de substitution⁵⁹⁸ en cas d'inaction dans de cas prévus par la loi⁵⁹⁹, notamment en matière d'ordre

⁵⁸⁹ Olivier GOHIN, *Institutions administratives*, op. cit., p. 82.

⁵⁹⁰ « Parmi ces contrôles, (sic) les uns se réalisent par l'intervention des pouvoirs hiérarchiques et de tutelle, les autres par intervention de la fonction juridictionnelle. Dans ce dernier cas, on se trouve en présence d'un contrôle qui est matériellement d'ordre juridictionnel. Il s'oppose aux autres contrôles qui eux sont matériellement d'ordre administratif, car les pouvoirs hiérarchique et de tutelle sont des pouvoirs de la fonction administrative », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 5.

⁵⁹¹ Jean WALINE, « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *R.D.P.* 1984, p.1332.

⁵⁹² Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^e éd., op. cit., p. 492.

⁵⁹³ La centralisation et la hiérarchie constituent les traits caractéristiques de l'administration dite « napoléonienne », Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I., op. cit., p.128.

⁵⁹⁴ L'art. 38 de la loi 489 de 1998 dispose notamment l'existence d'une administration centralisée, liée par des rapports de hiérarchie.

⁵⁹⁵ « La hiérarchie signifie donc les rapports de commandement et d'obéissance qui réunissent les fonctionnaires du même ordre ou du même corps », Prosper MOLLIET, *Le pouvoir hiérarchique*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1909, p. 5.

⁵⁹⁶ C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec., p. 413 ; *D.* 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; *S.* 1951, 3, p. 85, note AUBY.

⁵⁹⁷ Le cinquième alinéa de l'article 72 de la Const.f. dispose qu'« Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre ». De même, l'article L-1111-3 du Code général des collectivités territoriales dispose que « La répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles ». Cf. C.c.f. Décision n° 2010-618 DC, 9 déc. 2010, § 22.

⁵⁹⁸ Le pouvoir de substitution est un mécanisme typique de la tutelle : « Considérant que les dispositions critiquées ne confient pas à la région le pouvoir de substituer ses décisions à celles du département ou de s'opposer à ces

public⁶⁰⁰. L'instruction et la substitution⁶⁰¹ sont prévues dans des relations entre ces personnes juridiques afin de maintenir un contrôle beaucoup plus direct à l'égard de certaines matières sensibles.

La collectivité territoriale est obligée de transmettre au préfet certains actes qu'elle a pris⁶⁰², afin que celui-ci puisse, le cas échéant, les déférer au tribunal administratif et demander le sursis à exécution. Les actes administratifs ne sont exécutoires qu'après leur transmission au préfet et ce contrôle est considéré nécessaire pour garantir l'unité nationale⁶⁰³. Le contrôle du préfet est exercé par la saisine juridictionnelle sous la forme du déféré préfectoral, en excluant, par là, tout contrôle d'opportunité⁶⁰⁴.

Le droit colombien ne prévoit aucun type de contrôle des autorités du niveau central à l'égard des collectivités territoriales et cela, dans un État unitaire, d'après l'article 1 de la Constitution⁶⁰⁵. Les collectivités territoriales sont constitutionnellement autonomes⁶⁰⁶, ce qui ne signifie pas, en droit colombien, l'existence d'un régime fédéral. Cela est possible en raison de l'unité législative, car les collectivités territoriales ne disposent pas du pouvoir législatif. La portée de l'autonomie des collectivités territoriales est clairement déterminée par la Constitution⁶⁰⁷. Les décisions des maires (*alcaldes*) ne sont pas l'objet d'un recours hiérarchique devant le gouverneur⁶⁰⁸. Néanmoins, en matière d'ordre public et d'exécution de la politique économique de l'État, les autorités territoriales sont considérées comme subordonnées à l'autorité centrale (articles 303⁶⁰⁹ et 315⁶¹⁰ de la Constitution colombienne).

dernières ni celui de contrôler l'exercice de ses compétences ; que, par suite, elles n'instituent pas une tutelle de la région sur le département », C.c.f. Décision n° 2010-618 DC, 9 déc. 2010, § 22, *J.O.* 17 décembre 2010, p. 22181.

⁵⁹⁹ C.c.f. Décision n° 87-241 DC, 19 janv. 1988, *Rec.*, p. 31 ; C.c.f. Décision n° 82-149 DC, 28 déc. 1982, *Rec.*, p. 76.

⁶⁰⁰ Article L. 2131-5 du Code général des collectivités territoriales. C.c.f. Décision n° 82-149 DC, 28 déc. 1982, *Rec.*, p. 76.

⁶⁰¹ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 18^e éd., L.G.D.J. 2005, p. 190.

⁶⁰² Le nombre d'actes dont la transmission au préfet est obligatoire a été réduit par la loi du 13 août 2004.

⁶⁰³ C.c.f. Décision n° 82-137 DC, 25 fév. 1982, *Rec.*, p. 38. Dans une décision ultérieure, le Conseil constitutionnel n'a plus conditionné la constitutionnalité de la norme à la suspension du caractère exécutoire de l'acte jusqu'à sa transmission au préfet : C.c.f. Décision n° 2004-490 DC, 12 fév. 2004, §110, *J.O.* 2 mars 2004, 4227.

⁶⁰⁴ Cf. Olivier GOHIN, *Institutions administratives*, 5^e éd., *op. cit.*, p. 749 ; Jean-Marie AUBY et Jean-Bernard AUBY, *Institutions administratives*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 1991, p. 159.

⁶⁰⁵ « Article 1^o. La Colombie est un État social de droit, organisé en tant qu'État unitaire, décentralisé, avec autonomie des collectivités territoriales, démocratique, participatif, pluraliste, fondé sur le respect de la dignité humaine, le travail et la solidarité des personnes, ainsi que dans la primauté de l'intérêt général ».

⁶⁰⁶ Le contrôle de tutelle qu'exerçaient les gouverneurs à l'égard des alcaldes a disparu avec l'acte de réforme de la Constitution n° 01 de 1986, disposant l'élection démocratique des maires.

⁶⁰⁷ L'article 287 de la Const.c. dispose que les collectivités territoriales disposent de l'autonomie administrative et fiscale. Celles-ci sont administrées par des élus, leurs ressources sont propres et elles reçoivent une partie des ressources de l'État. Cf. Jaime SANTOFIMIO et Sandra MORELLI, *El centralismo en la nueva Constitución colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1992.

⁶⁰⁸ Un tel recours est contraire à la Constitution : C.c.c. Sentence C-643-99, 1^{er} septembre 1999, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁶⁰⁹ « Il y aura un gouverneur dans chaque département. Celui-ci sera le chef de l'administration du département et son représentant. Le gouverneur est agent du Président de la République en matière d'ordre public, ainsi que pour l'exécution de la politique économique nationale et pour les matières qui sont l'objet d'une convention entre l'État et le département. Les gouverneurs sont élus pour des périodes de quatre ans, ne pouvant pas être réélus pour la période suivante (...) », art. 303 Const.c.

⁶¹⁰ « Ce sont des fonctions du maire : 1. Respecter et faire respecter la Constitution, la loi, les décrets, les ordonnances départementales et les actes du conseil municipal. 2. Maintenir l'ordre public dans la commune conformément à la loi et aux instructions et ordres donnés par le Président de la République et le gouverneur. Le maire est la première autorité de police de la commune. (...) », art. 315 Const.c.

Reconnaître l'existence de l'autocontrôle administratif n'emporte pas, pour autant, la reconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration : le contrôle sur les actes et sur les personnes n'est pas conçu comme instrument contentieux, mais comme un mécanisme de protection de l'intérêt de l'administration⁶¹¹.

2. L'intérêt primordial de l'administration

Les mécanismes du contrôle administratif permettant à l'administration de « *se remettre en cause par une réflexion prospective sur son action* »⁶¹², sont conçus de prime abord, comme établis pour l'intérêt de l'administration elle-même. Cette réflexion propre à l'autocontrôle⁶¹³ cherche à améliorer le service⁶¹⁴, à repérer les problèmes dans l'activité administrative afin de proposer des réformes nécessaires. Dès lors, le contrôle est identifié comme un moyen d'efficacité et d'amélioration de la gestion. Le contrôle exercé sur les actes et sur les personnes se concrétise par un examen ultérieur ayant pour objet la vérification de la compatibilité des actes et de l'action des personnes, avec les normes et les instructions administratives. Grâce au contrôle, l'administration agit de façon cohérente et les instructions sont respectées. Le pouvoir politique voit dans ces mécanismes, les moyens de garantir l'exécution de sa politique⁶¹⁵.

De plus, d'un point de vue juridique, le contrôle administratif vise à lutter contre l'abus des prérogatives de puissance publique en garantissant, « *l'équilibre du droit administratif* »⁶¹⁶. Le contrôle constitue ainsi un « *contrepois* »⁶¹⁷ aux prérogatives. Toutefois, le recours éventuel de l'administré n'agirait que comme une collaboration à l'administration, c'est-à-dire que l'administré ne déclenche pas, *stricto sensu*, un débat contentieux. L'acte de l'administré ne serait qu'une invitation pour que l'administration déclenche un contrôle fermé⁶¹⁸ non contentieux⁶¹⁹. De ce point de vue, les recours administratifs ne seraient que des pétitions

⁶¹¹ « *Mis à part la solution concernant la prorogation du délai du recours contentieux qui a rendu possible un préalable administratif de règlement, les recours apparaissent surtout comme un instrument de contrôle interne de l'administration (autocontrôle ou contrôle par le supérieur ou le tuteur)* », Jean-Marie AUBY, « *Autorités administratives et autorités juridictionnelles* », *loc. cit.*, p. 98.

⁶¹² Jean WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 505.

⁶¹³ « *L'administration publique étant une organisation consciente et réfléchie, contrôle ses propres actes* », Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 3^e éd., Larose, Paris, 1896, p. 275.

⁶¹⁴ Jean WALINE, *Droit administratif*, 22^e éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 503.

⁶¹⁵ « *Le pouvoir politique a besoin que l'administration fonctionne correctement, même, et l'on pourrait presque dire surtout, si c'est un pouvoir autoritaire. C'est une idée que Napoléon avait bien comprise* », Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 491.

⁶¹⁶ Jean WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 504.

⁶¹⁷ Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 389.

⁶¹⁸ « *La procédure d'élaboration de la décision administrative, tant réglementaire qu'individuelle, peut s'inspirer de deux schémas opposés : la décision juridictionnelle, ou la décision militaire. On peut la concevoir comme le terme d'un processus d'élaboration contradictoire(...) On peut aussi la concevoir comme le résultat d'une conférence d'état-major (...)* », Jean RIVERO, « *Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits* », *loc. cit.*, p. 567.

⁶¹⁹ « *La procédure administrative a maintenu, dans l'ensemble, un profil plus "autoritaire"* », Giovanni BOGNETI, *La divisione dei poteri*, *op. cit.*, p. 64.

adressées à l'administration afin qu'elle mette en œuvre ses pouvoirs propres⁶²⁰ de contrôle⁶²¹. La fonction des recours administratifs consisterait seulement à donner aux administrés la possibilité d'informer l'administration sur une éventuelle illégalité⁶²², et de s'immiscer ainsi dans les contrôles administratifs⁶²³. De surcroît, l'administré n'aurait aucune garantie que sa pétition sera examinée ou que l'autorité supérieure donnera une suite au recours. Le recours hiérarchique est alors conçu comme un appel à l'autorité mieux informée qui est établi dans l'intérêt d'uniformiser la position de l'administration⁶²⁴. Les recours administratifs ne seraient, par conséquent, que la partie finale de la procédure administrative d'élaboration de l'acte administratif⁶²⁵ ainsi qu'un mécanisme d'appui au contrôle administratif : « *La notion de recours administratif est ainsi en quelque sorte absorbée par celle de contrôle administratif* »⁶²⁶.

Il existe des cas où le contrôle est presque inaccessible à l'action des administrés, comme les services d'inspection en France (par exemple, l'Inspection générale des finances) où l'administré n'a pas de participation. L'auto-saisine est un instrument typique du contrôle administratif et celle-ci reste la règle, même lorsqu'un administré adresse une pétition visant à faire déclencher une procédure disciplinaire puisque « *le supérieur est juge souverain de l'opportunité d'une sanction et du choix de cette dernière* »⁶²⁷. En outre, l'emprise de la logique du contrôle administratif sur les recours administratifs ainsi que sur les réclamations pouvant donner lieu à des sanctions détermine, en principe, l'inexistence de garanties contentieuses en faveur de l'administré qui a demandé le contrôle. Or, lorsque des garanties sont reconnues, par exemple par la prévision des procédures auditaires, celles-ci ne sont pas présentées comme l'un des droits de la défense, mais comme des moyens permettant d'exercer un contrôle citoyen de l'action administrative et, particulièrement, de contrôler la décision qui lui serait imposée⁶²⁸.

Cette présentation non contentieuse du contrôle administratif devra être tempérée par l'existence des éléments contentieux qui sont présents dans le contrôle administratif.

⁶²⁰ Le recours hiérarchique « (...) tend à ce que soit mis en œuvre le pouvoir du supérieur sur l'inférieur », Henry PUGET et Georges MALEVILLE, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *loc. cit.*, p. 113.

⁶²¹ « C'est alors l'administré qui va déclencher le contrôle », Jean WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 506.

⁶²² « Le droit de recours administratif ne serait donc destiné, au moyen des pétitions adressées à l'administration, qu'à assurer l'information adéquate de l'autorité supérieure et à une meilleure exécution du service public », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, op. cit.*, p. 124.

⁶²³ « Les administrés ont toujours eu le droit de s'immiscer dans ces contrôles par des réclamations, ainsi ils ont toujours eu le droit de former des recours hiérarchiques », Jean WALINE, « Évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *R.D.P.* 1984, p. 1331.

⁶²⁴ Ces mécanismes visent à garantir « l'unité du système administratif », Olivier GOHIN, *Institutions administratives, op. cit.*, p. 81.

⁶²⁵ Jaime VIDAL, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 305.

⁶²⁶ Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, op. cit.*, p. 124.

⁶²⁷ Prosper MOLLIET, *Le pouvoir hiérarchique, op. cit.*, p. 252. Sur l'opportunité de sanctionner : C.E.f. Ass. 27 mai 1955, *Deleuze, Leb.*, p. 296.

⁶²⁸ « (...) on peut ranger, dans la catégorie des contrôles, le jeu de certaines règles de procédure administrative (...) Un certain nombre de ces règles de procédure non contentieuse ont pour objet de faciliter, d'une certaine manière, le contrôle des citoyens ou des administrés sur le fonctionnement de l'administration (...) Les procédures contradictoires ont le même objet. Elles permettent à celui qui est menacé d'une sanction d'intervenir au cours de la procédure et, dans une certaine mesure, de la contrôler », Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif français, op. cit.*, p. 492-493.

B. Les éléments contentieux du contrôle administratif

Accepter l'existence d'éléments contentieux⁶²⁹ dans le contrôle administratif ne signifie pas un bouleversement de ces mécanismes, mais l'acceptation du fait que l'autocontrôle peut aussi remplir des fonctions contentieuses, tout en respectant des garanties processuelles. L'évolution de l'activité contentieuse de l'administration a démontré que le contrôle est compatible avec la fonction contentieuse (1), même si celui-ci n'est pas toujours contentieux (2).

1. Le contrôle est compatible avec la fonction contentieuse

Il est vrai que le contrôle dispose d'une structure d'office, fermée en principe à l'intervention des administrés, hormis de simples pétitions qui ne sauraient pas être interdites⁶³⁰. Mais, le caractère d'office du contrôle n'est pas absolu, ce qui permet d'identifier des fonctions contentieuses dans l'activité d'autocontrôle administratif. Cela implique nécessairement la prévision de véritables mécanismes de déclenchement du contrôle de la part des administrés, mais aussi le renforcement de la position du plaignant ou de l'auteur du recours tout au long de la procédure contentieuse de contrôle. La fonction contentieuse du contrôle serait reconnue même dans les cas où les poursuites sont déclenchées d'office, dans la mesure où le fonctionnaire mis en cause est appelé à exercer ses droits de la défense et que la décision n'est prise qu'à la suite de la discussion.

Le droit disciplinaire colombien montre l'un des cas de la matérialisation de la fonction contentieuse du contrôle : les citoyens ont la possibilité⁶³¹ de présenter des réclamations contre les fonctionnaires publics devant le supérieur hiérarchique du fonctionnaire ainsi qu'auprès des autorités du contrôle interne de chaque autorité administrative ou devant la Procuraduría qui dispose d'un pouvoir préférentiel en matière disciplinaire à l'égard de tous les fonctionnaires de n'importe quel niveau⁶³². Devant tous les organes disposant du pouvoir disciplinaire, le fonctionnaire mis en cause dispose des garanties de la procédure régulière du droit même s'il ne s'agit pas d'une juridiction disciplinaire, mais des autorités

⁶²⁹ Maurice HAURIU, *Les éléments du contentieux*, op. cit., p. 8.

⁶³⁰ « (...) seul le supérieur hiérarchique, à une exception près, peut déclencher les poursuites disciplinaires – alors que l'administré peut déclencher la répression pénale- », Jean WALINE, *Droit administratif*, op. cit., p. 508 ; « Ceci reste une prérogative du supérieur hiérarchique qui est toujours libre de l'opportunité des poursuites », Jean WALINE, « L'évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », loc. cit., p. 1339.

⁶³¹ L'art. 95 de la Const.c. sur les devoirs des citoyens prévoit celui de collaborer avec le bon fonctionnement de l'administration de la justice ; mais, non ainsi à l'égard de l'administration.

⁶³² « POUVOIR DISCIPLINAIRE PREFERENTIEL. La Procuraduría générale de la nation dispose d'un pouvoir disciplinaire préférentiel pour déclencher, poursuivre ou renvoyer toute enquête ou procédure de la compétence des organes du contrôle disciplinaire interne de chaque autorité publique. De même, elle pourra reprendre le procès dans la deuxième instance. En raison de cette prérogative, par une décision motivée, d'office ou par la demande d'une personne, la procuraduría pourra assumer la connaissance des affaires qui sont examinées dans les bureaux de contrôle interne disciplinaire. (...) », art. 3 loi 734 du 5 fév. 2002, Code disciplinaire unique (C.D.U.).

administratives⁶³³ ; le plaignant est appelé à apporter des éléments au soutien de sa réclamation.

Les recours administratifs, notamment le recours hiérarchique, permettent le contrôle exercé par l'administration elle-même sur les actes, garantissant non seulement la juridicité des décisions des inférieurs, mais aussi l'unité des politiques administratives. Or, en droit français, les recours spéciaux⁶³⁴ qui sont souvent obligatoires⁶³⁵, prévus dans des textes spéciaux et faisant exception à la règle du caractère facultatif des recours administratifs⁶³⁶, matérialisent une fonction contentieuse. Le régime juridique qui entoure la décision de ces recours, place l'autorité administrative dans une situation de règlement du litige. Le contentieux se matérialise devant l'autorité administrative par une procédure où les droits processuels du requérant sont garantis. Le contentieux fiscal reste, à cet égard, l'exemple-phare d'une procédure administrative de règlement des litiges, tout en restant un moyen d'autocontrôle administratif⁶³⁷.

La relation du contrôle administratif avec la fonction contentieuse est, néanmoins, problématique. D'un côté, la fonction contentieuse du contrôle implique une dérogation de la maîtrise, par l'administration du pouvoir du déclenchement des poursuites, ainsi que de la suite à donner aux réclamations : en principe, la fonction contentieuse ne serait effective que dans la mesure où le fonctionnaire saisi d'un recours administratif ou d'une réclamation serait obligé de l'instruire et d'examiner sérieusement l'affaire. Dans cette mesure, l'administré abandonne sa position de collaborateur de l'administration pour devenir un sujet de droits processuels qui dispose de la possibilité d'intervenir efficacement pendant la procédure. D'un autre côté, les pouvoirs d'auto-saisine, symbole du contrôle administratif d'office, pourraient être considérés comme un obstacle à l'impartialité de l'autorité contentieuse⁶³⁸ en raison d'un éventuel préjugé acquis par l'auto-saisine. Néanmoins, la fonction contentieuse du contrôle administratif ne pourrait pas anéantir les prérogatives de l'autocontrôle et, par conséquent, l'acceptation de la fonction contentieuse des mécanismes du contrôle administratif implique une impartialité différente de celle des juridictions. Il s'agit de l'impartialité exigée de toute autorité administrative, concernant en l'absence de parti pris dans l'affaire⁶³⁹.

⁶³³ « (...) il est vrai que la Procuraduría générale de la Nation est un organe de contrôle, indépendant et autonome ; mais, il s'agit d'un organe à caractère administratif », C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA.

⁶³⁴ C'est-à-dire, les recours qui sont expressément prévus par une norme et dont le régime juridique les différencie des recours administratifs ordinaires qui existent même sans texte et qui se caractérisent par l'absence d'un véritable régime juridique.

⁶³⁵ « (...) il ne suffit pas, à notre avis, qu'un texte ait prévu la possibilité de saisir une instance administrative ; il faut aussi qu'il l'ait organisée de telle sorte que cette procédure apparaisse soit comme la modalité normale d'élaboration d'une décision administrative, soit, ou en même temps, comme un véritable précontentieux destiné à donner des garanties particulières aux administrés » Conclusions BACQUET sur C.E.f. 1^{er} fév. 1980 *Min. de la santé c./ Clinique Ambroise Paré, Rec.*, p. 62 ; *R.D.S.S.* 1980, p. 359.

⁶³⁶ C.E.f. Sec. 15 fév. 1935, *Bladanet, Rec.*, p. 201 ; C.E.f. 3 mars 1944, *Société pour la fabrication d'aliments composés pour le bétail, Rec.*, p. 75.

⁶³⁷ La réclamation préalable en matière d'impôt a été établie par la loi du 27 décembre 1927 pour les impôts directs et étendue par loi 27 déc 1963. Celle-ci est aujourd'hui prévue par l'article L-281 du L.P.F.

⁶³⁸ Cf. C.E.D.H. 11 juin 2009, *Dubus c/ France*, req. n° 5242/04.

⁶³⁹ Sauf dans le cas où l'exigence d'impartialité objective ou fonctionnelle est commandée par les exigences de la jurisprudence relative au droit au procès équitable, donnant lieu à des séparations organiques des différentes étapes dans la procédure donnant lieu à une sanction.

L'acceptation de la fonction contentieuse des mécanismes de contrôle n'empêche pas l'abandon de l'une des deux fonctions, d'autocontrôle et contentieuse, en faveur de l'autre. La résolution des litiges qui est réalisée dans une procédure de contrôle cherche, en même temps, à garantir la légalité, la responsabilité et la discipline administratives. De surcroît, lorsque les mécanismes de contrôle sont ouverts aux administrés, les réclamations sont sérieusement examinées et la procédure inclut l'administré, tout en garantissant les droits processuels du fonctionnaire mis en cause, la fonction contentieuse de l'administration contribue à l'amélioration de l'efficacité de la fonction de contrôle.

2. Le contrôle n'est pas toujours contentieux

Même si l'étude du contrôle administratif a éclipsé l'activité contentieuse présente dans les recours administratifs et dans les sanctions disciplinaires, la reconnaissance des mécanismes contentieux de contrôle ne saurait comprendre tout le contrôle administratif. En réalité, le contrôle administratif conserve son essence non contentieuse. Ainsi, lorsqu'une autorité supérieure révisé d'office la légalité d'un acte administratif adopté par une autorité subordonnée, le mécanisme ne saurait être contentieux. Le subordonné ne plaide pas la légalité de l'acte devant le supérieur qui a donné des instructions concernant ces actes. D'ailleurs, l'absence de réclamation est une caractéristique du contrôle administratif, qui le différencie du contrôle juridictionnel⁶⁴⁰.

Le contrôle administratif décrit une réalité beaucoup plus large que celle de l'activité contentieuse de l'administration. Ainsi, l'examen de l'opportunité des décisions échappe au contentieux et relève exclusivement du contrôle. Par conséquent, lorsque les recours administratifs sont fondés exclusivement sur des motifs d'opportunité ou de convenance ou lorsque le requérant présente des raisons d'équité, le recours n'entame pas un contrôle contentieux, mais un véritable appel à la grâce administrative, ce sont des recours administratifs non contentieux : « *Ces recours sont l'expression du traditionnel droit de plainte aux autorités publiques : appels à la bienveillance des autorités administratives* »⁶⁴¹. Tel est notamment le cas de la juridiction gracieuse en matière fiscale consistant en l'autorisation donnée aux autorités administratives d'accorder des remises ou des abandons de créances fiscales pour des raisons liées à l'équité ou à la grâce administrative⁶⁴².

Or, il existe des zones de recoupement, sans pour autant dénaturer ni le contrôle ni le contentieux, qui sont exercées dans une même procédure. Le contrôle devient un mécanisme de protection des administrés⁶⁴³. Cette coïncidence des fonctions de contrôle et contentieuses

⁶⁴⁰ René CHAPUS, *Droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 441 ; Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 18^e éd., L.G.D.J., 2005, p. 187.

⁶⁴¹ « (...) ils ne sauraient manifester l'exercice d'un véritable droit de réclamation contentieuse dans la mesure où les autorités saisies, tenues par aucune contrainte légale, statuent exclusivement en fonction de l'utilité administrative », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁴² Article 247 L.P.F.

⁶⁴³ Guy BRAIBANT, Céline WIENER et Nicole QUESTIAUX, *Le Contrôle de l'administration et la protection des citoyens : étude comparative*, éd. Cujas, Paris, 1973.

est courante, prouvant, notamment, que la répression disciplinaire non juridictionnelle ne constitue pas un mécanisme primitif⁶⁴⁴ devant être complètement attribué aux juridictions⁶⁴⁵. La négation des éléments non contentieux du contrôle entraînerait une mutilation des prérogatives d'autocontrôle administratif. La répression disciplinaire archaïque est celle qui ne concilie pas la prérogative avec le respect des droits processuels du fonctionnaire mis en cause : lorsque l'accusation n'est pas soumise notamment au respect du principe de légalité⁶⁴⁶ et des droits de la défense. En matière répressive, la reconnaissance de la fonction contentieuse de contrôle n'est possible que dans un système de répression administrative, qui soit protecteur des droits de la personne mise en cause.

L'explication classique du droit administratif est construite sur une séparation aussi claire qu'artificielle entre l'administration qui agit et la juridiction qui assume le contentieux. À partir de cette idée, les prérogatives de puissance publique, propres de l'action administrative, permettraient à l'administration d'agir efficacement sans les obstacles contentieux. De même, le contrôle permettrait à l'administration de garantir la légalité et la responsabilité en dehors de toute intervention contentieuse. Cette présentation du droit administratif ne saurait résister au poids de l'activité contentieuse de l'administration. Pour cette raison, lorsque les auteurs ont constaté l'existence de cet élément perturbateur de la présentation non contentieuse du droit administratif, ils ont considéré qu'il s'agissait des fonctions non administratives, exercées par l'administration.

Sous-section II. Des fonctions non administratives

Le service public et la police administrative s'exerceraient en dehors de toute contestation puisque le contentieux attendrait l'intervention juridictionnelle. En dehors des fonctions de police ou de service public, l'administration n'exercerait pas la fonction administrative. À tort ou à raison, l'administration exercerait des fonctions matériellement juridictionnelles (§ 1) ou quasi-juridictionnelles (§ 2).

§ 1. Les fonctions matériellement juridictionnelles

⁶⁴⁴ « Ce type primitif s'est modifié et a pris en faveur de certains fonctionnaires privilégiés une forme nettement juridictionnelle », Prosper MOLLIET, *Le pouvoir hiérarchique*, op. cit., p. 251.

⁶⁴⁵ « (...) je suis convaincu qu'il arrivera un moment où, pour la répression d'une faute de service de tout fonctionnaire, il y aura une véritable juridiction devant laquelle se déroulera un débat contradictoire, un moment où il y aura une énumération légale et limitative des faits pouvant constituer une faute de service, et une énumération légale et limitatives des peines (...) Alors la répression disciplinaire sera complètement juridictionnalisée », Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3^e éd., De Boccard, Paris, 1930, p. 278-279.

⁶⁴⁶ En France, la doctrine du XX^e siècle considérait que la méconnaissance du *nullum crimen, sine lege* était l'un des éléments propres de la répression disciplinaire alors que le *nulla poena sine lege* doit être respecté, c'est-à-dire que les sanctions doivent être prévues. En revanche, le principe de légalité de toute infraction administrative, même disciplinaire constituée, en droit colombien, une exigence de la légalité de la décision, pouvant être protégée par le mécanisme rapide et efficace de l'action en tutela. Ainsi, le Code disciplinaire unique dispose à l'art. 4 : « *Légalité. Le serviteur public et, particulièrement dans les situations prévues dans ce code, ne sera pas mis en cause et sanctionné disciplinairement que par des comportements décrits dans la loi, au moment de la réalisation de l'acte* ».

La formulation de la théorie de l'administrateur-juge altère la compréhension de l'activité contentieuse de l'administration et, à son tour, elle avait empêché la consolidation de la juridiction administrative française. Or, l'abandon de cette théorie fait croire à la disparition des fonctions contentieuses de l'administration. Malgré cela, il y aura des auteurs qui continueront à s'intéresser aux fonctions contentieuses de l'administration, tout en affirmant qu'il s'agit de fonctions matériellement juridictionnelles, même si elles ne le sont plus, formellement parlant, en raison de l'abandon de la théorie de l'administrateur-juge. La fonction contentieuse serait juridictionnelle (A), même exercée par l'administration, et cela en raison de dérogations à la séparation des pouvoirs (B).

A. La fonction contentieuse serait juridictionnelle

La reconstruction du Conseil d'État français n'a pas signifié l'exclusion de l'activité contentieuse de l'administration dite « *active* ». Cela n'a pas non plus été le fait du renforcement du statut de la juridiction administrative par la délégation de la justice et la condamnation de la théorie de l'administrateur-juge. De même, l'administration colombienne a exercé la fonction contentieuse en dépit des énonciations successives des constitutions colombiennes du principe de séparation des pouvoirs. Ces phénomènes ont seulement transformé la façon d'interpréter la fonction administrative contentieuse. L'arrêt *Cadot*⁶⁴⁷ aurait en principe exclu le recours à la qualification juridictionnelle des fonctions des administrateurs. Or, le retour à la définition contentieuse de la fonction juridictionnelle (1) démontre que la discussion n'était pas close. Ensuite, les autorités indépendantes renouvellent la discussion (2).

1. Le retour à la définition contentieuse de la fonction juridictionnelle

Malgré la décision *Cadot*, au début du XXe siècle, il a été fait retour à la qualification juridictionnelle de certaines décisions prises par l'administration. À la différence de ce qui se passait avec la théorie de l'administrateur-juge, la qualification juridictionnelle n'aura pas nécessairement des conséquences formelles ou organiques : l'administration prendrait des actes matériellement juridictionnels, sans pour autant transformer, dans tous les cas, l'administrateur en juge. Ainsi, dans les articles publiés à partir de 1900, ARTUR défend encore le critère contentieux de la juridiction. Par conséquent, il voit une fonction juridictionnelle dans des décisions administratives où l'autorité « *paraît remplir le même office qu'un tribunal* »⁶⁴⁸. Une vingtaine d'années après l'arrêt *Cadot*, HAURIUO prétend donner une définition sociale du contentieux. À son avis, le contentieux suppose la

⁶⁴⁷ C.E.f. 13 de déc. 1889, *Cadot*, *Rec.*, 1148, concl. JAGERSCHMIDT ; S. 1892, III partie, 17, note HAURIUO.

⁶⁴⁸ « *Un administrateur, usant de pouvoirs qui lui appartiennent incontestablement, tranche au nom de la puissance publique, tout comme les tribunaux, des questions susceptibles d'être déférées aux tribunaux : il paraît remplir le même office qu'un tribunal* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *loc. cit.*, p. 266.

présence d'un juge public⁶⁴⁹. Il affirme, néanmoins, que ce juge peut être l'administration elle-même et cela, sous la forme d'une « *justice privée* »⁶⁵⁰. Toute contestation soulevée devant l'administration transformerait l'autorité administrative en juge de justice privée puisqu'« *une contestation appelle un juge* »⁶⁵¹; mais, la décision ne serait formellement juridictionnelle qu'à la condition que celle-ci ait été prise contradictoirement⁶⁵².

Léon DUGUIT rejette la définition formelle de l'acte juridictionnel, ce qui lui permet de reconnaître l'existence d'actes juridictionnels pris par l'administration lorsque celle-ci, moyennant un syllogisme entre la loi et les faits⁶⁵³, constate l'existence d'un droit subjectif⁶⁵⁴ ou objectif⁶⁵⁵ et, comme conséquence, prononce une condamnation. De ce point de vue, l'administration pourrait être amenée à prendre des décisions juridictionnelles sur le fond, qui ne sont pas nécessairement juridictionnelles d'un point de vue formel⁶⁵⁶.

À cet égard, l'activité contentieuse de l'administration est, pour CARRE DE MALBERG, une fonction matériellement juridictionnelle, ce qui explique qu'il n'accepte qu'une différence formelle des fonctions de l'État : l'administration prononce un « *véritable jugement* »⁶⁵⁷, même si ce jugement ne dispose pas de cette nature d'un point de vue formel. Certes, la juridiction tranche des litiges ; mais, « *il est des cas nombreux dans lesquels cette théorie ne se trouve plus d'accord avec les faits* »⁶⁵⁸. L'administration exerce « (...) un pouvoir de décision

⁶⁴⁹ « D'un point de vue social, un contentieux est une contestation que les parties ont accepté de soumettre à un juge public, afin que celui-ci trouve une solution pacifique », Maurice HAURIUO, *Les éléments du contentieux*, op. cit., p. 13.

⁶⁵⁰ « (...) le ministre a eu réellement une juridiction, que le Conseil d'État se l'est d'abord subordonnée par l'appel, puisqu'il a fini par l'éliminer parce qu'elle représentait une sorte de justice privée tandis que sa juridiction à lui, Conseil d'État, représentait une justice administrative publique (...) », *ibidem*, p. 57.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁵² « (...) si nous observons les recours hiérarchiques qui peuvent être formés contre les actes des préfets devant le ministre (...) nous constatons que ces recours ne donnent lieu à aucun débat contradictoire, que la contestation ne réussit pas à se traduire dans la procédure (...) Nous ne sommes pas surpris dès lors : I que la décision (...) soit susceptible d'un recours pour excès de pouvoir », *ibidem*, p. 22-23. Cf. C.E.f. 2 avril 1897, *Conseil général des Côtes-du-Nord* cit. par Maurice HAURIUO, *Les éléments du contentieux*, op. cit., p. 20-21.

⁶⁵³ Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *loc. cit.*, p. 467.

⁶⁵⁴ DUGUIT a dû abandonner sa première définition de l'acte juridictionnel puisqu'il se référait exclusivement à la constatation des droits subjectifs méconnus : « Un acte de juridiction est l'acte par lequel les gouvernants constatent l'existence d'une situation juridique subjective, déclarent vouloir qu'elle se réalise et annoncent que, s'il y a lieu, la contrainte matérielle dont ils disposent sera employée pour en assurer par la force, directement ou indirectement, la réalisation (...) En résumé, pour qu'il y ait juridiction, il faut qu'il existe au préalable une situation juridique subjective (...) », Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, op. cit., p. 416.

⁶⁵⁵ « (...) son caractère essentiel : prendre une décision qui est la conséquence logique et nécessaire de la constatation du droit subjectif ou du droit objectif », Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *loc. cit.*, p. 451.

⁶⁵⁶ « Nous estimons qu'il est plus exact de voir dans la décision sur conflit une véritable décision juridictionnelle, que ce caractère lui appartenait même lorsqu'elle était rendue par le gouvernement. La décision sur conflit possède bien le caractère syllogistique qui est le signe extérieur de toute décision juridictionnelle, quel que soit l'organe compétent pour la prendre. Depuis que la compétence à cet égard appartient au tribunal des conflits, la décision sur conflit a la forme et le fond d'une décision juridictionnelle, auparavant, elle n'en avait pas la forme ; mais elle en avait le fond », Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », op. cit., p. 467.

⁶⁵⁷ « En ce qui concerne l'administration d'abord, il est à remarquer que dans nombre de cas l'acte administratif pré suppose une opération de jugement (...) il en est ainsi notamment lorsque les administrés ont reçu de la loi un droit proprement dit à demander et à obtenir que tel acte administratif soit fait à leur égard (...) Cet administrateur, qui ne fait alors qu'appliquer la loi, en tant qu'il se borne à reconnaître ce qui doit être décidé dans l'espèce d'après la loi elle-même, émet, lui aussi, un véritable jugement au sens logique du mot, et (...) sa décision ressemble singulièrement à un jugement judiciaire », Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 266-267.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 696-697.

juridictionnelle, qui la fait participer à la fonction judiciaire »⁶⁵⁹. Tel est le cas notamment lorsque l'administration décide des contestations où « *il tranche quelque difficulté soulevée par la partie intéressée* »⁶⁶⁰, et « (...) *il va, comme la sentence d'un juge, "déclarer ce qui est de droit" (...)* »⁶⁶¹. Il s'agit d'actes formellement administratifs, mais ayant un contenu juridictionnel⁶⁶². Tel est le cas notamment des recours administratifs face auxquels il y a accord pour dénier la nature juridictionnelle : ceci ne signifie pas la négation de la nature contentieuse des recours décidés par l'administration⁶⁶³.

Finalement, BONNARD sépare la fonction juridictionnelle de l'organe juridictionnel, acceptant, par conséquent, l'existence d'actes administratifs matériellement juridictionnels. Les critères matériel, formel et organique sont ainsi considérés indépendamment⁶⁶⁴ : « *Ce n'est pas le fait d'exercer la fonction juridictionnelle qui donne à un organe la qualité de juge. Un organe qui par sa situation est administratif un organe administratif reste tel, même lorsqu'il accomplit des actes qui sont matériellement juridictionnels. Ce qui constitue exclusivement la qualité de juge, c'est une certaine situation spéciale qui lui est faite (...)* »⁶⁶⁵. Par conséquent, selon lui, l'expression administrateur-juge est impropre puisque l'exercice de la fonction matériellement juridictionnelle ne le fait pas devenir juge⁶⁶⁶. L'administration exercerait une fonction matériellement juridictionnelle à chaque fois qu'un droit subjectif⁶⁶⁷ ou objectif⁶⁶⁸ est en cause et que l'administration tranche cette contestation. Or, cela ne serait matériellement juridictionnel que dans les cas où l'administration décide après la saisine d'un administré⁶⁶⁹. Néanmoins, BONNARD considère que la répression disciplinaire est matériellement juridictionnelle dans tous les cas⁶⁷⁰.

⁶⁵⁹ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 275.

⁶⁶⁰ « (...) *il n'est pas douteux que dans la fonction administrative il n'entre souvent quelque chose de juridictionnel. Par exemple, l'administrateur qui liquide la pension de retraite d'un fonctionnaire ou les comptes d'un entrepreneur avec l'État (...) et si, à cette occasion, il tranche quelque difficulté soulevée par la partie intéressée, la décision qu'il émet, prend, en un certain sens, un caractère juridictionnel ; car, par cette décision il dit – avec la puissance qui est propre à sa qualité d'agent étatique – quel est, selon lui, le droit qui découle, en l'espèce, des lois en vigueur* », *ibidem*, p. 762.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 763.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 784.

⁶⁶³ *Ibidem*, p. 697.

⁶⁶⁴ « (...) *il existe bien une conception matérielle de la fonction juridictionnelle qui s'établit abstraction faite de la qualité des organes qui peuvent l'exercer et qui se distingue de la conception organique et de la conception formelle, lesquelles procèdent respectivement de la qualité de l'organe compétent et de la nature des procédures suivies* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 8.

⁶⁶⁵ « *Ce n'est pas le fait d'exercer la fonction juridictionnelle qui donne à un organe la qualité de juge. Un organe qui par sa situation est administratif un organe administratif reste tel, même lorsqu'il accomplit des actes qui sont matériellement juridictionnels. Ce qui constitue exclusivement la qualité de juge, c'est une certaine situation spéciale qui lui est faite (...)* », *ibidem*, note 1. p. 93.

⁶⁶⁶ « *Or, il n'en n'est pas ainsi, puisque le système de l'administrateur-juge vise précisément à enlever le contentieux administratif à un organe ayant la qualité de juge* », *ibidem*, note 1. p. 95.

⁶⁶⁷ « *La fonction juridictionnelle ne peut donc intervenir que lorsqu'un droit subjectif peut être mis en cause (...)* Par conséquent, la décision sur recours hiérarchique n'aura pas le caractère juridictionnel au point de vue matériel si le recours soulève une question d'exercice de pouvoir discrétionnaire », Roger BONNARD, « *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle* », op. cit., p. 28.

⁶⁶⁸ « (...) *qu'il ya contentieux au sens technique du mot lorsqu'il existe une contestation sur une question de droit, laquelle est le plus souvent une question de violation d'un droit subjectif ; mais, cette question peut être aussi simplement une question de violation du droit objectif* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 9.

⁶⁶⁹ « *L'exercice de la fonction juridictionnelle est toujours conditionné par une demande : c'est la demande en justice. Car cette fonction n'est jamais d'intervention spontanée* », *ibidem*, p. 9.

⁶⁷⁰ « *En effet, la répression disciplinaire est, au point de vue matériel, une opération juridictionnelle, un acte qui constitue un exercice de la fonction juridictionnelle. Car la répression disciplinaire n'est qu'une espèce particulière de la répression pénale* », *ibidem*, p. 120. Cf. Roger BONNARD, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Thèse, Bordeaux, 1903.

Raymond GUILLIEN va plus loin en affirmant que, dans les décisions préalables, l'administration exerce une fonction « *proprement juridictionnelle* », qui est exercée par un véritable procès⁶⁷¹. L'administration exercerait ainsi une première instance juridictionnelle⁶⁷².

2. Les autorités de régulation renouvellent la discussion

La domination du contrôle juridictionnel de l'administration avait condamné l'ensemble de l'action administrative à être considéré comme relevant des situations non contentieuses. Le régime juridique avait, par conséquent, exclu certaines garanties considérées comme nécessairement liées au contentieux. Néanmoins, le professeur AUBY accepte la nature contentieuse des recours administratifs⁶⁷³ et des sanctions administratives qui sont qualifiées comme des fonctions matériellement juridictionnelles⁶⁷⁴. La question se renouvelle avec les fonctions contentieuses des autorités indépendantes.

Alors que la jurisprudence française a nié le caractère formellement juridictionnel aux fonctions contentieuses des autorités administratives ou publiques indépendantes⁶⁷⁵, ces fonctions sont considérées comme matériellement juridictionnelles⁶⁷⁶. Le Conseil d'État a reconnu dès lors qu'une autorité décide sur des matières juridictionnelles, sans pour autant être une juridiction⁶⁷⁷. En doctrine, la définition même d'autorités administratives indépendantes est donnée à partir du cumul

⁶⁷¹ « (...) procès, au sens matériel, que le particulier conduit devant l'Administration (...) », Raymond GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 98.

⁶⁷² « (...) avant le déclenchement du procès proprement dit, l'Administration, du moment que le particulier proteste contre un acte administratif ou un fait administratif, se conduit vis-à-vis de lui comme un véritable premier juge. L'Administration, en fait, est une première instance. On en trouve une preuve récente, une de plus, dans la généralisation du principe de la décision préalable, généralisation décidée par la réforme de 1953 », *ibidem*, p. 97.

⁶⁷³ « Un autre aspect bien connu de l'exercice par l'administration de fonctions pouvant rentrer dans la fonction juridictionnelle est celui des recours administratifs (...) ces recours peuvent avoir une fonction matériellement équivalente à la fonction juridictionnelle, du fait qu'ils servent à trancher des litiges au moyen d'une solution juridique », Jean-Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *loc. cit.*, p. 98.

⁶⁷⁴ « Certaines activités qui relèvent de la fonction juridictionnelle entendue matériellement sont, dans une certaine mesure, confiées à des autorités administratives », Jean-Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *loc. cit.*, p. 97. « Agissant sur recours, les autorités administratives sont en effet amenées à exercer une fonction qui matériellement équivalente à la fonction juridictionnelle et qui consiste à trancher les litiges qui leur sont déferés au moyen d'une solution juridique », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁷⁵ Par exemple, le Conseil de la concurrence n'était pas une juridiction : C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, A.J.D.A. 1987, p. 345, note CHEVALLIER. La Commission d'opérations de bourse était aussi une autorité administrative : C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, § 6, *Rec.* p. 71. La Commission des sanctions de l'A.M.F. n'est pas une juridiction : C.E.f. 4 fév. 2005, *Société GSD Gestion*, requête 2690001, R.F.D.A. nov.-déc. 2005, p. 1178. De même, « (...) alors même que l'Acnusa n'est pas une juridiction au regard du droit interne, ce pouvoir de sanction doit être aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense de la personne mise en cause », Paris, 20 juin 2006, *Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (Acnusa) c/ Sté Scandinavian Airlines System*, n° 06PA00310.

⁶⁷⁶ « (...) le tribunal face aux nécessités du redressement, en l'état d'intérêts contradictoires qu'il doit concilier, se trouve dans une situation analogue à celle que la loi reconnaît aux autorités administratives indépendantes (COB, Conseil de la concurrence, etc.). Comme ces autorités, il est investi de pouvoirs exorbitants qui, pris isolément, sont d'objet et de qualité différents, qui devraient être exercés séparément ; mais, qui sont réunis entre ses mains », Jean-Pierre GASTAUD, « La nature juridique du plan arrêté judiciairement », P.A. 16 juin 1993, n° 72, p. 14.

⁶⁷⁷ « (...) si ladite lettre (...) intervient dans une matière juridictionnelle, elle ne saurait, eu égard à son auteur et à sa forme, être regardée comme une décision juridictionnelle », C.E.f. sect. 26 janvier, 1996, *Ctorza, Rec.*, p. 15 ; C.E.f. Sect., 26 janvier 1996, *Guedj, Rec.*, p. 24.

des fonctions⁶⁷⁸ s'y opérant, notamment avec ce qui est considéré comme la fonction matériellement juridictionnelle⁶⁷⁹. De même, l'on parle des « *fonctions juridictionnelles* » des autorités administratives indépendantes⁶⁸⁰. Ces autorités peuvent se montrer comme des organes concurrents des juridictions et, pour cela, une certaine doctrine se pose la question de leur transformation en des juridictions spécialisées⁶⁸¹.

Parfois, les fonctions des autorités indépendantes sont qualifiées, à tort, comme juridictionnelles non seulement d'un point de vue matériel, mais aussi formel, en considérant que celles-ci prennent des actes juridictionnels⁶⁸². Il s'agirait des juridictions innommées⁶⁸³, menant une procédure « *réellement juridictionnelle* »⁶⁸⁴. Ces autorités exerceraient des fonctions matériellement juridictionnelles, dans la mesure où ces autorités disent le droit de façon obligatoire⁶⁸⁵.

Il est vrai qu'un nombre important d'autorités administratives françaises a été qualifié de « *tribunal* » au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, cela ne signifie pas que ces autorités exercent une fonction matériellement juridictionnelle ou que ce soient des juridictions⁶⁸⁶; cette conclusion serait hâtive. En réalité, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁸⁷ ou les juridictions françaises⁶⁸⁸ ont fait application des règles du procès équitable à

⁶⁷⁸ « *La dissociation entre fonctions administratives et fonctions juridictionnelles* » peut cependant en pratique soulever, dans des institutions dont l'une des caractéristiques est d'être constituées d'équipes restreintes, des difficultés d'organisation », Martine LOMBARD et Gilles DUMONT, *Droit administratif*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 123.

⁶⁷⁹ V. Autorités administratives indépendantes : « *organisme administratif, parfois doté de la personnalité juridique, qui est pourvu de pouvoirs réglementaires et juridictionnels* », Gérard CORNU (dir), *Vocabulaire juridique (Association H. Capitant)*, P.U.F., 9^e éd., 2011, v. « Autorités administratives indépendantes », p. 108.

⁶⁸⁰ « *La dissociation entre fonctions administratives et fonctions « juridictionnelles » peut cependant en pratique soulever (...) des difficultés d'organisation matérielle* », Martine LOMBARD et Gilles DUMONT, *Droit administratif*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2011, p. 141.

⁶⁸¹ Claude LUCAS DE LEYSSAC, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », loc. cit., p. 277.

⁶⁸² « (...) *commission des sanctions prenant des actes juridictionnels répressifs (...)* », Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les contours de l'Autorité des marchés financiers », *Droit bancaire et financier*, in *Revue Banque édition*, Paris, 2004, p. 175.

⁶⁸³ Roland DRAGO, « Le Conseil de la concurrence est une juridiction innommée « Le Conseil de la concurrence », *J.C.P.* 1987, I, 3300.

⁶⁸⁴ « (...) *leurs décisions sont juridictionnelles puisqu'elles consistent en des sanctions véritables, éventuellement violentes, infligées suite à une procédure réellement juridictionnelle et soumise au contrôle judiciaire de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation* », Georges BOLARD, « Principes de procédure et efficacité : du droit commun civil et pénal au droit de la concurrence et de la course », *J.C.P. E.*, 1993, supplément n° 5, p. 42.

⁶⁸⁵ Le professeur GHUINCHARD affirme, concernant les autorités du marché, qu'il existe « (...) *deux éléments constitutifs et inséparables de la juridiction : le dire du droit (la jurisdictio) et le caractère obligatoire de ce dire (l'imperium)* », Serge GHUINCHARD, « Préface » à la thèse de Constantin DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 2002 p. XII.

⁶⁸⁶ Contre : Robert KOVAR, « La notion de juridiction en droit européen », in *Gouverner, administrer, juger : liber amicorum Jean Valine*, Mélanges offerts à Jean Valine, Dalloz, Paris, 2002, p. 607.

⁶⁸⁷ C.E.D.H. 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays-Bas*, Série A, n° 22 ; C.E.D.H. 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 80 ; C.E.D.H. 27 fév. 1992, *Sténuît c/ France*, Série A, n°323A ; C.E.D.H. 24 fév. 1994, *Bendedoun c/ France*, Série A, n° 284 ; C.E.D.H. 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, § 39, *J.C.P.* 1999, II, 10086, note SUDRE ; C.E.D.H. 27 août 2002, *Jean-Louis Didier c/ France*, n° 58188/00, *J.C.P.* n° 46, 12 nov. 2003, II, 10177, p.1997, chron. GONZALEZ, notamment.

⁶⁸⁸ C.cass. Civ. 1^{re}, 10 janv. 1984, *Rennemann*, concl. GULPHE, *J.C.P.* 1984, II, 20210 ; C.cas, Com., 9 avril 1996, *Haddad*, *Bull. Civ. IV*, n°115, *Bull. Joly Bourse*, 1996, p. 305, §47 note, PELTIER ; C.cas, Com., 18 juin 1996, *Conso*, *Bull. Civ.*, IV, N° 179 ; Paris, Arrêt du 7 mai 1997, *Oury* ; C.cass. com., 1^{er} déc. 1998, *Oury*, *J.C.P.* 1999, II, 10057, note GARAUD ; C.cas, Ass. Plén., 5 février 1999, *Oury c/COB*, *Gaz. Pal.* 24-25 fév. 1999, p. 8 concl. LAFORTUNE ; *Bull. Joly bourse*, 1999, p. 139 ; *P.A.* 10 février 1999, n° 29, p. 3, note P.M. ; *J.C.P.* 1999, II, 10060, note MATSOPOULOU. Concernant la juridiction administrative : C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec.* p. 399 ; *A.J.D.A.* 2000, p. 126, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *R.F.D.A.* 2000, p. 1060, note SERMENT ; C.E.f. 3e et 8e ss-sect., 26 mai 2008, *Sté Norelec*, concl. F. Séners, n° 288583, *D.F.* n° 28, 10 juillet 2008, comm. 411, note PIERRE ; C.E.f. Sect., 20 oct. 2000, *Sté Habib Bank Limited*, n° 180122, *A.J.D.A.* 2000, p. 1071, note SUBRA de BIEUSSES et GUYOMAR et p. 1001,

l'égard des autorités administratives, il n'a été affirmé ni expressément ni tacitement que la fonction était matériellement juridictionnelle⁶⁸⁹. Il a été dit, au contraire, que ces organes décidaient sur le bien-fondé des accusations en matière pénale ou des contestations sur des droits ou des obligations en matière civile et que, par conséquent, c'étaient des tribunaux, au sens de la Convention. Cette affirmation a pour finalité l'application des normes de la Convention au-delà des catégories utilisées par le droit de chaque État⁶⁹⁰. Une conclusion contraire méconnaîtrait le fait que les termes utilisés par la Convention relèvent des catégories propres⁶⁹¹ qui ne supposent pas l'abandon des catégories du droit interne, telles que la juridiction ou l'administration⁶⁹². En d'autres termes, la jurisprudence relative au droit au procès équitable ne définit ni la juridiction ni la fonction matériellement juridictionnelle⁶⁹³; mais, elle n'utilise que des termes propres à des effets pratiques. Si la jurisprudence définissait la juridiction quand elle dit qu'un organe est un tribunal au sens de la Convention, il serait de même nécessaire d'affirmer par cette voie, à tort, que le droit administratif est un droit matériellement civil ou matériellement pénal, lorsque les autorités administratives décident du bien-fondé des accusations en matière pénale ou des contestations sur des droits ou des obligations en matière civile. Les règles du procès équitable sont appliquées à des autorités juridictionnelles et à des autorités administratives et l'importance de cette jurisprudence est précisément cette application transversale. Dès lors, les règles du procès équitable ne sont pas réservées à des organes juridictionnels⁶⁹⁴, d'un point de vue formel ou matériel qui, par ailleurs, n'existe pas.

En ce qui concerne la Colombie, le système formel de fonctions juridictionnelles de l'administration paraît exclure la discussion sur la nature matériellement juridictionnelle des fonctions des autorités administratives. Lorsque les fonctions ne sont pas formellement qualifiées comme juridictionnelles, la doctrine constitutionnelle affirme qu'il s'agit de fonctions

chron. COLLIN ; C.E.f. 29 juillet 2002, *Assoc. Radio Deux couleurs*, A.J.D.A. 2003, p. 475, étude THIÉLLAY ; C.E.f. 28 oct. 2002, *Laurent*, A.J.D.A. 2002, p. 1492, note COSTA ; C.E.f. 31 mars 2004, *Sté Etna Finance*, n° 243579 ; C.E.f. 10 mai 2004, *Crédit du Nord*, n° 241587 ; C.E.f. 4 févr. 2005, *Sté GSD Gestion et M. YX*, n° 269001, P.A. 26 avril 2005, n° 82, p. 10 ; R.F.D.A. 2005, p. 1174, note COSTA.

⁶⁸⁹ Une situation différente se présente dans la jurisprudence de la C.J.C.E. qui détermine l'existence des juridictions nationales, afin de donner application à l'article 234 du traité de la Communauté européenne, instituant une procédure de coopération judiciaire. Sur les critères retenus par la C.J.C.E. : arrêt du 30 juin 1966, affaire n° 61/65, *Vaassen-Göbbels*, *Rec.*, p.378. Un même organe peut être qualifié de juridiction pour la C.J.C.E. et ne pas être un tribunal pour la C.E.D.H. Tel est par exemple le cas du Conseil d'État des Pays-Bas : C.J.C.E. arrêt du 27 novembre 1973, *Nederlandse Spoorwegen c/ Minister van Verkeer en Waterstaat*, affaire n° 36/73, *Rec.*, p. 1299. C.E.D.H. 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, série A, n° 84.

⁶⁹⁰ Les concepts « civil ou pénal » sont des « notions autonomes » du droit international : C.E.D.H. 8 juin 1976, *Engel et a. c/ Pays-Bas*, Série A, n° 22, p. 24.

⁶⁹¹ C.E.D.H. 16 juillet 1971, *Ringeisen c/ Autriche*, Série A, n° 13, p. 39. Cf. Frédéric SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes » », in *L'interprétation de la CEDH*, (F. SUDRE (dir.)), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 93.

⁶⁹² La jurisprudence de la C.E.D.H. accepte que « des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions (...) », C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43.

⁶⁹³ Décider le bien-fondé des accusations en matière pénale ou des contestations des droits et des obligations en matière civile n'est pas la fonction matériellement juridictionnelle ; mais, les fonctions que doit exercer une autorité juridictionnelle ou administrative, pour être considérée comme un tribunal à des effets de l'application des règles du procès équitable.

⁶⁹⁴ Le droit d'accès à un tribunal peut être garanti par un recours administratif : C.E.D.H. 16 juillet 1971, *Ringeisen, c/ Autriche*, Série A, n° 13, p. 39 ; C.E.D.H. 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, Série A, n° 84.

administratives⁶⁹⁵. Néanmoins, une partie de la doctrine qualifie les fonctions de certaines autorités de régulation comme matériellement similaires aux fonctions juridictionnelles⁶⁹⁶.

Au lieu d'ignorer l'activité contentieuse de l'administration, ces auteurs français et colombiens ont tenté de lui donner une explication plausible⁶⁹⁷. Néanmoins, cette interprétation n'est pas satisfaisante, car elle sous-entend que les fonctions contentieuses de l'administration sont matériellement juridictionnelles et, par conséquent, celles-ci ne seraient que des dérogations au schéma idéal de la séparation des pouvoirs.

B. Des dérogations de la séparation des pouvoirs

L'existence de fonctions contentieuses dans l'administration réclamait une explication. Les auteurs formés dans le *credo* de l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs voient, dans les fonctions contentieuses de l'administration, une exception au principe. Dès lors, face à l'activité contentieuse de l'administration il serait nécessaire d'admettre que la séparation des pouvoirs ne serait pas absolue (1) ; mais, aussi, que le contentieux ne serait pas une fonction administrative (2).

1. La séparation des pouvoirs ne serait pas absolue

Pour expliquer que les fonctions considérées comme matériellement juridictionnelles sont exercées par l'administration, il est possible d'affirmer que cela est conforme à la séparation des pouvoirs dans l'entendu qu'une autorité administrative peut cumuler différentes fonctions dont la fonction contentieuse, à la condition de ne pas réunir tout le pouvoir⁶⁹⁸ et d'être soumise à des contrôles. Néanmoins, pour l'interprétation la plus répandue de la séparation des pouvoirs, tout débordement de la fonction contentieuse en dehors des organes juridictionnels est considéré comme une anomalie.

Il est ainsi affirmé que la séparation des pouvoirs n'est qu'une règle admettant des exceptions, comme ce qui a été soutenu par la Cour constitutionnelle colombienne⁶⁹⁹. Ces

⁶⁹⁵ C.c.c. Sentence C-415-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE

⁶⁹⁶ « (...) quelques fonctions des commissions de régulation, s'assimilent matériellement aux fonctions judiciaires, même si on ne les qualifie pas expressément comme telles », Enrique GIL, « La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación : los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial », *loc. cit.*, p. 11.

⁶⁹⁷ « Certains des meilleurs auteurs, à cause de leurs convictions formalistes, et de leurs analyses formelles, ont fait que reste voilé tout un élément essentiel de l'activité de l'Administration active, élément qui est proprement juridictionnel. De ce point de vue, peut-être était-on plus près de la réalité quand on parlait de ministre-juge, et même d'administrateur-juge, qu'on ne le fut depuis », Raymond GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 97.

⁶⁹⁸ Les autorités administratives sont, en tout état de cause, soumises au pouvoir législatif dont elles dérivent leur compétence et leurs actes sont l'objet du contrôle juridictionnel. Il n'y a pas dans ce sens de cumul de tous les pouvoirs.

⁶⁹⁹ « (...) cette séparation des organes n'est pas absolue compte tenu du fait que dans des cas exceptionnels il est possible d'assigner des fonctions législatives à l'exécutif (facultés extraordinaires), ainsi que d'assigner certaines fonctions judiciaires ou administratives au législatif », C.c.c. Sentence C-830-01, 8 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO.

dérogrations seraient admises dans la mesure où elles restent marginales⁷⁰⁰. En tant qu'exception, les fonctions matériellement juridictionnelles de l'administration confirmeraient que le contentieux est une fonction essentiellement juridictionnelle. De même, la fonction juridictionnelle peut être exercée par d'autres organes, notamment lorsque le Parlement français se constitue en Haute Cour (article 68 de la Constitution française), lorsque des parlementaires prennent partie à la Cour de justice de la République (article 68-2 de la Constitution française) ou lorsque le Sénat colombien juge des hauts fonctionnaires, moyennant l'accusation de la Chambre des représentants (article 174 de la Constitution colombienne⁷⁰¹). En ce sens, toutes les fonctions contentieuses attribuées à l'administration sous la Constitution française de 1791, en dépit de l'énoncé de la séparation des pouvoirs, seraient des exceptions à ce principe. La coïncidence de la fonction matériellement juridictionnelle avec la fonction organiquement juridictionnelle ne serait qu'un idéal-type⁷⁰² qui ne se vérifie pas toujours dans les faits⁷⁰³.

L'identification des fonctions dites matériellement juridictionnelles dans l'administration permet d'affirmer que la séparation des pouvoirs reste inchangée⁷⁰⁴ en tant que principe ; mais, elle n'est pas rigoureusement appliquée dans la pratique⁷⁰⁵. La garantie contre l'arbitraire, que constitue la séparation des pouvoirs, serait affaiblie par les fonctions matériellement juridictionnelles de l'administration. Ces fonctions pourraient être utilisées par l'exécutif à des finalités arbitraires, notamment de dictature⁷⁰⁶. L'angle d'étude serait celui d'une fonction dangereuse pour les libertés publiques, qui doit donc être fortement encadrée dans des contours très stricts.

Considérée comme une dérogation à la compétence juridictionnelle à l'égard du contentieux et comme un risque pour les libertés publiques, la fonction matériellement juridictionnelle ne serait constitutionnellement admise qu'à la condition d'être exceptionnelle. La séparation des pouvoirs serait respectée à la condition que l'exception ne devienne pas la règle. Non seulement

⁷⁰⁰ « Le principe de l'attribution des fonctions à des pouvoirs différents était un "principe" au sens propre du terme : c'est-à-dire que cela devra inspirer l'ordonnement juridique, tout en tolérant des exceptions justifiées pour des raisons particulièrement importantes, à la condition que cela reste marginal. La tendance pendant l'époque libérale, c'était celle de réduire ces situations ou, au moins, de contenir étroitement les exceptions », Giovanni BOGNETI, *La divisione dei poteri*, op. cit., p. 28.

⁷⁰¹ « Le Sénat décide sur les accusations formulées par la Chambre des Représentants, à l'égard du Président de la République ou qui le remplace, des Magistrats de la Cour Suprême de justice, du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle, des membres du Conseil supérieur de la Judicature et du Fiscal général de la nation, même si ceux-ci ne sont plus dans l'exercice de leurs fonctions », art. 174 Const.c.

⁷⁰² L'idéal-type est un modèle descriptif dans son état pur, construit à partir d'une réflexion théorique et qui, par conséquent, ne se vérifie pas toujours dans la réalité. L'utilité des idéals-type consiste en la comparaison des faits avec ces modèles afin de déterminer le degré de rapprochement.

⁷⁰³ « Au contraire, il semble que normalement le contrôle où intervient la fonction juridictionnelle devrait échapper à l'administration et revenir à un organe ayant la qualité de juge et constitué en tribunal, et cela, à raison du principe tiré de la séparation des pouvoirs au sujet de la fonction juridictionnelle d'après lequel cette fonction doit être exercée par des tribunaux. (...) Ce contrôle de l'administration qui est matériellement juridictionnel devrait, en même temps (...) être aussi juridictionnel au point de vue organique, c'est-à-dire exercé par un organe juridictionnel, par un tribunal (...) », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 6.

⁷⁰⁴ « Le principe de la séparation des fonctions, ou spécialisation des organes, est le premier élément de la théorie de la séparation des pouvoirs : chaque organe, ou groupes d'organes étatiques, doit exercer une des grandes fonctions juridiques de l'État », Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 19.

⁷⁰⁵ Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », loc. cit., p. 12.

⁷⁰⁶ « Dans l'État de droit, le législatif et le judiciaire sont les garants de la sécurité individuelle et les défenseurs des droits des administrés ; mais, ici c'est le pouvoir exécutif qui assume tout, en soumettant ces fonctions à son propre critère d'appréciation, afin d'assurer que le pouvoir de répression reste entre ses mains », León CORTIÑAS, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, op. cit., p. 162.

l'administration serait interdite de prendre certaines décisions matériellement juridictionnelles, notamment à l'égard de la liberté personnelle, mais elle ne saurait se voir confier des fonctions matériellement juridictionnelles excessives, au risque de dépouiller la juridiction de sa fonction qui lui serait propre⁷⁰⁷.

2. Le contentieux ne serait pas une fonction administrative

Or, la doctrine la plus avisée précise que les fonctions matériellement juridictionnelles de l'administration ne constituent pas une exception à la séparation des pouvoirs, mais à l'interprétation classique de cette théorie⁷⁰⁸.

Il est vrai que l'interprétation des attributions contentieuses de l'administration, comme des fonctions matériellement juridictionnelles, a la vertu de s'intéresser à cette fonction et de donner une explication, au lieu de considérer que l'ensemble des fonctions exercées par l'administration relèvent du non contentieux. Cependant, cette interprétation est particulièrement préjudiciable à l'activité contentieuse de l'administration puisqu'elle présuppose que toute l'activité administrative est non contentieuse : lorsque l'administration tranche une contestation, l'activité n'est plus administrative, mais matériellement juridictionnelle.

En conséquence, les études spécialisées à propos de la fonction juridictionnelle préfèrent ne pas faire référence à l'activité contentieuse de l'administration, considérée comme une anomalie dans l'exercice de la fonction juridictionnelle⁷⁰⁹. L'activité contentieuse de l'administration est aussi considérée comme un des résidus de la concentration originale des pouvoirs⁷¹⁰. De même, il est affirmé que dans l'État de droit démocratique, les fonctions matériellement juridictionnelles ne devraient pas être attribuées aux autorités administratives⁷¹¹. Pour les auteurs formés dans le credo de la séparation classique des pouvoirs, les fonctions dites « *proprement juridictionnelles* »⁷¹² ne devraient pas être attribuées à l'administration. Pour eux, « *il est impérieux de faire un retour et de méditer autour des fondements de la séparation des pouvoirs ou des branches du pouvoir public*

⁷⁰⁷ En Uruguay « *Le pouvoir exécutif, par l'utilisation d'une politique législative d'expansion de la fonction juridictionnelle d'attribution, notamment en matière militaire, a mené le progressif dépouillement de la fonction juridictionnelle de principe qui est propre du pouvoir judiciaire, au grave mépris des droits de l'homme et en méconnaissant les principes constitutionnels relatifs à la fonction juridictionnelle* », Ana TRUEBA, « Estudio Preliminar », in León CORTIÑAS, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, op. cit., p. XLIII.

⁷⁰⁸ Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, op. cit., p. 40 et suiv.

⁷⁰⁹ « *Mais au début du siècle, l'évolution du rôle de l'État a entraîné la création de multiples autorités administratives aux structures et aux fonctions mal définies. Il devient alors nécessaire de distinguer parmi leurs décisions celles qui étaient des actes juridictionnels avec toutes les conséquences qui s'y attachent* », Dominique D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, op. cit., p. XIX.

⁷¹⁰ « *Il s'agit de l'évolution d'un ensemble nucléaire qui en fonction de la création des autres organes perd des portions de leurs compétences ; mais, qui ne perd pas tout ; l'organe administratif conserve des résidus des autres fonctions qu'elle exerçait originalement. Cela explique le phénomène de survie des fonctions législatives et juridictionnelles dans le pouvoir exécutif et, plus précisément, dans l'administration* », Jorge VELEZ, *Los dos sistemas del derecho administrativo*, Universidad Sergio Arboleda, Bogota, 1994, p. 204-205.

⁷¹¹ « *L'attribution d'un pouvoir de sanction à une instance de régulation comme le CSA alors que, dans un État de droit, de type démocratique, un tel pouvoir relève plus normalement, au nom notamment du principe essentiel de séparation des pouvoirs, de la compétence des juges (...)* », Emmanuel DERIEUX, « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », loc. cit., n°52, p. 3.

⁷¹² Fernando HINESTROSA, « *¿Hacia una reforma de la administración de justicia?* », in *Escritos varios*, Umaña Trujillo impresores, Bogota, 1983, p. 522.

(...) »⁷¹³.

La théorie des fonctions matériellement juridictionnelles fait obstacle à la compréhension de l'activité contentieuse de l'administration dans sa véritable nature en tant qu'activité ordinairement administrative. Cette théorie confirme l'apparente nature non contentieuse des fonctions administratives, comme le service public et la police administrative, provoquant, par conséquent, une vision altérée des activités administratives et des pouvoirs administratifs, notamment des prérogatives de puissance publique. La fonction contentieuse de l'administration est faussée et tenue comme un élément étrange, une bizarrerie au sein de l'action administrative, ne méritant pas une explication dans le droit administratif. Cela serait l'objet de l'étude des anomalies dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Si l'on acceptait que les fonctions contentieuses de l'administration soient un résidu de concentration des pouvoirs, il s'agirait de fonctions condamnées à la disparition. Comment expliquer alors l'attribution continue de nouvelles fonctions contentieuses à l'administration, ainsi que la résistance des fonctions contentieuses classiques à la disparition, notamment des recours administratifs ?

Aux arguments théoriques, appuyant la théorie des fonctions matériellement juridictionnelles, sont ajoutés des arguments historiques, notamment celui de la théorie de l'administrateur-juge. Tel est le cas de la thèse du professeur Sylvie THOMASSET-PIERRE sur l'autorité française de régulation boursière. Celle-ci se construit sur l'idée que les fonctions contentieuses de la Commission des opérations de bourse, aujourd'hui disparue, constituaient un retour critiquable au ministre-juge⁷¹⁴ et un paradoxe dans le droit administratif⁷¹⁵. Tout en négligeant que les décisions contentieuses de la Commission des opérations de bourse ne disposaient pas de l'autorité de la chose jugée et que le recours devant la Cour d'appel ne constituait pas un appel de la première instance, ce professeur propose que les fonctions contentieuses répressives de cette autorité administrative soient juridictionnalisées, c'est-à-dire attribuées aux juges pénaux. Au fond, ces propositions réactionnaires ne diffèrent pas des attaques classiques à la juridiction administrative⁷¹⁶ et qui plaident en faveur soit de l'attribution du contentieux administratif aux juridictions judiciaires, soit de la création d'un tribunal spécialisé dans le contentieux administratif, mais placé au sein de l'organisation judiciaire⁷¹⁷.

La qualification de l'activité contentieuse de l'administration comme une activité matériellement juridictionnelle présuppose l'idée que trancher des litiges est la fonction naturelle

⁷¹³ *Idem.*

⁷¹⁴ « Mais surtout, ce qui permet de voir dans la Commission des opérations de bourse une renaissance masquée de l'administrateur-juge est le cumul d'un pouvoir réglementaire étendu (...) propre à l'administration active, et d'un pouvoir sanctionnateur portant sur le non respect par les justiciables des règlements qu'elle a elle-même édictés », Sylvie THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 70.

⁷¹⁵ La première partie de la thèse s'appelle « Le paradoxe d'une autorité administrative aux pouvoirs répressifs », *idem.*

⁷¹⁶ « C'est que n'offrant pas aux citoyens assez de garanties, elle ne leur inspire pas non plus assez de confiance », Louis Marie DE CORMENIN, *Du Conseil d'État comme conseil et comme juridiction*, *op. cit.*, p. 124.

⁷¹⁷ « Laissons donc le Conseil d'État à ses éminentes et utiles fonctions : qu'il soulage les ministres ; qu'il prépare les lois, les règlements, les ordonnances ; qu'il se mêle des affaires publiques et non des affaires particulières ; qu'il soit un conseil, et non un tribunal : c'est l'intérêt véritable des citoyens et du gouvernement, c'est l'esprit de son institution qui le veulent ainsi » *ibidem*, p. 136.

des juges et que quand les autorités administratives exercent cette fonction, elles n'exercent pas la fonction administrative. Une autre façon d'interpréter l'activité contentieuse de l'administration consiste à la qualifier comme une situation intermédiaire, c'est-à-dire comme une fonction presque juridictionnelle.

§ 2. Les fonctions quasi-juridictionnelles

La façon la plus répandue d'expliquer l'activité contentieuse de l'administration consiste à affirmer qu'il s'agit d'une fonction quasi-contentieuse ou quasi-juridictionnelle. Le *quasi* détermine qu'il existerait quelque élément manquant : cela peut être la procédure, considérée comme juridictionnelle, le contentieux ou l'organe juridictionnel, considéré comme le seul organe contentieux. La théorie n'est pas satisfaisante à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration. L'explication de l'élaboration de la théorie (A) des « quasi », permet de comprendre pourquoi il s'agit d'une explication insatisfaisante (B).

A. L'élaboration de la théorie

C'est au Royaume-Uni et aux États-Unis qu'il a été fait d'abord recours à la théorie des fonctions quasi-juridictionnelles ou quasi-contentieuses des autorités administratives. Ensuite, à différentes époques, des auteurs français ont utilisé la théorie des « quasi », tout en l'adaptant à la réalité institutionnelle française. D'une façon moins élaborée, des auteurs colombiens se sont inspirés des explications des États-Unis à l'égard de l'activité contentieuse de l'administration. La formulation dans des systèmes de la *Common law* (1) précède l'adaptation faite par la doctrine française et colombienne (2).

1. La formulation dans des systèmes de la Common law

La formulation de la théorie des fonctions quasi-judiciaires doit être cherchée dans les *administrative tribunals* créés au Royaume-Uni, par exemple les *Health Service Tribunals* en matière de sécurité sociale. En dépit de l'appellation de tribunal, il ne s'agit pas de juridictions : « *il ne faut pas confondre tribunaux avec cours* »⁷¹⁸. Ce sont des autorités administratives chargées de fonctions diverses, notamment de régulation et disposant d'un statut d'autonomie pour l'exercice de leurs fonctions. Ces organes disposent de fonctions contentieuses qui sont couramment qualifiées comme quasi-juridictionnelles⁷¹⁹. Tel est le cas en matière de régulation du transport où il existe une commission du transport, un tribunal du transport et le ministre du Transport, tous exerçant des fonctions qualifiées comme quasi-

⁷¹⁸ « *On ne doit jamais confondre tribunaux avec cours ! Seules les cours sont proprement judiciaires ; les administratives tribunals sont une forme de voie administrative éloignée de la simple ligne hiérarchique et qui est confiée à des autorités spécialisées et indépendantes ; mais, qui sont, sans aucun doute, administratives (...)* », Eduardo GARCÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989, p. 27.

⁷¹⁹ « *Ce déplacement juridictionnel, dirigé ou surveillé par les ministères, ne semble pas être une chose qui étonne quelqu'un en Angleterre* », Jorge VELEZ, *Los dos sistemas del derecho administrativo*, op. cit., p. 116.

juridictionnelles, et décidant, entre eux, les différentes instances quasi-juridictionnelles⁷²⁰. Des autorités exerçant des fonctions considérées comme quasi-juridictionnelles existent aussi notamment en matière de commerce⁷²¹, de protection à l'enfance démunie : *Tribunals for Children Homes*, en matière d'urbanisme : *The London Building Tribunal*, d'accidents du travail : *The industrial injuries Tribunals* et en matière du contentieux des allocations de l'assistance des démunis : *The National Assistance Tribunals*.

La qualification quasi-juridictionnelle des autorités de régulation a été aussi adoptée à l'égard des agences indépendantes des États-Unis⁷²². Il est ainsi affirmé par la Cour suprême des États-Unis, que la *Federal Trade Commerce* vise à « *contribuer aux fonctions législative ou judiciaire. Une telle instance ne peut, à aucun titre, être caractérisée comme le bras ou l'œil de l'exécutif (...) - la Commission agit pour partie de manière quasi législative, et pour partie de manière quasi judiciaire* »⁷²³. De même, il est affirmé par les commentateurs que « *L'autorité du Congrès dans la création des agences quasi-législative ou quasi-judiciaire et pour demander de celles-ci qu'elles agissent dans l'accomplissement de leurs devoirs indépendamment du contrôle exécutif, ne peut pas être mis en doute (...)* »⁷²⁴.

Le statut d'indépendance des agences et leur composition collégiale explique que celles-ci soient qualifiées comme des *quasi-judge*. L'appellation d'*administrative tribunal* est aussi utilisée aux États-Unis à l'égard des commissions, des agences ou même des fonctionnaires étant chargés de trancher des contentieux entre l'administration et les administrés⁷²⁵. Au sein des commissions, le procès est conduit par un *examiner* nommé par la *Civil Service Commission* ce qui garantit son indépendance. À partir de 1972, les examinateurs ont pris la dénomination d'*Administrative Law Judges* et ils doivent respecter une procédure contentieuse, en tant que directeurs du procès⁷²⁶. Les *administrative judge* proposent une *order* qui est normalement suivie par l'agence.

Les agences de régulation sont des autorités chargées en même temps de fonctions normatives et exécutives : *law-making and adjudicatory authority*. Aux termes de la loi fédérale de la procédure administrative, l'*Administrative Procedure Act* de 1946, la fonction normative ou de *law-maker* se réalise par la formulation d'une *rule*, alors que la fonction d'adjudication⁷²⁷ ou *adjudicatory* consiste en la procédure pour la formulation d'une *order*⁷²⁸

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 117-119.

⁷²¹ Il s'agit de *The Board of Trade*, instituée originalement pour trancher les contentieux des usagers, concernant la qualité, la quantité, le poids et la mesure des biens. Cette autorité est chargée, en 1914, de mener les procédures des sociétés en difficulté. La compétence s'élargit aussi aux controverses concernant la propriété industrielle. Il existe de même un *Administrative Tribunal for Trade and Commerce*.

⁷²² L'*Interstate Commerce Commission*, créée en 1887, a commencé très tôt à être qualifiée comme une agence quasi-législative et quasi-judiciaire, notamment après l'approbation de la *Hepburn Act* de 1906, grâce à laquelle, la Commission devient une agence vraiment indépendante.

⁷²³ Cour suprême des États-Unis. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S 602 (1935) In Elizabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, op. cit.*, n° 12.

⁷²⁴ Richard PIERCE, Sidney SHAPIRO et Paul VERHUIL, *Administrative Law and process, op. cit.*, p. 94.

⁷²⁵ Jorge VÉLEZ, *Los dos sistemas del derecho administrativo, op. cit.*, p. 134.

⁷²⁶ A.P.A. Section 7 (b) N 556 (c).

⁷²⁷ « *Aujourd'hui, l'adjudication constitue la fonction principale de plusieurs agences indépendantes, comme cela a été vérifié dans les cas décidés par les juges de droit administratif (Administrative Law Judge)* », Paul R. VERKUIL,

qui peut avoir pour fonction la décision d'un contentieux⁷²⁹.

2. L'adaptation par la doctrine française et colombienne

Si l'on voulait chercher un antécédent français dans la théorie des fonctions quasi-juridictionnelles, il faudrait citer NAPOLEON qui en reconstruisant le Conseil d'État l'a qualifié comme un corps « *demi-administratif, demi-judiciaire* »⁷³⁰. Cependant, le préfixe « *quasi* » n'a été utilisé qu'ultérieurement en France et sous l'influence anglo-saxonne : le quasi-juridictionnel et le quasi-contentieux sont ainsi utilisés en France (a), alors qu'en Colombie, il est des auteurs qui ont eu recours à la fonction d'adjudication (b), qualifiée comme quasi-contentieuse aux États-Unis.

a. Le quasi-juridictionnel et le quasi-contentieux en France

HAURIOU adopte le « *quasi* » en tant qu'expression couramment utilisée au Royaume-Uni⁷³¹. Chez HAURIOU, quasi-judiciaire signifie quasi-contentieux. D'après lui, l'administration conserve des fonctions de justice retenue dans lesquelles elle exerce des fonctions quasi-contentieuses lorsque le débat contradictoire est plus au moins organisé ; la fonction serait contentieuse si le débat était complètement organisé, et non contentieuse lorsque le débat « (...) *ne peut même pas y être conçu* »⁷³². Pour le maître de Toulouse, des recours quasi-contentieux⁷³³ sont exercés notamment devant le Président, lorsque la décision administrative est prise après l'avis du Conseil d'État⁷³⁴. HAURIOU voit la preuve du fait qu'il ne s'agit pas d'une

Nineteenth Annual Administrative Law Issue: Symposium: The Independence of Independent Agencies: The Purposes and Limits of Independent Agencies, Duke L.J., 1988, p. 264.

⁷²⁸ L'adjudication c'est « *la procédure de l'agence pour la formulation d'un ordre* », Section 2C de l'Administrative procedure act (A.P.A.). « *L'Adjudication signifie la procédure d'une agence pour la formulation, la modification ou la dérogation d'une règle* », §551 de l'A.P.A.

⁷²⁹ § 551 de l'A.P.A. La catégorie des *Independent Agencies* ou *Independent Regulatory Agencies* ou *Regulatory Commissions* est née, entre autres raisons, pour être chargée de la « (...) *résolution de conflits juridiques et techniques, ne pouvant pas être décidés avec la même diligence par les autorités judiciaires qui, nonobstant, conservent leurs attributions constitutionnelles pour décider en dernier ressort et avec force de chose jugée (...)* », Gabriel FERNÁNDEZ, « *La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América* », *Vniversitas* n° 106, décembre 2003, p. 183.

⁷³⁰ « (...) *je veux instituer un corps demi-administratif, demi-judiciaire, qui réglera l'emploi de cette portion d'arbitraire nécessaire dans l'administration de l'État (...)* », Déclaration de NAPOLEON au Conseil d'État le 4 mars 1806 in Pelet de la LOZERE, *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration recueillies par un membre du Conseil d'État*, 1833, p. 190.

⁷³¹ L'expression « (...) *il l'avait emprunté, m'a-t-il dit un jour, à Dicey, et en effet une telle expression est d'usage courant chez les Anglo-Saxons* », Henry PUGET, « *Les recours quasi-contentieux en droit comparé* », *loc. cit.*, p. 256.

⁷³² « *Il y a des recours contentieux, dans lesquels le débat contradictoire est complètement organisé ; il y d'autres recours qui méritent le nom de « quasi contentieux », parce que le débat contradictoire commence à s'y organiser ; il en est d'autres enfin, qui ne sont pas contentieux du tout parce que le débat contradictoire n'y est pas organisé et ne peut même pas y être conçu* », Maurice HAURIOU, *Les éléments du contentieux*, *op. cit.*, p. 19.

⁷³³ « *Il y a un certain nombre de recours quasi-contentieux qui tous sont portés devant le chef de l'État statuant en Conseil d'État, le recours du préfet contre les délibérations des conseils généraux dites définitives, organisé par l'article 47 de la loi du 10 août 1871, les recours pour abus en matière ecclésiastique et les recours contre les décisions des conseils des prises maritimes* », *ibidem*, p. 20-21.

⁷³⁴ HAURIOU affirme à l'égard des recours contre les délibérations des conseils généraux qui étaient connus par l'assemblée générale du Conseil d'État et non par la section du contentieux : « *Dans ces hypothèses où il y a des*

matière simplement administrative, dans l'impossibilité d'exercer un recours pour excès de pouvoir contre ces actes⁷³⁵.

JEZE conteste la théorie des recours quasi-contentieux en raison de l'absence de droits subjectifs et du caractère non obligatoire des avis émis par le Conseil d'État⁷³⁶. Or, après l'acceptation du contentieux objectif, la thèse de HAURIUO fait fortune et elle est généralisée pour qualifier les recours administratifs préalables obligatoires⁷³⁷. À la suite de la décision de Bayo de 1953⁷³⁸, d'après laquelle les formes processuelles n'étaient pas déterminantes pour l'identification de la juridiction, la doctrine fait recours à la théorie des fonctions quasi-contentieuses⁷³⁹ pour expliquer le recours administratif entouré d'une procédure considérée du type juridictionnel, qui a pour fonction la résolution d'un litige et, notamment, lorsque la décision est confiée à un organe administratif « à allure presque juridictionnelle »⁷⁴⁰. Ainsi, les recours quasi-contentieux sont opposés aux recours purement administratifs⁷⁴¹. Face à l'encombrement des juridictions, les auteurs plaident l'instauration de recours dits quasi-contentieux⁷⁴².

Très proche des explications de HAURIUO, le professeur Jean-Marie AUBY considère que

recours soumis à des formes qui aboutissent en définitive au Conseil d'État, bien que ces recours soient appelés administratifs, il est bien difficile de ne pas avouer qu'ils sont au fond contentieux ; que c'est si l'on veut du contentieux de justice retenue, mais enfin du contentieux », Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 2^e éd., L. Larose et Forcel, Paris, 1893, p. 207. L'idée d'après laquelle ce recours administratif décidé par le Président en Conseil d'État avait une nature contentieuse a disparu des éditions ultérieures de son précis, notamment *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Larose, Paris, 1901, note n° 1, p. 242 où il se limite à expliquer la compétence du Conseil de l'Assemblée du Conseil d'État. La dernière édition a tout simplement supprimé l'exemple : *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Sirey, Paris, 1933, p. 82-83.

⁷³⁵ HAURIUO est suivi par MICHOUO pour qui : « Si les conseils généraux n'ont pas de recours contre le décret annulant une de leurs délibérations, cela tient uniquement à ce que ce décret est déjà lui-même une décision quasi-contentieuse », Léon MICHOUO, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1^{re} partie, L.G.D.J., Paris, 1906, p. 306.

⁷³⁶ « Le contentieux proprement dit, c'est la constatation de droits subjectifs, d'obligations subjectives. Prononcer l'annulation d'un acte, c'est constater la violation du droit objectif, la violation de la légalité objective », Gaston JEZE, note sous C.E.f. 10 février 1905, *Monsservin et autres* ; 10 novembre 1905, *Carrière*, R.D.P. 1906, p. 54.

⁷³⁷ « (...) si le recours à l'autorité supérieure a un caractère contentieux ou quasi-contentieux, il est obligatoire, et doit précéder le recours pour excès de pouvoir...si le recours à l'autorité supérieure n'a qu'un caractère hiérarchique, il est facultatif et ne peut pas faire obstacle au recours pour excès de pouvoir *omisso medio* », Raphaël ALBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926, p. 189. « (...) Cette réclamation constitue un recours quasi-juridictionnel - donc une condition de recevabilité du recours juridictionnel contre l'acte administratif - et doit être introduite dans les trois mois de la notification de l'acte concerné », Eugénie PREVÉDOUROU, « L'influence de l'obligation du recours administratif préalable sur l'action en justice », Note sous l'arrêt de la C.J.C.E du 17 avril 1997, *Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) c/ Evrenopoulos*, C-147/95, R.F.D.A. 1998, p. 1023.

⁷³⁸ C.E.f. Ass. 12 décembre 1953, *de Bayo*, Rec. 566 ; R.P.D.A. 1954, p. 6.

⁷³⁹ Henry PUGET et Georges MALEVILLE, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *loc. cit.*, p. 112.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁷⁴¹ Les recours quasi-contentieux « (...) sont portés devant une autorité qui participe de l'administration active (...) Mais cette autorité, à l'opposé de ce qui a lieu pour les recours purement administratifs, statue après le déroulement obligatoire d'une procédure qui affecte des formes contentieuses et implique souvent l'intervention d'organes divers chargés de procéder à des enquêtes sur les points en litige et d'émettre des avis sur la solution que le litige doit recevoir », Henry PUGET, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *cit.* p. 257.

⁷⁴² « (...) ces commissions administratives devraient fonctionner selon des formes « quasi-contentieuses », c'est-à-dire respectueuses du caractère contradictoire de la procédure, de l'impartialité de l'instance, du respect des garanties des parties (...) La composition de ces organismes devrait être définie avec un soin particulier », Jean-Marie, WOEHRLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », *loc. cit.*, p. 357.

les recours administratifs sont quasi-contentieux parce que le régime juridique n'est pas encore complètement conforme à la fonction de résolution des litiges. Ainsi, les recours administratifs ne seraient pas définitivement quasi-contentieux ; mais, ils pourraient devenir complètement contentieux⁷⁴³.

De même qu'à l'égard de certains recours administratifs, la qualification de quasi-contentieux est donnée volontiers à la matière disciplinaire. Dans ce cas, les auteurs vont plus loin, car ils considèrent que la matière est matériellement juridictionnelle⁷⁴⁴; mais, lorsque celle-ci est attribuée à la décision de l'administration, à la suite d'une procédure respectant certaines formes, la répression disciplinaire serait quasi-contentieuse⁷⁴⁵.

Les autorités administratives indépendantes apportent de nouvelles raisons pour réadapter la théorie des fonctions quasi-juridictionnelles : non seulement il semblait naturel d'avoir recours aux explications données à ces organes dans les systèmes dont la France s'est inspirée, mais aussi, des éléments organiques traditionnellement considérés comme typiquement juridictionnels, tels que l'indépendance, sont attribués à des autorités administratives. Dès lors, certains auteurs réussissent à se délier de l'équivalence entre la juridiction et le contentieux et, pour cela, ils récupèrent l'expression « *quasi-juridictionnelle* »⁷⁴⁶ afin de l'utiliser au lieu de celle de quasi-contentieux, pour qualifier ces organes⁷⁴⁷ *sui generis* et qui sont montrés comme le signe de la crise des juridictions⁷⁴⁸. Mis à part les éléments organiques, les pouvoirs contentieux attribués aux autorités indépendantes sont aussi considérés comme quasi-juridictionnels⁷⁴⁹ et la sanction administrative, comme

⁷⁴³ « *Tel est certainement le point de vue actuel du Conseil d'État, amené par la pression des dossiers à souhaiter « La prévention du contentieux administratif » (titre du rapport de 1988 de la Commission du rapport et des études). Force est de reconnaître cependant que le Conseil d'État est arrivé assez tard à ces vues. Pendant longtemps, la Haute Juridiction n'a pas souhaité donner au recours administratif une organisation de nature à en faire réellement une institution de règlement des litiges* », Jean-Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *loc. cit.*, p. 98.

⁷⁴⁴ « *La juridictionnalisation de la fonction disciplinaire ou le fait que l'on ait revêtu de certaines formes cette fonction est, au fond, une preuve que l'on était là en présence d'une fonction qui, par nature, est juridictionnelle* », Gustave PEISER, *Le recours en cassation en droit administratif français*, *op. cit.*, p. 216.

⁷⁴⁵ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁴⁶ « *Il est commun dans la doctrine de décrire les « autorités administratives indépendantes » (A.A.I.) comme des organes « quasi juridictionnels » (...). Au plan matériel, ces autorités produisent des actes de contenu soit général (régulation) soit individuel (sanctions). Au plan formel, les organes sont de composition mixte, leurs membres sont nommés par le pouvoir gouvernemental et comptent, entre autres, des magistrats. Les A.A.I. présentent la particularité de ne pas être soumises à la hiérarchie administrative, de ne pas recevoir d'instruction du gouvernement. Cette description permet de constater la nature mi-administrative, mi-juridictionnelle de ces institutions* », Isabel Boucobza, *La fonction juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 141.

⁷⁴⁷ Le Conseil de la concurrence est un organe « *quasi-juridictionnel* », Roland DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *J.C.P.* 1987, I, 3300.

⁷⁴⁸ « *Qu'il suffise ici de citer le rôle accru qu'on envisage de donner, en matière économique, à des organes « quasi juridictionnels » sui generis, tels que la Commission des opérations de bourse en France et la Commission bancaire en Belgique : ainsi, devant l'inadéquation des modèles classiques, de nouveaux mécanismes régulateurs du marché semblent s'instaurer et exigent une redéfinition du rôle du droit* », Jacques LENOBLE, « Introduction », *loc. cit.*, p. 3. La crise des juridictions est marquée par « (...) l'existence d'attributions quasi-juridictionnelles confiées à des autorités administratives indépendantes », Yves GAUDEMET, « Crise du juge et contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 99.

⁷⁴⁹ « (...) la nature des décisions prises par l'A.R.T. dans le cadre de ce pouvoir quasi-juridictionnel demeure administrative », Élisabeth ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *P.A.* 23 janvier 2003 n° 17, p. 26.

quasi-pénale⁷⁵⁰. De surcroît, face à la multiplication de ces organes, les actes considérés comme quasi-juridictionnels sont rangés comme un nouveau moyen de l'action administrative⁷⁵¹.

b. La fonction d'adjudication en Colombie

La théorie anglo-saxonne expliquant les fonctions contentieuses des agences américaines des États-Unis comme une fonction quasi-juridictionnelle est fondée normativement sur une certaine fonction d'adjudication dont ces autorités sont chargées⁷⁵² et qui serait partagée avec les juridictions. Cela a permis à certains auteurs colombiens de parler d'une telle « *función de adjudicación* » des autorités administratives colombiennes⁷⁵³. De même, en prétendant que la fonction d'adjudication est celle exercée tant par les juridictions, que par ces autorités administratives, la théorie de l'*adjudicatory function* est utilisée pour expliquer la fonction des juridictions⁷⁵⁴. Ainsi, la fonction d'adjudication des juridictions consisterait en la résolution des contentieux⁷⁵⁵, tenant compte des considérations « *d'opportunité, de convenance et d'efficience* »⁷⁵⁶. Tout se passe comme si, faute d'une étude sérieuse de la fonction contentieuse des juridictions, en tant que fonction non simplement normative-positive, il faudrait abandonner l'expression *funcion juridiccionnelle* et avoir recours à l'imprécis et trompeur anglicisme *funcion d'adjudication*⁷⁵⁷. Or, l'adjudication ne serait rien de nouveau puisque le même auteur reconnaît l'existence d'un « *modèle kelsenien d'adjudication* »⁷⁵⁸.

⁷⁵⁰ « (...) qu'il s'agisse de la prérogative quasi pénale ou para-pénale d'infliger des sanctions, ou bien de la faculté quasi civile de trancher des litiges qui pourraient être soumis concurremment au juge de droit commun », Jean MARIMBERT, « L'office des autorités de régulation », P.A. 3 juin 2002, n°110, p. 73. Dans le même sens : Jean-Marc SAUVE, « Justice administrative et autorités de régulation » Intervention au Colloque EFB-Dalloz - 9 avril 2008 in <http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/coll-efb-dalloz.pdf>, consulté le 10 fév. 2009.

⁷⁵¹ « Il est donc nécessaire de reconnaître que son rôle actuel s'étend à la réalisation des intérêts publics à la fois par des actes normatifs de nature administrative et par des actes quasi-judiciaires (...) », Giovanni BOGNETI, *La divisione dei poteri*, op. cit., p. 84.

⁷⁵² L'adjudication c'est « la procédure de l'agence pour la formulation d'un ordre », Section 2C de l'*Administrative procedure act* (A.P.A.). « L'Adjudication signifie la procédure d'une agence pour la formulation, la modification ou la dérogation d'une règle », § 551 de l'A.P.A.

⁷⁵³ « Contrairement à la réglementation, l'adjudication consiste à réguler un secteur par des poursuites à l'encontre des personnes et des entreprises, visant à produire des décisions de sanction ou d'acquiescement fondées sur l'interprétation des normes préétablies (...) Il s'agit du cas typique des décisions des juges, de même que des autorités administratives disposant des fonctions juridictionnelles ou menant des procédures structurées de façon similaire à celle d'un procès judiciaire », Andrés PALACIOS, « Introducción al análisis económico del derecho administrativo », *Revista de derecho público*, n° 22, Universidad de los Andes, Bogota, fév. 2009, p. 15-16.

⁷⁵⁴ Il est possible de trouver cette affirmation dans la doctrine française : « (...) le procédé juridiccionnel – procédé d'adjudication- permet seulement de trancher des litiges », Antoine JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2001, p. 18.

⁷⁵⁵ « J'entends l'adjudication comme la fonction institutionnelle confiée aux juges pour trancher des controverses juridiques entre deux parties, dans le cadre d'un procès judiciaire (...) la fonction d'adjudication implique un autre type de compétences qui ne sont pas non plus prédéterminées par le droit », Juan UPEGUI, « Crítica sobre un modelo de adjudicación. Análisis de algunos presupuestos acrícticos de la función judicial », *Revista de Derecho del Estado*, n° 16, Universidad Externado de Colombia, juin 2004, p. 145.

⁷⁵⁶ « (...) le juge doit accomplir diverses tâches qui vont au-delà de la vérification des faits et de l'imputation des conséquences (...) il doit prendre en considération des circonstances d'opportunité, de convenance et d'efficience », *ibidem*, p. 151. Or, l'équité est déjà constitutionnellement considérée comme un des critères auxiliaires de la décision juridiccionnelle : art. 230 Const.c.

⁷⁵⁷ D'ailleurs, sémantiquement cela signifierait que la fonction de juge ne consiste qu'à décider, alors que l'expression fonction juridiccionnelle pourrait, elle, être beaucoup plus large et compréhensive.

⁷⁵⁸ Juan UPEGUI, « Crítica sobre un modelo de adjudicación », *loc. cit.*, p. 148.

Ces théories oublient qu'en droit colombien le mot adjudication a un sens très précis ; mais, surtout, ils oublient qu'aux États-Unis la fonction d'adjudication consiste à la prise des décisions obligatoires, des ordres (*order*)⁷⁵⁹. Ainsi, la prétendue spécificité de la théorie de l'« *adjudicatory fonction* » des juridictions et des autorités administratives ne serait qu'une apparence, puisqu'aux États-Unis les fonctions de *rulemaking* ou fonction réglementaire s'opposent aux fonctions de prise des ordres (*order*), d'*ajudication* ou de décision individuelle, soit elle contentieuse ou non. En d'autres termes, l'*adjudication* ne peut nullement définir l'activité contentieuse de l'administration⁷⁶⁰, car elle se traduit par la prise d'actes individuels. Ainsi, la typologie des *orders* est tellement grande (par exemple, on y compte des autorisations, des retraits des agréments, des sanctions, etc.⁷⁶¹) qu'il est difficile de considérer la composante contentieuse de certains de ces actes comme la caractéristique de l'*adjudication*⁷⁶².

Bien que la théorie des fonctions quasi-(juridictionnelles ou contentieuses) soit très utilisée pour expliquer l'activité contentieuse de l'administration, la théorie est superflue.

B. Une théorie insatisfaisante

Il n'existe pas une seule forme de la théorie des « *quasi* » : celle des fonctions quasi-juridictionnelles prétend que l'administration réalise presque la même fonction que la juridiction ; celle des fonctions quasi-contentieuses prétend que l'activité n'est pas complètement contentieuse en raison des garanties processuelles manquantes ou de l'autorité qui n'est pas contentieuse, voire juridictionnelle. En dépit des différences, ces théories renvoient à la même idée de quelque chose qui n'est pas une fonction incomplète ou qui l'est presque. En prétendant que le contentieux est un élément juridictionnel (1), les critiques de la théorie (2) sont tellement sérieuses qu'il est nécessaire de l'abandonner comme explication de l'activité contentieuse de l'administration.

1. Le contentieux serait un élément juridictionnel

⁷⁵⁹ « (...) le terme *adjudication* peut évoquer non seulement la décision qui résout un véritable et propre litige, née par l'effet de l'action de l'agence, mais l'ensemble de toutes les actions destinées à produire des effets contraignants à l'égard d'un ou de plusieurs individus précis, personnellement et individuellement concernés par la décision », Barbara MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti*, Milano, CEDAM, Università di Trento, 2005, p. 63.

⁷⁶⁰ L'idée d'adjudication a aussi influencé le droit italien : « Sur cette prémisse du droit positif, il émerge au moins trois types : l'un incarné par l'Autorité qui garantit la concurrence et le marché, qui a seulement compétence d'attribution (*adjudication*) et non de régulation du secteur dont il s'occupe. La fonction d'attribution (*adjudication*) est exercée de façon syllogistique pour décider des cas concrets en appliquant la loi, tandis que les pouvoirs réglementaires à sa disposition ne concernent que sa propre organisation et son propre fonctionnement (...) », Giuliano AMATO, « Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 3, 1997, p. 647.

⁷⁶¹ *memo* § 551 A.P.A. définit ce qui est un *order* « *the whole or part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in matter other than rulemaking but including licensing* ».

⁷⁶² Barbara MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti*, *op. cit.*, p. 67-68.

La caractéristique des idéals-type consiste à réaliser une description idéale n'ayant pas pour fonction la représentation de la réalité, mais sa comparaison avec ces modèles simplement descriptifs. Ainsi, il existe un idéal-type du contentieux qui est nécessairement tranché par une juridiction, mettant en place un ensemble de garanties processuelles. En tant qu'idéal-type, il existerait des dérogations permises, dans la mesure où elles sont couvertes sous le label de quasi-juridictionnel ou quasi-contentieux. Cette situation considérée comme anormale justifierait le déplacement des garanties considérées comme « *juridictionnelles* »⁷⁶³ à des autorités administratives exerçant des fonctions quasi-contentieuses. Afin d'élargir l'application des garanties considérées comme juridictionnelles à des organes administratifs, le Conseil d'État français a adopté trois méthodes différentes. Premièrement, lorsque la loi reconnaissait expressément une garantie à une autorité dont les décisions étaient, à son tour, l'objet d'un recours, l'autorité qui décidait le recours devait respecter les mêmes garanties présentes dans la décision contestée⁷⁶⁴. Deuxièmement, en prétendant conserver l'idéal-type dont le contentieux serait juridictionnel, la jurisprudence a reconnu un nombre non négligeable d'autorités administratives collégiales, comme des juridictions spécialisées. Troisièmement, tout en reconnaissant qu'il s'agissait d'autorités administratives, il fallait justifier que le contentieux n'était pas juridictionnel et qu'il y avait de la procédure « *juridictionnelle* » dans l'administration. Face à des organes collégiaux, il est proposé l'application de garanties juridictionnelles, tout en les qualifiant comme quasi-juridictionnelles⁷⁶⁵. Cette méthode s'est reproduite à plusieurs reprises⁷⁶⁶.

La théorie des « *quasi* » est conçue comme un instrument du monopole juridictionnel de la procédure qui est dénoncé par ISAAC⁷⁶⁷ : la contradiction, la publicité, la motivation et cetera, ne sont possibles devant l'administration que lorsqu'elle exerce des fonctions quasi-juridictionnelles. Pour maintenir le monopole juridictionnel sur la procédure, il était nécessaire d'affirmer qu'il y avait quelque chose de contentieux et, par là, de juridictionnel, pour accorder la procédure⁷⁶⁸. La théorie des quasi est récupérée par le professeur BRISSON qui, tout en dénonçant comme équivoque l'expression « *recours quasi-juridictionnels* » ou « *quasi-contentieux* »⁷⁶⁹, propose de parler des recours aux formes quasi-contentieuses⁷⁷⁰. Ainsi,

⁷⁶³ « Néanmoins, les arrêts de la Cour de cassation (...) comme ceux du Conseil d'État (...) ont progressivement imposé des garanties juridictionnelles aux autorités de régulation » pourtant il conclut : « Les autorités de régulation se sont 'processualisées' », Guy CANIVET, « Régulateurs et juges : conclusions générales », P.A. 23 janvier 2003 n° 17, p. 50.

⁷⁶⁴ Les décisions prises par le Conseil régional des architectes sont motivées d'après l'art. 12 de la loi du 31 déc. 1940. Cela a permis au Conseil d'État d'exiger la motivation des décisions du Conseil supérieur de l'Ordre des architectes décidant l'appel contre le refus d'inscription au tableau : C.E.f. 14 juin 1946, *Van den Vergaete, Rec.*, p. 167, S. 1947, III, p. 23 ; *Droit social* 1947, p. 57, note P.H.

⁷⁶⁵ Maxime LETOURNEUR, conclusions sous C.E.f. 27 janvier 1950 *Sieur Billard, Rec.*, p. 58, S. 1950, 3, p. 41.

⁷⁶⁶ C.E.f. 13 juin 1958, *Sieur Esnault, Rec.*, p. 343, conclusions BRAIBANT. Guy BRAIBANT, conclusions sous C.E.f. 24 avril 1964, *Delahaye, Droit social*, 1964, p. 435.

⁷⁶⁷ « La notion de « quasi contentieux » appliquée à différentes matières administratives est particulièrement préjudiciable à l'appréhension et à la conception de la notion globale d'autonomie de la Procédure administrative non contentieuse (...) », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 36.

⁷⁶⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁷⁶⁹ « La notion de « recours quasi contentieux » s'avère une construction artificieuse : elle constitue en fait un obstacle au développement de la procédure devant les autorités administratives chargées de statuer sur les recours des particuliers », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 116.

⁷⁷⁰ « (...) orienter les recours préalables vers des commissions administratives spéciales présidées par des magistrats de l'ordre administratif et statuant selon des formes 'quasi-contentieuses' », *ibidem*, p. 465

lorsque la procédure n'est pas complètement conforme à la fonction contentieuse des recours, ce serait la procédure et non le recours qui serait quasi-contentieux.

La qualification quasi-juridictionnelle en raison de la procédure n'est pas néanmoins une attitude seulement française. En droit administratif allemand, il est des auteurs qui ont recours à la théorie de la procédure quasi-juridictionnelle⁷⁷¹ et qui considèrent que quand les directives européennes disposent que les recours doivent être décidés par un organe qui peut être administratif, mais indépendant, composé par des membres irrévocables et menant une procédure contradictoire⁷⁷², ces directives exigeraient une procédure qui aux yeux de l'auteur serait « *quasi-judiciaire* »⁷⁷³.

Or, ni le contentieux ni les formes procédurales ne sont essentiellement juridictionnels. Seulement la décision ayant force de chose jugée est exclusivement juridictionnelle. De cette façon, l'expression quasi-juridictionnelle ne pourrait avoir qu'un sens : la fonction de prendre des décisions ayant presque les effets de la chose jugée⁷⁷⁴.

2. Une théorie critiquable

Longtemps occultée et considérée comme une anomalie, l'activité contentieuse de l'administration s'est présentée comme une nouveauté à la doctrine qui, tout naturellement, a essayé de l'encadrer dans les catégories connues : « *C'est souvent par approximation que l'on réagit devant un phénomène inconnu : on cherche le morceau de contenu, déjà présent dans notre encyclopédie, qui pourra rendre plus ou moins bien raison du fait nouveau* »⁷⁷⁵. Parler des fonctions quasi-juridictionnelles de l'administration pourrait être aujourd'hui plus aisé qu'élaborer une théorie de l'activité contentieuse de l'administration : les juristes sauront facilement ce à quoi fait référence la fonction quasi-juridictionnelle de l'administration.

⁷⁷¹ « Pour un autre type de controverses, néanmoins, il est possible de mettre en place une procédure administrative à des formes quasi-judiciaires afin d'adopter une décision obligatoire », Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, I.N.A.P., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2003, p. 379-380.

⁷⁷² Directive 89-665 CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, art 2.8, § 8. « Lorsque les instances responsables des procédures de recours ne sont pas de nature juridictionnelle, leurs décisions doivent toujours être motivées par écrit. En outre, dans ce cas, des dispositions doivent être prises pour garantir les procédures par lesquelles toute mesure présumée illégale prise par l'instance de base compétente ou tout manquement présumé dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une autre instance qui soit une juridiction au sens de l'article 177 du traité et qui soit indépendante par rapport au pouvoir adjudicateur et à l'instance de base. La nomination des membres de cette instance indépendante et la cessation de leur mandat sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux juges en ce qui concerne l'autorité responsable de leur nomination, la durée de leur mandat et leur révocabilité. Au moins le président de cette instance indépendante doit avoir les mêmes qualifications juridiques et professionnelles qu'un juge. L'instance indépendante prend ses décisions à l'issue d'une procédure contradictoire, et ces décisions ont, par les moyens déterminés par chaque État membre, des effets juridiques contraignants ». Cette disposition est reproduite dans un autre domaine par la Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, art. 2.9.

⁷⁷³ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, op. cit., p. 380.

⁷⁷⁴ « (...) une véritable fonction parajuridictionnelle, ou quasi-juridictionnelle, car les solutions de la Haute assemblée n'étaient pas remises en question par les autorités publiques », Frank MODERNE, « Origine et évolution de la juridiction administrative en France », *Les juridictions administratives dans le monde, France – Amérique latine, La revue administrative*, n° spécial 1999, p. 17.

⁷⁷⁵ Umberto Eco, *Kant et l'ornithorynque*, Grasset, Paris, 1997, p. 61, cité par Jean-Marie PONTIER, « La notion d'état intermédiaire en droit administratif », loc. cit., p. 67.

Cependant, cette apparente clarté n'est que le résultat de l'occultation réussie de l'activité contentieuse de l'administration, ainsi que de la conception idéaliste de la séparation des pouvoirs. À travers le recours à la théorie des « quasi », l'activité contentieuse de l'administration est faussée « *comme si c'était une juridiction* »⁷⁷⁶, et tel n'est pas le cas. Comme si l'administration était contentieuse, alors qu'elle l'est déjà !

Les théories sur le quasi-juridictionnel ou le quasi-contentieux ne sont pas de véritables explications de l'activité contentieuse de l'administration. Ce sont des réponses données en différents moments, adaptées aux circonstances qui ont dû affronter cette fonction. Tout d'abord, il est affirmé qu'il s'agit de fonctions quasi-juridictionnelles afin de donner une apparence de respect au schéma classique de la séparation des pouvoirs. « *De la même façon qu'il a été dit maintes fois que l'hypocrisie c'est un hommage que le mensonge rend à la vérité* »⁷⁷⁷, la théorie des fonctions quasi-juridictionnelles est un hommage que la doctrine rend à la vision tant classique, qu'utopique de la séparation des pouvoirs⁷⁷⁸. En effet, lors de la discussion parlementaire engagée aux États-Unis en 1937 sur la constitutionnalité des agences administratives, le comité a conclu qu'il s'agirait d'un « *quatrième pouvoir sans tête* »⁷⁷⁹. Ensuite, lorsque la Cour suprême des États-Unis a soutenu qu'une agence exerce des fonctions quasi-juridictionnelles, cela n'était pas fait sur une motivation académique de la jurisprudence, mais avec l'intention délibérée de nier que les agences étaient « *le bras de l'exécutif* »⁷⁸⁰ et justifier de cette façon que le Président des États-Unis ne disposait pas des pouvoirs habituels à l'égard des membres de ces autorités. La nature non complètement administrative des agences a permis de façonner l'indépendance de ces organes⁷⁸¹. Enfin, l'activité contentieuse de l'administration est qualifiée comme quasi-contentieuse, pour expliquer l'existence du contentieux en dehors des juridictions et, justifier par là, l'application des garanties considérées comme exclusivement juridictionnelles aux autorités administratives.

Même au Royaume-Uni, où la théorie des fonctions *quasi* est d'abord utilisée, cette explication fait l'objet de critiques et même de ridiculisations : les *administrative-tribunals* seraient « *une cour quasi-judiciaire, présidée par une quasi-juge chargé d'appliquer une quasi-*

⁷⁷⁶ « *On paraît radicaliser la démarche en recourant au terme anglo-saxon de quasi-jurisdiction. Mais les latinistes rangeront ce courant doctrinal dans la tendance canadienne : quasi=comme si. Comme si c'était une juridiction* », Claude Lucas DE LEYSSAC, « Faut-il faire du Conseil de la Concurrence une juridiction ? », *loc. cit.*, p. 274-275.

⁷⁷⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, « Prólogo a la segunda edición », in León CORTIÑAS-PELÁEZ, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, 3^e éd., Temis, Bogota, 2003, p. XXIV.

⁷⁷⁸ « *Pour pallier une objection d'une telle entité, on a recouru à la tant usitée que floue formule des pouvoirs quasi-législatifs (...) Ces corps, selon le magistrat Jackson, « sont arrivés à être une quatrième branche du gouvernement, altérant notre théorie des trois branches, de la même façon comme la quatrième dimension a bouleversé notre pensée traditionnelle (...) Les agences administratives ont été nommées comme quasi-législatives, quasi-exécutives et quasi-judiciaires, selon qu'il soit requis par l'occasion, afin de valider leurs fonctions à l'égard du schéma de séparation des pouvoirs de la Constitution* », Jorge VELEZ, *Los dos sistemas de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 414.

⁷⁷⁹ Rapport BROWNLOW : *Rapport du President's Committee on Administrative Management*, Washington, 1937.

⁷⁸⁰ Cour suprême des États-Unis. *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S 602 (1935) In Elizabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, n° 12.

⁷⁸¹ La décision est prononcée en raison de la destitution du directeur de la *Federal Trade Commission* par décision du Président des États-Unis Cf. William LEUCHTENBURG, « The case of the contentious commissioner: Humphrey's Executor vs. United States », in *Freedom and reform: essays in honor of Henry Steele*, H/M. Imán & L.W. Levy eds. 1967, p. 278-312.

loi à des affaires quasi-contentieuses. Les quasi-parties présentent des quasi-preuves ; le tribunal vérifie les quasi-faits et prend en considération les quasi-précédents et les quasi-principes. Après, le quasi-juge applique une quasi-loi, par une décision quasi-judiciaire, écrite sur un document quasi-officiel et produisant des effets quasi-obligatoires. En ayant fini l'affaire quasi-judiciaire, les membres du quasi-tribunal vont prendre une quasi-bière, juste avant d'aller déjeuner des croquettes de quasi-poulet. Finalement, ils partent chez eux, se réunir avec leurs quasi-femmes »⁷⁸².

Affirmer que l'activité contentieuse de l'administration est une fonction quasi-juridictionnelle ou quasi-contentieuse ou que les formes qu'elle utilise sont quasi-juridictionnelles ne constitue nullement une véritable définition de cette fonction. Il s'agit simplement de descriptions fondées sur ce que l'on considère comme juridictionnel : cela ne consisterait qu'à dire que la fonction est organiquement administrative ; mais, qu'elle est matériellement juridictionnelle et qu'elle utilise des formes juridictionnelles et que pour cette incohérence, cela n'est qu'un hybride. L'étendue des matières auxquelles est appliquée la théorie des « *quasi* » est tellement large (recours administratifs, sanction disciplinaire, fonctions des autorités indépendantes), que l'inexistence d'une véritable explication de cette fonction reste incompréhensible et qu'on continue à parler comme si c'était... sans véritablement expliquer de quoi il s'agit.

Conclusion du Chapitre

Sans réaliser une étude détaillée de l'évolution de l'activité contentieuse de l'administration, les traits caractéristiques d'une évolution ont été marqués, dans laquelle la fonction de résolution des litiges est passée d'être courante dans les administrations monarchiques, à être considérée, actuellement, comme une anomalie exceptionnelle. En France, l'activité contentieuse de l'administration s'est vue attribuer la compétence de principe à l'égard du contentieux administratif, en raison de la séparation des autorités administratives et judiciaires. En Colombie coloniale, des autorités aujourd'hui considérées comme administratives, notamment l'alcalde, exerçaient de larges fonctions contentieuses, judiciaires et non judiciaires.

Le XIXe siècle a signifié le début du faussement de l'activité contentieuse de l'administration : en France, les administrateurs chargés de fonctions contentieuses ont été considérés comme des juridictions, alors qu'en Colombie, l'interprétation de la séparation des pouvoirs a déterminé le fait que tout contentieux non juridictionnel soit considéré aussi bien anormal qu'inexistant. De manière différente, les deux systèmes sont arrivés à la même conclusion, que tout le contentieux était juridictionnel. Consolidé par cette idée, le XXe siècle défiait la cohérence du système par la naissance d'organes exerçant des fonctions administratives et menant une procédure. Pour tenter de remettre en ordre le système, l'on a

⁷⁸² William ROBSON, *Justice and Administrative Law*, 3^e éd., Londres, 1951, réimp. Greenwood press, publishers, Connecticut, 1970, p. 495-496.

fait appel à la reconnaissance successive de juridictions administratives spécialisées. De cette façon, le contentieux et les garanties seraient encore exclusivement juridictionnels. Tant la théorie de l'administrateur-juge, que celle des juridictions spécialisées viseraient inutilement à effacer l'activité contentieuse de l'administration. La Colombie, quant à elle, s'est aperçue de l'impossibilité de continuer à prétendre, au titre de la séparation des pouvoirs, que tout le contentieux devait être tranché par des juridictions. Une réélaboration, dénommée collaboration entre les branches du pouvoir, a confirmé que tout le contentieux serait encore formellement juridictionnel, même lorsque c'est l'administration qui tranche les litiges. La théorie des fonctions juridictionnelles de l'administration n'est souvent qu'une forme colombienne de nommer de véritables juridictions spécialisées, organiquement placées dans l'administration.

À l'aide d'éléments organiques, la théorie des fonctions administratives est aussi conçue comme si l'activité administrative était, dans tous les cas, non contentieuse. L'administration agirait sans retrouver des obstacles contentieux, puisque l'administré devrait attendre pour contester devant le juge. La décision exécutoire signifierait que la décision est non contentieuse. Même lorsque l'administration décide la légalité d'un acte administratif ou sanctionne un fonctionnaire, la fonction serait nécessairement non contentieuse. Le contrôle administratif serait conforme au dessin non contentieux de l'action administrative.

L'activité contentieuse de l'administration a dû subir l'évolution de la configuration du pouvoir et de l'élaboration du système de droit administratif. Dans le contexte de l'occultation, lorsque des auteurs se sont intéressés à l'activité contentieuse de l'administration, ils n'ont pas réussi à se délier des préjugés à l'encontre du contentieux non juridictionnel ; ainsi, l'activité contentieuse de l'administration est qualifiée, par rapport à la juridiction, comme une activité matériellement juridictionnelle, quasi-juridictionnelle ou quasi-contentieuse.

La reconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration demande la formulation d'une explication propre, déliée des préjugées et précisant la véritable place de la fonction contentieuse dans l'organisation du pouvoir.

Chapitre 2. La reconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration

La reconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration implique l'adoption d'une explication propre du phénomène et qui soit élaborée de façon complète. Pour cela, la reconnaissance de cette activité doit répondre à diverses questions : ce en quoi consiste, sa raison d'être, sa place dans l'activité administrative, sa compatibilité avec les principes de l'État de droit et, par conséquent, les conditions de sa constitutionnalité. Les différentes façons d'aborder, en soi, cette fonction seront ainsi étudiées. D'un côté, il sera question d'adopter une théorie de l'activité contentieuse de l'administration (section 1), et ensuite, de s'intéresser aux caractéristiques de l'activité contentieuse de l'administration (section 2).

Section I. Vers une théorie de l'activité contentieuse de l'administration

Pour la théorisation de l'activité contentieuse de l'administration, il est d'abord question de réaliser un choix méthodologique entre des théories visant à expliquer ce phénomène à partir de la procédure contentieuse ou de la fonction contentieuse (**Sous-section 1**). Ensuite, il sera nécessaire d'introduire l'activité contentieuse de l'administration dans la théorie de l'État (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La procédure contentieuse ou la fonction contentieuse

Il existe deux manières d'expliquer l'activité contentieuse de l'administration : l'une, procédurale, considère que la forme contentieuse qui est parfois adoptée par l'activité administrative relève des traits communs qui justifient la formulation d'une théorie d'une fonction processuelle de l'administration. L'autre, considère que la procédure n'est que le signe extérieur d'une activité administrative de résolution des litiges, permettant une explication qui va au-delà des différences processuelles. Il y a une approche processuelle (**§ 1**), ainsi qu'une approche matérielle (**§ 2**), même si les deux approches prennent en considération des éléments matériels et processuels.

§ 1. Une approche processuelle

L'étude des formes processuelles de l'activité administrative montre à la doctrine la

présence de formes qui sont différentes de celles de l'activité administrative ordinaire, ainsi que des situations où l'administration se trouve dans une impartialité particulière à l'égard de l'affaire soumise à sa décision. Ces situations permettent de donner des explications à partir de la position spéciale qu'adopte l'administration (**A**). Ainsi, l'observation de la procédure spéciale qu'applique l'administration permet de parler d'une activité administrative processuelle (**B**).

A. La position spéciale qu'adopte l'administration

Dans les procédures classiques l'opposition de droits ou d'intérêts entre deux particuliers est tranchée par une juridiction civile. Cependant, il est des cas où ces contentieux considérés, en principe, comme privés, sont résolus par l'administration qui adopte une position de tiers impartial à l'égard du litige. La doctrine espagnole voit dans cette hypothèse, dans un premier temps, l'existence de procédures administratives triangulaires (1). Cette théorie est ensuite considérée comme décrivant la procédure de la fonction arbitrale de l'administration (2).

1. Les procédures administratives triangulaires

La doctrine espagnole des années 70 commence à s'apercevoir de l'existence de procédures administratives qui sortent du schéma classique dans lequel l'administration prend une décision lésant un administré. La relation procédurale classique est alors bilatérale ou linéale. En revanche, le constat porte sur des procédures où la décision administrative qui lèse un administré bénéficie à la fois à un autre, ou vice-versa. Dans ce cas, la relation est trilatérale ou, le cas échéant, multilatérale, lorsque les personnes vinculées par la décision sont plusieurs. La relation processuelle multilatérale se présente ainsi dans les cas où il préexiste une relation multiple ou lorsqu'une situation juridique entre deux particuliers est finie ou modifiée par la décision administrative. Il est aussi des cas où cette relation juridique naît de la décision administrative. De telles procédures ont été ainsi qualifiées comme triangulaires²³⁵⁶ quand l'administration prend une décision ayant des effets à l'égard des deux administrés que renferme le triangle.

Ces procédures triangulaires ou multilatérales se présentent notamment dans les cas d'adjudication de contrats ou de sélection des fonctionnaires ou lorsque l'administration prend des décisions de police lésant un particulier et faisant bénéficier, en même temps, un autre²³⁵⁷. Il s'agit, par exemple, des cas où l'autorité de police décide les réclamations des administrés à l'égard des autres pour cause d'un bâtiment menaçant ruine, de troubles à la tranquillité publique ou d'infractions à la régulation urbanistique

²³⁵⁶ Francisco GONZÁLEZ, "Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos", *Revista de estudios de la vida local*, n° 211, 1981, p. 409-454.

²³⁵⁷ Francisco GONZÁLEZ, *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Pamplona, 1997, p. 525 y ss.

lésant des tiers²³⁵⁸. L'existence de ce genre de situations emporte des conséquences procédurales, notamment sur le droit de défense qui est reconnu à l'administré qui est lésé par la procédure administrative triangulaire ou aux sujets concernés par la procédure multilatérale. L'intervention de ces administrés détermine ainsi une configuration particulière du déroulement de la procédure administrative.

À partir des exemples des procédures administratives triangulaires, il est possible de voir que la composante contentieuse n'est pas essentielle ; la procédure administrative peut se construire sur l'inclusion de plusieurs personnes concernées, sans pour autant qu'il existe un contentieux à trancher, comme lorsque l'administration réalise un appel d'offres, à la suite duquel elle adjudique le marché public. Dans ce cas, nécessairement la décision administrative lésera plusieurs personnes qui ne seront pas adjudicataires ; mais, l'activité n'est pas contentieuse. Certes, il est des cas de l'activité contentieuse de l'administration où celle-ci décide sur un contentieux existant entre deux personnes ; mais, la description de cette situation comme une procédure administrative triangulaire ne suffit pas à expliquer cette fonction administrative de résolution des litiges.

Or, le droit péruvien, sous l'influence du droit espagnol²³⁵⁹, consacre un chapitre de la loi n° 27444 du 10 avril 2001, relative à la procédure administrative générale, aux procédures trilatérales : définition, déclenchement de la procédure, instruction, contradiction, mesures conservatoires, déroulement, décision et contestation de la décision. Cette loi apporte une définition référée exclusivement à la fonction contentieuse : « *La procédure trilatérale est la procédure administrative contentieuse qui est suivie entre deux ou plusieurs administrés devant les autorités administratives (...)* »²³⁶⁰ « *La partie qui déclenche la procédure par la présentation d'une réclamation, s'appellera « réclamant » et toutes les personnes qui seront appelées dans cette procédure s'appelleront « réclamés »* »²³⁶¹. Pour le cas péruvien ces procédures triangulaires se limitent à des situations contentieuses décidées par l'administration en tant que tiers²³⁶², déclenchées par la réclamation d'un administré, mais aussi engagées d'office et qui portent sur des activités administratives ou des affaires d'intérêt public²³⁶³. Cette qualité trilatérale peut s'obtenir même lorsque l'objet du contentieux est un acte administratif et dont la contestation sera

²³⁵⁸ « (...) dans les procédures triangulaires, il existe deux parties ayant des intérêts opposés et l'administration adopte une position quasi-arbitrale (des situations des maisons de protection officielle, des infractions urbanistiques, d'activités gênantes, des affaires de faillite et d'autres manifestations de l'activité administrative de police). Par conséquent, les intéressés sont chargés de l'impulsion probatoire, hormis le cas où l'affaire lèse directement l'intérêt public ou des tiers », José MORENO, *Procedimiento y proceso administrativo práctico*, t. I, éd. La ley, Madrid, 2006, p. 781.

²³⁵⁹ Jorge DANÓS, « El proceso de elaboración y aprobación de la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General », in *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general, Ley n° 27444*, ARA Editores, Lima, 2001, p. 20-21.

²³⁶⁰ Article 219.1 de la loi n° 27444, du 10 avril 2001, de la procédure administrative générale, n° 27444.

²³⁶¹ Article 219.2 de la loi n° 27444, du 10 avril 2001, de la procédure administrative générale, n° 27444.

²³⁶² Cela étant l'objet de ces procédures trilatérales: Jaime SANTOFIMIO, « El procedimiento administrativo en Colombia y Perú. Actuaciones procesales », in *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, ARA Editores, Lima, 2001, p. 228.

²³⁶³ Richard MARTIN, « El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva ley del procedimiento administrativo general », in *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, 2^e partie, ARA editores, Lima, 2003, p. 470.

tranchée par une autre autorité administrative, complétant par là la structure trilatérale²³⁶⁴ ou lorsque le contentieux est né entre deux autorités administratives²³⁶⁵.

Les commentateurs de la loi péruvienne ne considèrent pas qu'il s'agisse de fonctions juridictionnelles attribuées à l'administration²³⁶⁶; mais, ils voient dans les procédures trilatérales une fonction quasi-juridictionnelle dont l'administration exerce des pouvoirs de justice retenue²³⁶⁷. Ainsi, le droit péruvien, à la différence de l'espagnol, différencie entre les procédures trilatérales ou multilatérales contentieuses des procédures multilatérales non contentieuses, notamment celles des appels d'offres²³⁶⁸. De même, sont exclues de cette catégorie les situations où l'administré qui pourrait compléter le triangle procédural n'est pas partie de la procédure et demande seulement à l'autorité administrative, par la voie d'une plainte, l'exercice de leurs pouvoirs propres²³⁶⁹, notamment en matière de sanction administrative²³⁷⁰.

2. La procédure de la fonction arbitrale de l'administration

Lors de l'ouverture de l'économie espagnole à la concurrence, des autorités administratives ont été chargées de trancher des litiges entre des particuliers. Cette fonction contentieuse n'est pas, pourtant, une complète nouveauté en droit espagnol²³⁷¹. Dans ces circonstances, l'administration se montre comme un tiers techniquement qualifié qui résout les litiges. Face à cette fonction la doctrine espagnole et la jurisprudence qualifient dans un premier temps ces autorités comme des juridictions spécialisées²³⁷²; mais, cette tendance est abandonnée. Une nouvelle qualification se montrait nécessaire. Le professeur PARADA construit alors la théorie de l'administration arbitrale. D'après lui, la fonction administrative arbitrale est celle que « *réalise l'administration publique lorsqu'elle décide des controverses ou des conflits entre des administrés concernant des droits privés ou administratifs* »²³⁷³.

²³⁶⁴ Dans ce cas, il s'agit d'une « *prétention de deuxième degré* »: Juan MORÓN, *Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 491 et 493.

²³⁶⁵ Richard MARTIN, « El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva ley del procedimiento administrativo general », *loc. cit.*, p. 477.

²³⁶⁶ « (...) *la mise en place des procédures trilatérales ne demande pas l'attribution de fonctions juridictionnelles à l'administration publique* », Christian GUZMÁN, « Separación de funciones en la administración pública », in *Derecho administrativo*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 727.

²³⁶⁷ « *Dans ce sens, l'article définit la procédure trilatérale, triangulaire, quasi-juridictionnelle, ou administrative contentieuse, comme celle exercée devant l'administration publique et dirigée à décider sur un conflit d'intérêts né à l'occasion de l'activité administrative ou dans des affaires d'intérêt public et dans lesquelles, l'autorité exerce la fonction d'instruire l'affaire ayant des facultés propres de la justice retenue* », *ibidem*, p. 490.

²³⁶⁸ *Idem*.

²³⁶⁹ Par exemple, le tiers qui exerce un recours contre un acte bénéficiant un administré ou lorsqu'un administré dénonce un autre, afin de demander des sanctions, *ibidem*, p. 494.

²³⁷⁰ « *C'est pour cela que dans les procédures administratives de sanction, il n'existe pas à proprement parler, un contentieux entre des administrés (...) puisque dans ces procédures il existe deux parties, d'un côté l'État et de l'autre, le supposé infracteur* », *ibidem*, p. 483.

²³⁷¹ Par exemple, la loi des eaux de 1879 attribuait aux alcaldes la compétence pour décider les contentieux entre particuliers pour l'éclaircissement des eaux souterraines, cf. José PARADA, « La actividad administrativa arbitral », *loc. cit.*, p. 1178.

²³⁷² Cf. Francisco SOSA, *jurisdicciones administrativas especiales*, éd. Universidad de Sevilla, Seville, 1977.

²³⁷³ Ramón PARADA, *Derecho Administrativo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 574.

Le concept d'activité arbitrale de l'administration concerne les situations où l'administration n'est pas partie dans le contentieux, mais un tiers²³⁷⁴ qui décide un conflit entre particuliers. Lorsque le contentieux a pour objet un droit privé, la décision prise par l'administration est une sentence arbitrale, ayant des effets de chose jugée, alors que dans les cas où l'opposition concerne un droit de nature administrative, le contentieux est décidé par un acte administratif qui peut être l'objet d'un recours juridictionnel d'annulation²³⁷⁵. L'activité arbitrale de l'administration se différencie de l'arbitrage administratif, dans la mesure où celui-ci est volontaire, l'administration est partie dans le contentieux qui est tranché par les arbitres et la sentence arbitrale n'est l'objet que d'un recours juridictionnel de révision contre la chose jugée. En revanche, le recours à l'activité arbitrale peut être obligatoire, l'administration n'est pas partie et la décision n'est pas définitive²³⁷⁶.

Cette fonction administrative est justifiée par l'intérêt général présent dans le bon fonctionnement du secteur où l'administration tranche des litiges entre des citoyens. L'intérêt général peut se matérialiser dans la promotion et défense de la compétence²³⁷⁷ ou, par exemple, dans la protection des consommateurs²³⁷⁸. Par conséquent, ces justifications se concrétisent dans des fonctions arbitrales de l'administration, notamment en matière de consommation²³⁷⁹, du transport²³⁸⁰, d'assurances²³⁸¹, de la libération des services postaux²³⁸², de la propriété industrielle²³⁸³.

Quant au droit colombien, on ne peut compter qu'une décision de la Cour

²³⁷⁴ Art 107.2 de la loi espagnole 30 de 1992.

²³⁷⁵ Il existe deux situations : « a) celle où l'administration tranche des litiges entre des sujets privés sur des droits administratifs par des actes administratifs. Dans ce cas, il n'est pas possible de parler d'arbitrage au sens propre puisque les parties ne choisissent pas cette voie et la voie judiciaire n'est pas non plus exclue car l'acte administratif qui tranche le conflit peut être l'objet d'un recours devant la juridiction du contentieux administratif. Partant, il serait plus correct de parler d'un mécanisme de résolution des litiges. b) d'autre part, il existe l'activité arbitrale où l'administration tranche des litiges entre des particuliers sur des droits strictement privés et par l'adoption d'une sentence arbitrale privée, par exemple dans le cas de l'arbitrage en matière de consommation », Javier GUILLEN, « Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo », *Revista de Administración Pública*, n° 166, janv.-avril 2005, , p. 360.

²³⁷⁶ « Cela signifie que ce mécanisme de résolution des litiges ne peut pas être qualifié comme une véritable activité arbitrale et, par conséquent, d'un véritable arbitrage puisque la décision qui met fin au contentieux, n'exclut pas la voie judiciaire », *ibidem*, p. 364.

²³⁷⁷ Enrique GÓMEZ-REINO, « el arbitraje administrativo en el derecho de la competencia », *Revista de Administración Pública*, n° 162, Sept.-déc., 2003, p. 7.

²³⁷⁸ Javier GUILLEN, « Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo », *loc. cit.*, p. 362.

²³⁷⁹ Les tribunaux arbitraux de la consommation ont été créés par la loi 26/84 du 19 juillet de la loi générale pour la défense des consommateurs et des usagers. Le décret royal 636 du 3 mai de 1993 a instauré un système des *Juntas arbitrales* dans tout le territoire espagnol, pour l'administration de la fonction arbitrale, accompagnées des collèges arbitraux qui décident les affaires. Cf. Arturo ÁLVAREZ, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional de Consumo, Jerez de la Frontera, 1999, pág. 113.

²³⁸⁰ Les *Juntas Arbitrales de Transporte* ont été créées par les articles 37-38 de la loi 16/87, d'ordonnement des transports terrestres.

²³⁸¹ Les commissions de conciliation ont été créées pour décider les litiges entre les compagnies d'assurances et les assurés, d'après l'art. 34 de la loi 33/84, du 2 août 1984, sur l'assurance privée.

²³⁸² Un organe adjoint du ministère des Communications doit trancher les litiges entre l'opérateur historique et les entreprises accédant au marché : loi 24/1998, du 13 juillet 1998, sur la libéralisation des services postaux. L'art. 5.3 de la loi dispose que cette autorité devra décider réglementairement sur ces contentieux.

²³⁸³ La Commission arbitrale de la propriété intellectuelle a été créée par l'art. 143 de la loi 22/87, du 11 novembre et le décret royal 479/89 du 5 mai 1989, régulant les compétences de la Commission.

constitutionnelle ayant adopté la théorie espagnole des fonctions arbitrales de l'administration. Afin d'expliquer que les commissions de régulation n'exercent pas une fonction juridictionnelle dans les cas où celles-ci sont autorisées à trancher des litiges entre des opérateurs du marché²³⁸⁴, la Cour a soutenu que ces fonctions contentieuses font partie de l'activité arbitrale de l'administration²³⁸⁵.

Au Venezuela, la doctrine espagnole de la fonction administrative arbitrale a été transposée. Dans un premier temps, la jurisprudence et les auteurs ont recours à la théorie des fonctions quasi-juridictionnelles de l'administration²³⁸⁶, afin d'appliquer un régime juridique qui était considéré comme propre aux juridictions, aux situations où l'administration décide sur les contentieux entre particuliers, notamment, impartialité et contradiction²³⁸⁷. À partir de cette théorie, plus récemment a été adoptée la théorie des fonctions arbitrales de l'administration, tout en conservant la qualification quasi-juridictionnelle de ces compétences²³⁸⁸, permettant la même transposition du régime juridique des juridictions²³⁸⁹. Pour la jurisprudence vénézuélienne, il existe une activité arbitrale de l'administration dans toutes les situations où une décision administrative lésant un administré, bénéficie par contrecoup à un autre ou vice-versa. Ainsi, la fonction de sanction administrative peut être considérée comme arbitrale²³⁹⁰.

²³⁸⁴ La loi n° 142 du 11 juillet 1994, relative aux services publics domiciliaires, dispose que les commissions de régulation tranchent des litiges relatifs aux contrats ou aux servitudes pour le service public (art. 73.8). De même, les commissions décident les contentieux concernant l'entreprise obligée d'exécuter le service public à l'égard des usagers spécifiques de certaines régions (art. 73.9).

²³⁸⁵ « Les fonctions de résolution de litiges des commissions de régulation ont une nature administrative, non seulement d'un point de vue formel ou organique, mais, aussi matériel et, dès lors, elles n'ont pas une nature judiciaire. Cette activité de l'administration publique ou des organes administratifs correspond à la dénommée fonction arbitrale où l'administration agit comme un arbitre dans le conflit entre des particuliers ou entre les particuliers et l'administration », C.c.c. Sentence C-1120-05, 1 nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO.

²³⁸⁶ « Or, il est des procédures administratives où l'administration exerce une fonction qui équivaut à celle du juge pour trancher un litige entre deux parties. Pour cela, les actes résultant de ces procédures ont été nommés comme « quasi-juridictionnels » (cf. Hildegard RONDON de SANZO. *Los actos cuasijurisdiccionales*. Ediciones Centauro. Caracas, 1990). Dans ces actes, l'administration n'agit pas comme une partie de la procédure, en décidant unilatéralement sur leurs propres droits ; mais, elle agit comme un juge, par la décision du litige et dont la décision est ultérieurement soumise au contrôle judiciaire », Tribunal suprême de justice de la République bolivarienne du Venezuela, Chambre constitutionnelle, sentence n° 438, 4 avril 2001, M.R. Jesús CABRERA.

²³⁸⁷ « (...) dans les procès définis comme quasi-juridictionnels, il est obligatoire pour tous les tribunaux de la République de notifier personnellement à toutes les personnes ayant été partie dans la procédure administrative, lorsque la décision est l'objet d'une contestation juridictionnelle », Tribunal suprême de justice de la République bolivarienne du Venezuela, Chambre constitutionnelle, sentence n° 438, 4 avril 2001, M.R. Jesús CABRERA.

²³⁸⁸ « L'Institut de défense et d'éducation du consommateur et de l'utilisateur exerce certaines pouvoirs dont la nature est celle de l'activité administrative arbitrale (...) qui ont été qualifiés traditionnellement comme de typiques actes quasi-juridictionnels », Tribunal suprême de justice de la République bolivarienne du Venezuela, Chambre constitutionnelle, Sentence du 28 fév. 2008, M.R. Pedro RONDON.

²³⁸⁹ « La finalité de cette théorie administrative consiste à l'application, mutatis mutandis, des principes propres du procès judiciaire dans la production de l'acte quasi-juridictionnel ou arbitral, de même que l'application des principes de l'exécution et de l'impanation des sentences judiciaire, aux actes quasi-juridictionnels », Sentence du 11 juillet 2008, M.R. Pedro RONDON, *cit.*

²³⁹⁰ « (...) cela implique aussi tous les actes dans lesquels, même si l'administration n'exerce pas à proprement parler une fonction arbitrale, mais son activité de police, de sanction, de limitation, ou même d'encouragement et qu'il existe une opposition et un conflit entre des particuliers, c'est-à-dire quand l'administration prononce un acte dont l'effet bénéficie aux intérêts d'un particulier et, en même temps, lèse les intérêts d'un autre », Tribunal suprême de justice de la République bolivarienne du Venezuela, Chambre constitutionnelle, Sentence du 11 juillet 2008, M.R. Pedro RONDON.

Compte tenu du fait que les décisions prises dans la fonction administrative arbitrale ne disposent pas, dans tous les cas, des effets de chose jugée et qu'il est des cas où il s'agit d'une instance obligatoire, on ne peut que conclure que l'expression « *arbitrale* », qui est utilisée pour qualifier cette partie de l'activité contentieuse de l'administration, n'est pas utilisée dans un sens juridique, mais dans le sens colloquial de trancher entre deux positions²³⁹¹. Cela amène des confusions avec l'arbitrage. De surcroît, cela n'est pas sans problèmes à l'égard de la compréhension de l'ensemble de l'activité contentieuse de l'administration. Tout d'abord, cette théorie de l'activité contentieuse ne concerne pas les cas où l'administration n'est pas un véritable tiers à l'égard du litige ; cela ferait conclure qu'il n'y a contentieux que lorsqu'il y a un tiers qui décide. Le contentieux se confond avec l'organe qui le décide, même si celui-ci n'est pas juridictionnel. De cette façon, on continuerait à n'accepter que le schéma du contentieux juridictionnel. Ensuite, la théorie des fonctions arbitrales de l'administration est très critiquée en doctrine, comme une sorte d'intrusion de l'administration sur le domaine des juridictions civiles²³⁹² et une atteinte à l'unité de la juridiction, présupposant qu'il s'agit de fonctions juridictionnelles de l'administration. La doctrine ne se soucie pas ainsi de la cohérence de ces compétences dans une théorie d'ensemble de l'activité contentieuse de l'administration et, pour cela, il est considéré que les fonctions arbitrales sont une usurpation des fonctions des juridictions civiles, de même que la sanction administrative serait une appropriation des fonctions des juridictions pénales²³⁹³. Considérant comme contraire à la séparation des pouvoirs²³⁹⁴, la législation espagnole postérieure à la Constitution a adopté des systèmes seulement volontaires d'arbitrage.

La position qu'adopte l'administration dans certaines procédures ne permet donc pas d'expliquer correctement l'activité contentieuse de l'administration : celle-ci peut se trouver dans des procédures dites trilatérales ou multilatérales sans pour autant être amenée à trancher un contentieux, de même que l'activité dite arbitrale ne représente pas l'ensemble des fonctions contentieuses de l'administration. Une autre façon d'aborder l'activité contentieuse de l'administration consiste à l'étudier à partir des particularités procédurales, conduisant à parler d'une activité administrative processuelle.

B. L'activité administrative processuelle

L'activité administrative processuelle touche à la théorie que le Professeur italien Francesco BOCCHINI bâtit comme la seule pouvant expliquer la raison d'être de la processualisation

²³⁹¹ Tel est le sens du mot arbitrage utilisé par l'article 5 de la Constitution française, relatif aux fonctions du Président : « *Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État* ».

²³⁹² L'auteur de la théorie de l'activité arbitrale considère cela comme une « *intromission de l'activité administrative dans les compétences judiciaires civiles (...) une usurpation* », José PARADA, « *La actividad administrativa arbitral* », in *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Madrid, Editorial Complutense, D.L., 1992, p. 1174

²³⁹³ « (...) *le pouvoir de sanction qui est attribué par le législateur à des autorités administratives, en raison du manque de confiance dans le système judiciaire pénal (...)* », *ibidem*, p. 1195.

²³⁹⁴ Tribunal constitutionnel espagnol, Sentence 192/1980, 8 avril, F.J. 24.

de l'activité des autorités administratives. Selon lui, la fonction de sanction des autorités administratives indépendantes fait partie d'une activité administrative procédurale, mais non juridictionnelle²³⁹⁵, qui doit s'encadrer dans la notion générale de « *procès* ». Le procès administratif non juridictionnel (1) serait exercé par les autorités administratives en tant qu'instrument pour la protection des droits subjectifs (2).

1. Le procès administratif non juridictionnel

De prime abord, ce serait un contresens de parler d'un procès non juridictionnel, celui-ci étant nécessairement juridictionnel. Or, puisque le contentieux n'est pas nécessairement juridictionnel, de même que les garanties procédurales, il est possible de se demander sur l'éventuelle existence d'un véritable procès administratif. Cette question met en évidence l'opposition entre les deux théories du procès : une théorie formaliste selon laquelle, en application de la notion de « *rapport juridique procédural* », le procès ne peut se trouver qu'en exercice d'une fonction juridictionnelle²³⁹⁶. L'autre, c'est la théorie « *structurale* » du procès, selon laquelle, à la différence de la procédure, le procès est gouverné par une règle structurale différente, celle du contradictoire²³⁹⁷. Ainsi, il y aurait un procès, indépendamment de l'autorité devant laquelle celui-ci se déroule, à chaque fois que le contradictoire est pleinement respecté.

En revanche, la procédure administrative ne serait que l'ensemble des formes visant à l'élaboration de l'acte administratif et celle-ci serait construite sur un certain principe autoritaire du droit administratif²³⁹⁸ : l'administré ne serait que destinataire de la décision et sa participation ne serait pas nécessairement requise dans la procédure²³⁹⁹. Ainsi, la procédure serait impulsée à part entière par l'activité de l'autorité administrative²⁴⁰⁰. Le principe autoritaire de la procédure serait néanmoins affaibli par deux règles fondamentales de la procédure administrative : la transparence²⁴⁰¹ et la légalité²⁴⁰².

²³⁹⁵ Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 348.

²³⁹⁶ Francesco CARNELUTTI, *Trattato del processo civile*, Diretto dallo stesso, Napoli, 1958 p. 17.

²³⁹⁷ Le contradictoire « *gouverne le procès et non la procédure* », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 83.

²³⁹⁸ « *Toute la tradition théorique du droit administratif est fondée sur l'idée qu'en ayant le droit administratif avec un caractère autoritaire, le citoyen doit se défendre contre l'acte administratif abusif* », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 15.

²³⁹⁹ « (...) le peuple ne peut, même provisoirement, s'opposer aux droits des corps administratifs (...) il ne doit exercer aucun pouvoir et les corps administratifs, créés par la loi que le peuple a créée, doivent être écoutés quand ils parlent en son nom », Abbé MAURY, in *Le Moniteur*, 1791, p. 227, cité par Gilles GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie française. De la révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, L.G.D.J., Paris, 1991, p. 157.

²⁴⁰⁰ Ce principe est connu en droit espagnol comme celui de l'administration compulsoire. Cf. avec une interprétation différente du principe : C.E.c. Section 3, Sentence du 14 avril 2010, affaire n° 16432, M.R. Mauricio FAJARDO.

²⁴⁰¹ « *En dehors de tout litige administratif, la transparence administrative se développe donc selon trois axes distincts : l'accès à l'information administrative, la participation à la décision administrative ainsi que la sécurité juridique devant l'administration active* », Olivier GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : la procédure administrative non contentieuse en droit comparé (Luxembourg, Belgique, France) », loc. cit., p. 357. Cf. Conseil d'État, *Pour une meilleure transparence de l'administration*, La Documentation française, Paris, 1998.

²⁴⁰² Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 122.

L'adoption de la règle propre du procès emporterait des conséquences qui ne seraient pas présentes dans la procédure administrative. D'abord, la participation obligatoire de la personne impliquée par la décision finale dans toutes les étapes, même dans la phase préparatoire « *non en fonction de la transparence de l'activité de l'administration publique ; mais, en (fonction de la) défense et du contradictoire (...) que l'auteur de l'acte final devra tenir compte* »²⁴⁰³. Ensuite, la parité symétrique des positions des parties (l'égalité des armes) et l'implication de leur activité pour impulser ou empêcher l'édition de l'acte. Finalement, l'égle importance des activités des parties pour celui qui décide. Ainsi, lorsque l'administration respecte une procédure structurée à partir de la règle de la contradiction et observe toutes les conséquences de cette règle, la fonction de l'administration serait considérée comme celle de faire un procès ou, une activité administrative processuelle²⁴⁰⁴. Cela obligerait la création d'une nouvelle partie du droit processuel administratif : le droit processuel administratif non juridictionnel²⁴⁰⁵.

Or, la théorie de l'activité administrative processuelle se cible sur la détermination des garanties nécessaires à la protection des administrés notamment dans l'activité de sanction. Le professeur BOCCHINI se demande si la protection dans ces cas exige des garanties d'une « *procédure administrative* » ou celles d'un « *procès administratif non juridictionnel* »²⁴⁰⁶. Auparavant, le professeur BENVENUTTI avait déjà affirmé que le procès était possible devant l'administration, dans les matières qui ressemblaient à la fonction juridictionnelle²⁴⁰⁷. Pour le cas français, il est des auteurs qui ont aussi affirmé que « *Le procès commence devant l'Administration* »²⁴⁰⁸. Il s'agit d'un « (...) *procès, au sens matériel, que le particulier conduit devant l'Administration* »²⁴⁰⁹. La qualification des rites en tant que procès ou procédure n'est pas un exercice théorique mais une détermination du régime applicable à une partie de l'activité contentieuse des autorités de régulation²⁴¹⁰. Or, la processualisation de la procédure administrative, motivée par différents facteurs, notamment l'application des règles du procès équitable à l'activité administrative pour le cas français et, l'application des règles de la procédure régulière du droit, pour le cas colombien, réduit sensiblement l'intérêt de la différence entre le procès et la procédure, à partir des garanties²⁴¹¹.

²⁴⁰³ *Ibidem*, p. 84-85.

²⁴⁰⁴ « *Force est de conclure que la discipline applicable est celle du procès* », *ibidem*, p. 111 ; « *la notion de procès présuppose le contradictoire et la terzietà du juge* », *ibidem*, p. 351.

²⁴⁰⁵ « *Le droit processuel non juridictionnel (administratif)* », *ibidem*, p. 342

²⁴⁰⁶ « *Il s'agit de déterminer si l'activité de tutelle administrative des situations subjectives demande non une procédure administrative, mais un véritable procès administratif non juridictionnel, garantissant mieux les droits subjectifs des citoyens, de la même façon que la tutelle juridictionnelle de la situation subjective correspond un procès juridictionnel* », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, *op. cit.*, p. 15.

²⁴⁰⁷ Francesco BENVENUTTI, « *Funzione amministrativa, procedimento, processo* », *Rivista trimest. di dir. pubb.*, 1952, p. 141.

²⁴⁰⁸ Raymond GUILLIEN, « *Essai sur une réforme générale du contentieux administratif* », *loc. cit.*, p. 97.

²⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 98.

²⁴¹⁰ « *Le véritable problème juridique ne consiste pas à l'expression utilisée pour qualifier l'activité juridique, mais à l'individualisation d'une discipline juridique différente pour cette activité* », *ibidem*, p. 352.

²⁴¹¹ Affirmer que les autorités administratives indépendantes pratiquent un procès et non une procédure, lui permet d'affirmer que sont applicables les garanties du droit à la procédure régulière du droit ou *giusto*

2. Un instrument de protection des droits subjectifs

La théorie de la fonction processuelle de l'administration ne méconnaît pas que le procès ou la procédure remplissent une fonction instrumentale. Il est ainsi affirmé que la fonction processuelle de l'administration accompagne une fonction matérielle de protection des droits subjectifs des administrés. Pour démontrer cela, BOCCHINI fait une présentation du schéma classique de protection des administrés qui est confié entièrement aux autorités juridictionnelles et, dans lequel, la procédure n'a pas pour but la protection des administrés, car celle-ci est réservée au procès juridictionnel²⁴¹².

Mais, l'article 2 de la Constitution italienne confie « *aux autorités de la République* » cette fonction de protection, ce qui donne un fondement à la fonction administrative de protection des administrés. Pour lui, les autorités administratives indépendantes disposent des fonctions processuelles comme résultat du mélange d'une fonction administrative de vigilance²⁴¹³ et la fonction de protection des droits subjectifs qui se matérialise dans la procédure protectrice²⁴¹⁴.

Nonobstant la prétention de donner une qualification à la fonction remplie par certaines autorités administratives, le professeur BOCCHINI présuppose encore que la fonction de protection des administrés est une fonction juridictionnelle qui n'est pas exclusive des organes juridictionnels et qui est exercée par l'administration. Pour cela, la fonction de protection qui se réalise par la fonction processuelle n'est pas considérée comme une violation de la séparation des pouvoirs, mais de l'unité de la juridiction²⁴¹⁵. Néanmoins, la protection exercée par les autorités administratives serait différente de celle des juridictions : celles-ci agiraient après coup contre l'arbitraire administratif, alors que l'administration serait garante des droits subjectifs des administrés²⁴¹⁶.

La fonction de protection ou de garantie des droits subjectifs dont seraient chargées les autorités administratives, notamment les autorités indépendantes, ne pourrait pas en principe expliquer l'ensemble de l'activité contentieuse de l'administration : tout d'abord,

processo, prévues à l'art. 111 de la Constitution italienne, dans la rédaction de la loi constitutionnelle n° 2, du 23 nov. 1999.

²⁴¹² « À présent, la doctrine a encadré la tutelle du droit dans la fonction juridictionnelle, en matière processuelle et dans le droit privé, dans le plan substantiel », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 15.

²⁴¹³ *Ibidem*, p. 253.

²⁴¹⁴ « Cela se concrétise dans la tutelle processuelle du citoyen de la part de l'administration », *ibidem*, p. 15.

²⁴¹⁵ « La tutelle du droit subjectif par l'autorité administrative indépendante méconnaît, stricto sensu, la règle de l'unité juridictionnelle ; mais, non nécessairement le principe de la séparation des pouvoirs qui est le seul disposant du niveau constitutionnel », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 40.

²⁴¹⁶ « La raison de tout cela c'est que, à la différence du juge ordinaire, l'Autorité administrative indépendante est garante et non seulement juge, ce qui la conduit à assumer la fonction de vigilance et de tutelle, en créant par là, une figure véritablement originale à l'égard du système qui prévaut », *ibidem*, p. 57.

cela se limite aux situations où il existe un droit subjectif. En principe, toute l'activité contentieuse objective serait exclue. BOCCHINI répond en affirmant que, même dans ce cas, il s'agit d'un contentieux subjectif puisque l'administré exerce son droit subjectif à la bonne administration²⁴¹⁷. Ensuite, les garanties processuelles peuvent être prévues en dehors de tout contexte contentieux. Enfin, la fonction de protection des administrés ne fait pas référence exclusivement à la fonction contentieuse, mais à l'ensemble de l'activité administrative et, d'ailleurs, de l'action des autorités publiques en général²⁴¹⁸.

L'approche processuelle ne réussit pas à expliquer correctement l'activité contentieuse de l'administration : la procédure n'est pas réservée au contentieux et il est des cas où le contentieux est décidé moyennant des procédures défectueuses, sans anéantir, pour autant, la fonction contentieuse de l'action administrative. Pour expliquer l'activité contentieuse de l'administration, il est nécessaire de s'intéresser à l'approche matérielle.

§ 2. Une approche matérielle

Il est toujours difficile de séparer, de façon absolue, l'approche processuelle de celle matérielle car dans les deux cas, de l'une ou de l'autre manière, les théories réalisent le lien entre la matière et les formes. Néanmoins, il existe deux théories qui, sans méconnaître les éléments processuels, essaient d'expliquer la fonction administrative de résolution des litiges à partir de l'existence d'une fonction administrative particulière. L'une, italienne, concerne l'activité administrative décisive (A). L'autre, française, concerne la théorie de l'activité contentieuse de l'administration (B).

A. L'activité administrative décisive

Il faut avertir d'emblée que cette théorie est construite sur une conception différente de la décision administrative dans laquelle celle-ci n'est pas considérée comme l'équivalent de tout acte administratif décisive, en raison de la composante contentieuse de la décision. La formulation de la théorie (1) montre l'intérêt de la doctrine italienne pour donner une explication aux fonctions contentieuses de l'administration. Néanmoins, il s'agit aujourd'hui d'une théorie abandonnée (2).

²⁴¹⁷ Le droit à une bonne administration est prévu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée par le Conseil européen à Nice en décembre 2000. À l'origine, cette « charte » n'avait pas de portée juridique : C.E.f. 5 janv. 2005, *Mlle. Deprez*, R.F.D.A. 2005, p. 56, obs. BONNET ; A.J.D.A. 2005, p. 845, obs. BOURGORGUE-LARSEN. Le projet de « Constitution européenne » prévoyait de lui conférer force contraignante ; mais, ce texte a été rejeté. Alors, le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 octroie de la force contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ainsi, l'art. 6, § 1 du traité sur l'Union européenne lui reconnaît la « même valeur juridique que les traités », c'est-à-dire que la Charte relève du droit primaire. Cf. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., P.U.F., Paris, 2011, p. 157-158.

²⁴¹⁸ « L'organisation de la République comprend non seulement la magistrature, mais aussi l'administration publique, la Cour constitutionnelle et le Parlement », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 357.

1. La formulation de la théorie

L'activité administrative décisive consisterait à prononcer des décisions administratives, étant entendu que celles-ci sont prononcées par l'administration dans un contexte contentieux. Il existerait, ainsi, une sorte d'acte administratif contentieux²⁴¹⁹, remplissant une fonction de justice. Cette théorie a été élaborée par la doctrine italienne dans les années 1950, qui affirmait que la « *decisione amministrativa* » est d'une autre nature que celle du « *provvedimento amministrativo* », acte administratif prononcé par l'administration en dehors d'une situation contentieuse²⁴²⁰. La décision administrative serait un acte contentieux prononcé en raison du recours administratif²⁴²¹ exercé contre un acte administratif portant sur un « *conflit d'intérêts ou d'opinions* » et qui est adoptée à la suite d'une procédure contentieuse menant l'application de la loi à la contestation²⁴²². La nature contentieuse de la décision administrative emporterait des conséquences sur le régime juridique : les pouvoirs de l'administration seraient limités par l'objet du recours, l'instruction serait contradictoire et la décision serait non révocable, mais seulement l'objet des recours²⁴²³. La théorie prétend octroyer des effets de chose jugée aux décisions administratives prononcées avec une fonction de justice²⁴²⁴. La nature contentieuse de l'acte, qui serait matériellement juridictionnel²⁴²⁵, expliquerait que le régime juridique soit équivalent à celui de l'acte juridictionnel²⁴²⁶.

C'est dans la non révocabilité de la décision qu'est fixée la spécificité de la décision administrative à l'égard de l'acte administratif non contentieux. Celui-ci serait non révocable lorsqu'il est créateur de droits, alors que la décision administrative serait toujours définitive, n'acceptant pas de dérogations motivées par l'intérêt de l'administration. Ainsi, la théorie de la décision administrative signifie une diminution des prérogatives de l'administration, notamment celle de la mutabilité des actes administratifs²⁴²⁷.

²⁴¹⁹ « Dans cette perspective, la décision semblait la doctrine comme établissant un acte administratif de nature contentieuse », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 329

²⁴²⁰ Mario NIGRO, *La decisione amministrativa*, 2^e éd., Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953, p. 33.

²⁴²¹ « (...) le terme « contentieux » correspond au fait que la décision est la suite d'un recours déposé par l'intéressée », Feliciano BENVENUTI, « Autotutela », in *Enc. Dir. IV*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 547.

²⁴²² Il s'agit des « actes administratifs positifs, formés de façon contentieuse et moyennant une procédure construite afin de mettre en valeur, comme cela a été dit, le conflit d'intérêts (...) ou d'opinions entre des administrateurs, ou entre des autorités et un ou plusieurs administrés, dans lesquels l'administration cherche à les résoudre, par l'application de la loi à un cas particulier et la détermination, parfois, de la façon dont cette loi doit être appliquée », Mario NIGRO, « La decisione amministrativa », *Enc. Dir. XI*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 812.

²⁴²³ Ces actes « ne sont pas révocables, mais seulement l'objet de recours », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 330.

²⁴²⁴ « chose jugée au sens matériel », Mario NIGRO, « La decisione amministrativa », *loc. cit.*, p. 810.

²⁴²⁵ « (...) cela en raison de la nature matériellement juridictionnelle de cette fonction », Feliciano Benvenuti, « Autotutela », *loc. cit.*, p. 547.

²⁴²⁶ « (...) Cela nous permet de comprendre comment le régime juridique des recours suit de près les grandes lignes des règles de procédure de la fonction juridictionnelle », *ibidem*, p. 547.

²⁴²⁷ Mario NIGRO, « La decisione amministrativa », *loc. cit.*, p. 823.

Le professeur BENVENUTTI construit la théorie de l'autotutela administrative, conçue comme la prérogative de « *se faire justice à soi-même* »²⁴²⁸, incluant dans ses explications la théorie de la décision administrative. À la différence des explications espagnoles, l'autotutela ne se divise pas en déclarative et exécutive, mais en autotutela contentieuse et non contentieuse²⁴²⁹. Le professeur BENVENUTTI adopte alors la théorie de la décision administrative comme celle prononcée dans un contentieux présent ou éventuel²⁴³⁰. L'administration remplirait ainsi une fonction de justice²⁴³¹.

2. Une théorie abandonnée

L'effort doctrinal visant à mettre en valeur la nature contentieuse de certains actes administratifs n'a pas réussi à être accepté par l'ensemble de la doctrine italienne et à provoquer une réforme normative reconnaissant des effets particuliers aux actes pris en matière contentieuse. Au contraire, la théorie a souffert des critiques qui ont fini par l'abandon de la théorie.

Tout d'abord, la notion de décision administrative est considérée comme imprécise : « (...) *trop large pour une part, le concept proposé peut être trop étroit pour l'autre part* »²⁴³². En effet, la décision administrative comme acte contentieux ne se limite pas à la décision finale qui tranche le contentieux ; mais, celle-ci concerne tout acte pris dans le contexte des recours administratifs²⁴³³, notamment les actes d'instruction de l'affaire. La catégorie de la décision administrative est néanmoins trop limitée, dans la mesure où celle-ci ne prend pas en considération d'autres fonctions contentieuses de l'administration en dehors des recours administratifs²⁴³⁴.

Ensuite, le fond même de la théorie est mis en question : l'unité dogmatique de la catégorie « *décision administrative* » consisterait en l'octroi des effets de chose jugée, ce qui génère le rejet de la doctrine italienne. Non seulement la chose jugée est un élément exclusivement juridictionnel, mais cela impliquerait une limitation considérée comme

²⁴²⁸ Feliciano BENVENUTTI, « Autotutela », *loc. cit.*, p. 537. « *L'auto-tutela est la capacité à se faire justice à soi-même. C'est l'une des trois catégories dans lesquelles se manifeste l'administration publique. Ce n'est pas une expression de la fonction juridictionnelle qui tend à la déclaration du droit, mais l'expression de la fonction administrative qui applique une règle législative ou administrative, dans l'intérêt de l'administration. En revanche, le contrôle juridictionnel est toujours impartial, neutre ou exercé par un tiers* », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, *op. cit.*, p. 332.

²⁴²⁹ L'autotutela est directe ou non contentieuse, ne demandant pas l'intervention de l'administré et indirecte ou contentieuse, en raison du recours administratif : Feliciano BENVENUTTI, « Autotutela », *loc. cit.*, p. 543.

²⁴³⁰ « (...) *acte qui décide, selon la justice, un conflit potentiel ou actuel entre l'administration et le destinataire de son acte* », Feliciano BENVENUTTI, « Autotutela », *loc. cit.*, p. 541.

²⁴³¹ « *Fonction administrative d'administrer la justice* », *ibidem*, p. 538.

²⁴³² « *troppo larga per un verso, la nozione proposta riesce troppo ristretta per l'altro* », Mario NIGRO, « La decisione amministrativa », *loc. cit.*, p. 815.

²⁴³³ « *La notion de décision correspond ainsi non seulement à l'acte qui tranche un conflit, mais, encore, à l'acte qui simplement se prononce sur un conflit* », Aldo TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.* Vol. IV, 1989, p. 525.

²⁴³⁴ « (...) *la notion de décision dans le sens administratif se réduit à l'acte qui résout le recours administratif (...) étant la seule expression d'une fonction administrative que d'administrer la justice* », Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, *op. cit.*, p. 336.

excessive des prérogatives de l'administration publique, notamment celle de révoquer les actes administratifs. L'essence mutable des actes administratifs serait altérée. La prétention de concéder des effets de chose jugée aux actes administratifs contentieux constitue ainsi « *le péché originel de la catégorie* »²⁴³⁵. La prétention de chose jugée méconnaîtrait l'intérêt de l'administration dans la détermination du sens de la décision, mais aussi dans son retrait. Pour les auteurs, il n'existe pas d'effets de chose jugée des actes administratifs puisque, quand l'intérêt général l'exige, l'autorité administrative est obligée de retirer la décision, « *en reprenant (...) le principe normal de la mutabilité des actes administratifs* »²⁴³⁶.

Enfin, la catégorie « *décision administrative* » signifierait qu'il n'existe de décision que lorsqu'il y a un contentieux, alors que la volonté fait partie de l'essence de l'acte administratif en général. Dès lors, l'acte administratif serait essentiellement une décision. Dans la discussion théorique entre ceux qui présentent le *provvedimento* et la *decisione* comme deux catégories différentes dont TRAVI et ceux qui plaident l'unité de l'acte sur la déclaration de volonté, principalement GIANNINI²⁴³⁷, cette deuxième théorie a fini par s'imposer. Ainsi, la discussion semble close en raison de l'article 3 de la loi italienne n° 241 de 1990 ayant utilisé le terme « *decisione* » dans un sens général et comme synonyme du *provvedimento*²⁴³⁸.

Nonobstant l'abandon de la doctrine de l'activité administrative décisionnelle, il ne faut pas négliger l'intérêt porté sur une activité différente, structurée à partir de l'élément contentieux et consistant à identifier, par un acte particulier, une activité administrative contentieuse²⁴³⁹. La doctrine de la décision administrative n'étant pas satisfaisante, il faut se pencher vers la théorie française de l'activité contentieuse de l'administration.

B. L'activité contentieuse de l'administration

Les théories fondées sur l'équivalence entre contentieux et juridiction ne pouvaient pas expliquer correctement pourquoi l'administration tranche des litiges et en raison de cette assimilation, celles-ci se trouvaient dans l'incapacité de qualifier correctement cette fonction²⁴⁴⁰. Pour pouvoir arriver à donner une explication correcte à cette fonction, il est nécessaire de faire abstraction de l'État de droit et, notamment, des idées préconçues sur

²⁴³⁵ Mario NIGRO, « La decisione amministrativa », *loc. cit.*, p. 810.

²⁴³⁶ *Ibidem*, p. 815-816.

²⁴³⁷ Le Professeur GIANNINI limite le concept d'acte administratif à la décision ayant des effets juridiques : Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo*, t. II, 2^e éd., Giuffrè, Milano, 1988, p. 709 et suiv.

²⁴³⁸ Cf. Elio CASSETTA, *Compendio di diritto amministrativo*, 3^e éd., Giuffrè, Milano, 2003, p. 275.

²⁴³⁹ « (...) cet aspect semble préférable à l'orientation de la doctrine française qui résiste à admettre une signification spécifique au terme *décision administrative* », Eugenio CANADA-BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.* Vol. IV, p. 270.

²⁴⁴⁰ « Chez les auteurs du XIXe siècle qui soutenaient une conception dualiste des pouvoirs de l'État, « l'existence » d'une fonction juridictionnelle était admise puisqu'ils distinguaient au sein de l'exécutif une fonction contentieuse et une fonction non contentieuse. Ils intégraient au sein de la première les organes qui exercent une fonction juridictionnelle et rendaient la spécialisation des organes compatible avec la soumission des juges ordinaires ou administratifs au pouvoir exécutif (...) », Isabel BOUCOBZA, *La fonction juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 112.

la fonction juridictionnelle. Cela n'est possible qu'en réalisant une approche sociologique (1), qui donne les bases pour construire la théorie de la résolution administrative des litiges (2).

1. Une approche sociologique

Certes, il est possible de réaliser une étude sociologique de la juridiction qui peut notamment être une étude de sociologie juridique ; mais, cette étude ne pourra pas prétendre être, à elle seule, une étude sociologique du contentieux. Cela serait toujours fragmentaire en raison de l'oubli du contentieux qui n'est pas attribué aux juridictions et du contentieux qui étant attribué aux juridictions, n'arrive pas dans les faits à être juridictionnalisé. Il faut ainsi nécessairement partir de la différence entre la juridiction et le contentieux, étant entendu que celui-ci précède celui-là.

Une première façon d'aborder le contentieux en dehors de la juridiction consiste à utiliser le mot juridiction dans le sens de compétence ou de pouvoir. Ainsi, il existerait une juridiction contentieuse exercée par l'administration²⁴⁴¹, mais qui est aussi exercée en dehors des pouvoirs publics. Le contentieux est ainsi défini par la contestation ou la réclamation, et non par la juridiction organique²⁴⁴². Néanmoins, cette approche doit être laissée de côté en raison de la confusion que peut provoquer l'utilisation du mot juridiction.

La séparation des concepts de juridiction et de contentieux, permettant l'approche sociologique de celui-ci, a été clairement réalisée par LAFERRIERE qui avait compris que la négation de la théorie du ministre-juge ne signifiait pas que ces autorités n'exerçaient aucune fonction contentieuse : « *Nous pensons qu'on ne saurait confondre avec un pouvoir de juridiction le droit de décision qui appartient aux ministres dans des matières contentieuses ou susceptibles de devenir telles* »²⁴⁴³. Le contentieux est ainsi défini comme des réclamations fondées sur un droit. Lorsqu'il concerne l'administration, il relève du contentieux administratif²⁴⁴⁴. L'explication donnée par LAFERRIERE est compatible avec l'approche sociologique tentée par DUGUIT. D'après lui, les fonctions sociales de l'État se sont historiquement dégagées d'un pouvoir concentré et unique²⁴⁴⁵. Néanmoins, il considère que la « *fonction judiciaire* » ne se dégage pas de ce pouvoir ; mais, c'est une

²⁴⁴¹ « (...) rappeler que toutes les fois qu'une décision est rendue par l'administration, dans un litige entre l'intérêt privé et l'intérêt public, l'autorité dont elle émane participe à la juridiction contentieuse », Louis-Antoine MACAREL, *Des tribunaux administratifs*, op. cit., p. 123.

²⁴⁴² « Définition de contentieux, qui ne s'occupe pas de l'idée juridictionnelle : « le contentieux en administration existe, dès qu'il y a réclamation formée au nom de droits ou d'intérêts privés qu'un acte administratif a lésés », *ibidem*, p. 130.

²⁴⁴³ Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 268-269.

²⁴⁴⁴ Le contentieux c'est « l'ensemble des réclamations fondées sur un droit ou sur une loi ». Le contentieux administratif est « l'ensemble des contestations juridiques auxquelles donne lieu l'action administrative », *ibidem*, p. 8 et 10.

²⁴⁴⁵ Il explique que les fonctions sont nées dans l'ordre suivant : tout d'abord, une fonction gouvernementale, spéciale et directe. Ensuite, après une expérience et conscience sociales, naît la fonction législative, et successivement est née la fonction exécutive : Léon DUGUIT, « Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique », *loc. cit.*, p. 14

fonction qui est d'origine privée comme un arbitrage²⁴⁴⁶. En dépit de l'utilisation de la qualification judiciaire de la fonction de résoudre des litiges, l'explication de DUGUIT est compatible avec le caractère non nécessairement étatique de la fonction.

Dans les années 1960, le professeur Léon MOREAU reprend tant la séparation des concepts de juridiction et contentieux, désignée par LAFERRIERE, que l'intention sociologique de DUGUIT, afin de préciser la différence entre la fonction juridictionnelle et la fonction contentieuse²⁴⁴⁷. Ces travaux sont repris par le professeur CHEVALLIER pour qui la fonction de trancher des litiges ou « *d'apaiser les conflits par l'application des normes juridiques en vigueur* »²⁴⁴⁸ est une activité qui existe dans toutes les sociétés et dans toutes les époques ; mais, celle-ci est attribuée à différents organes. L'attribution juridictionnelle de la fonction contentieuse est l'une des formes possibles de l'exercice de cette fonction. La juridictionnalisation du contentieux n'est qu'une formalisation²⁴⁴⁹ organique de la fonction contentieuse²⁴⁵⁰. Aux termes du professeur MOREAU : « *Les phénomènes contentieux sont, en effet, des faits, des données spontanées de l'ordre psycho-social ; la fonction juridictionnelle est une fonction sociale qui ne devient réalité que moyennant une certaine construction institutionnelle ou conventionnelle* »²⁴⁵¹. Néanmoins, « *cette juridictionnalisation, rappelons-le, n'est ni complète, ni exclusive, une fonction contentieuse reste assurée par une série d'organismes et d'autorités aux statuts divers* »²⁴⁵². L'expression fonction ou activité contentieuse est préférée à celle de fonction matériellement juridictionnelle, puisque cette dernière signifierait l'inversion du problème, comme si les juridictions avaient tranché des litiges avant toute autre autorité ou instance dans la société. Cette position n'est pas tenable, sauf si l'on considérait, à tort, que ces organes étaient des juridictions²⁴⁵³. Cela serait le résultat de l'application des concepts nouveaux à des réalités passées, alors que le concept n'était pas encore possible.

²⁴⁴⁶ « *D'ailleurs avant d'apparaître comme fonction d'État, la fonction judiciaire a longtemps été exercée sous la forme d'une fonction privée, d'un arbitrage* », *ibidem*, p. 21.

²⁴⁴⁷ « *Les phénomènes contentieux sont, en effet, des faits, des données spontanées de l'ordre psycho-social ; la fonction juridictionnelle est une fonction sociale qui ne devient réalité que moyennant une certaine construction institutionnelle ou conventionnelle* », Léon MOUREAU, « Notion et spécificité du contentieux administratif », in *Mélanges Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 182.

²⁴⁴⁸ « (...) *l'apaisement des conflits par l'application des normes juridiques en vigueur paraît indispensable pour assurer la stabilisation du système* (...) « *Pour qualifier cette fonction sociale, le terme de fonction contentieuse paraît le plus adéquat, et certainement préférable à celui de « fonction matériellement juridictionnelle » utilisé par certains auteurs* », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 277.

²⁴⁴⁹ « (...) *la juridiction traduit un phénomène de rationalisation de l'exercice de cette fonction, par son individualisation et son institutionnalisation au sein des structures étatiques (...)* », Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *loc. cit.*, p. 91.

²⁴⁵⁰ « (...) *ainsi que le démontrent l'histoire et les expériences étrangères, la mission de trancher les litiges sur la base du droit n'est pas nécessairement juridictionnalisée, et il n'est donc pas étonnant que le droit français comporte de multiples traces de cette réalité sociologique. La fonction juridictionnelle, définie sur la base de critères juridiques restrictifs, n'est en fait qu'une modalité possible d'exercice d'une fonction plus large, qui peut être assurée également par des organes purement administratifs* », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 276.

²⁴⁵¹ Léon MOUREAU, « Notion et spécificité du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 182.

²⁴⁵² Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 287.

²⁴⁵³ « *Il est certain que l'homme primitif, celui qui montre les livres d'histoire, couvert avec la peau des animaux, a connu intuitivement la notion de juridiction* », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, op. cit., p. 110.

La définition sociologique de la fonction contentieuse aurait, en principe, un problème : cette définition considère que la fonction contentieuse consiste à trancher des litiges juridiques par l'application du droit « *La situation contentieuse naît d'une contestation sur le contenu, la portée ou l'application du droit* »²⁴⁵⁴. La résolution des litiges par l'application d'autres règles, notamment l'équité ou le bon sens, ne serait pas une fonction contentieuse, d'un point de vue sociologique²⁴⁵⁵. En ce sens, juridiction, étymologiquement parlant, *iuris dictio* ou dire le droit serait synonyme de fonction contentieuse²⁴⁵⁶. La seule façon de comprendre que cette définition est sociologique à part entière consiste à interpréter que le droit y est compris comme toute règle obligatoire établie par l'autorité effective. Ainsi, les règles imposées par le père de famille ou par le chef de la tribu relèvent du droit.

2. Les bases pour construire la théorie de la résolution administrative des litiges

Considérer que quand l'administration tranche des litiges, il s'agit d'une fonction juridictionnelle ne permet pas de bâtir une théorie correcte de l'activité contentieuse de l'administration, parce que celle-ci est déformée : ce ne serait pas une fonction administrative, cela serait contraire à des principes, notamment celui de la compétence contentieuse de la juridiction, cela serait exceptionnel et ayant tendance à revenir dans son foyer naturel, c'est-à-dire à être juridictionnalisé. En revanche, la théorie de l'activité contentieuse de la juridiction, de l'administration, des autres organes et des particuliers permet l'élaboration d'une explication de la fonction de résolution des litiges, qui soit dépourvue de préjugés à l'égard de cette fonction lorsqu'elle est exercée par l'administration.

Cette théorie est cohérente avec la différence exclusivement formelle entre la juridiction et l'administration, ne déformant pas la perception des fonctions administratives ni des fonctions juridictionnelles²⁴⁵⁷. Il est ainsi possible de comprendre que la résolution des litiges peut être administrative, à la condition de ne pas être définitive ou pourvue de force de chose jugée. D'un point de vue sociologique, les conflits ne doivent pas nécessairement être résolus d'une façon définitive, rien n'empêche d'y revenir. Le caractère définitif de la décision est une conséquence juridique. Par conséquent, la chose jugée n'est pas attachée au contentieux, mais à la juridiction. À partir de cette compréhension, l'autorité contentieuse n'est pas nécessairement une juridiction et l'autorité administrative peut être une autorité contentieuse. Cela permet d'éviter les maladresses de langage quand l'on affirme que l'autorité administrative exerce une

²⁴⁵⁴ Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 280.

²⁴⁵⁵ « (...) tournée vers la solution de contestations d'ordre juridique, la fonction contentieuse suppose l'application du droit existant », *ibidem*, p. 279.

²⁴⁵⁶ « La situation contentieuse (...) c'est une contestation qui peut être tranchée par une solution de droit », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 281.

²⁴⁵⁷ Le professeur BIGOT réalise nettement cette différence dans le contexte de l'explication de « l'activité contentieuse de l'administration aux commencements de la révolution (1790-1792) », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, P.U.F., 2002, p. 30.

fonction contentieuse ; mais, cela n'est pas du contentieux, car l'administration n'est pas une autorité contentieuse²⁴⁵⁸.

Il est possible ainsi de définir l'activité contentieuse de l'administration comme la fonction de résolution des litiges juridiques, par l'application du droit²⁴⁵⁹. Le débat contentieux n'est possible que lorsque l'application d'une règle de droit ou d'un droit subjectif est contestée. Au contraire, les appels à la bienveillance par la voie des recours administratifs ne peuvent pas donner lieu à un contentieux et aucune fonction contentieuse ne pourra être exercée puisqu'il n'y a pas de litige à trancher, mais une pétition fondée sur des raisons comme l'équité²⁴⁶⁰.

L'adoption de la thèse de l'activité contentieuse de l'administration permet dès lors aux auteurs d'identifier ce genre de fonctions dans les autorités administratives et de les qualifier comme telles²⁴⁶¹. « *L'administration active continue donc à être investie d'une fonction contentieuse dont il importe de situer exactement le domaine* »²⁴⁶². Accepter l'existence d'une activité contentieuse de l'administration permet une appréhension complète du phénomène contentieux, sa portée et ses dimensions, comprenant le contentieux juridictionnel et celui qui est tranché en dehors des juridictions²⁴⁶³.

Affirmer qu'il existe une activité contentieuse de l'administration n'est pas, en soi, une théorie complète permettant la compréhension du phénomène. Cela n'est que le point de départ de l'élaboration de la théorie. Le premier élément, c'est la compatibilité de cette fonction avec la théorie de l'État.

Sous-section 2. L'activité contentieuse de l'administration dans la théorie de l'État

Les approches classiques de l'activité contentieuse de l'administration présupposent une théorie de l'État dans laquelle le pouvoir est éparpillé dans divers organes qui

²⁴⁵⁸ « (...) l'autorité administrative est souvent amenée (...) à trancher (...) des questions de nature contentieuse (...) il ne manque rien pour que l'on ait affaire à du contentieux administratif, qu'une autorité contentieuse », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *loc. cit.*, p. 250-251.

²⁴⁵⁹ « (...) chaque fois qu'elle a le pouvoir d'examiner des requêtes fondées sur une prétendue violation du droit et de prendre des décisions qui seront la conséquence de la constatation de légalité ou d'illégalité qu'elle aura faite, elle est investie d'une attribution d'ordre contentieux : c'est ainsi que les recours gracieux, hiérarchiques ou de tutelle fondés sur des moyens de droit, les décisions prises en matière disciplinaire doivent être considérées comme de nature contentieuse », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 283.

²⁴⁶⁰ « (...) la fonction contentieuse n'a en effet de sens que s'il y a litige, que s'il est nécessaire de résoudre un différend », *ibidem*, p. 281.

²⁴⁶¹ « (...) tous les organismes administratifs créés pour examiner, avant de les porter devant un juge, les difficultés entre une administration et un cocontractant – par exemple en matière de concession ou de marché de travaux publics – statuent sur des litiges, et cependant ce ne sont point des juridictions (...) », Jean DE SOTO, « La notion de juridiction », *loc. cit.*, p. 49.

²⁴⁶² Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *loc. cit.*, p. 283.

²⁴⁶³ Tel est le cas de : Xavier LAGARDE, « Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique », *D.* 2005, n° 1, p. 83.

remplissent des fonctions exclusives. Le pouvoir juridictionnel exercerait la fonction contentieuse et donnerait l'effectivité au droit. L'acceptation de l'activité contentieuse de l'administration demande l'adoption d'une théorie de l'État construite sur la pluralité fonctionnelle du pouvoir (§ 1) et sur la compatibilité de l'activité contentieuse de l'administration avec l'État de droit (§ 2).

§ 1. La pluralité fonctionnelle du pouvoir

Lorsque le pouvoir public est conçu comme une entité composée par des fonctions de nature différente et pouvant être séparées, il est compréhensible que l'on puisse prétendre les fractionner dans des petits pouvoirs, identifiés en raison de leur fonction propre. En réalité, les fonctions du pouvoir sont multiples et l'activité contentieuse de l'administration est l'une des formes de l'exercice multi-organique des fonctions (A). Cela s'explique en raison du fait que le pouvoir recherche la paix et la justice sociales (B).

A. L'une des formes de l'exercice multi-organique des fonctions

L'activité contentieuse de l'administration est une manifestation du caractère transversal et multi-organique de l'exercice des fonctions du pouvoir. L'exercice multi-organique des fonctions n'est possible que lorsque l'on accepte qu'il existe un seul pouvoir et plusieurs fonctions (1). Cela entraîne des conséquences, particulièrement, l'exercice multi-organique de la fonction contentieuse (2).

1. Un seul pouvoir et plusieurs fonctions

Le pouvoir émane de la souveraineté et cela même si celle-ci est monarchique ou populaire. Il n'est pas possible de diviser la souveraineté et *a fortiori*, le pouvoir. L'unité de la souveraineté est reconnue par BODIN qui lui attribue des caractères d'être suprême, perpétuelle, toute-puissante et indivisible²⁴⁶⁴. Dans le contexte de la monarchie, il est logique que le pouvoir ne soit qu'un et que celui-ci appartienne au roi : « *Le roi est seul souverain en son royaume, et la souveraineté n'est pas plus divisible que le point en géométrie* »²⁴⁶⁵.

Dans des différentes époques, la séparation des pouvoirs a été contestée en raison du caractère artificiel de prétendre diviser le pouvoir. À la Constituante française de 1793, l'idée était déjà présente : « *Il n'y a, à proprement parler, qu'un seul pouvoir, celui du*

²⁴⁶⁴ « *La République se reconnaît à l'unité de souveraineté* », Jean BODIN, *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, in *Œuvres philosophiques*, trad. Pierre MESNARD, P.U.F., Paris, 1951, p. 352. « *Tout ainsi qu'une couronne perd son nom si elle est ouverte ou qu'on arrache les fleurons, aussi la majesté souveraine perd sa grandeur si on y fait ouverture, pour empiéter quelque endroit d'icelle* », Jean BODIN, *La République*, I, X, p. 215 ; Il ne peut y avoir de « *parties de la souveraineté* », *ibidem*, p. 266.

²⁴⁶⁵ Cardin Le BRET, *De la souveraineté*, IX, I éd. J. Quesnel, Paris, 1635, p. 34

souverain»²⁴⁶⁶. Cette affirmation est cohérente avec l'adaptation que ROUSSEAU fait du concept de souveraineté. Ayant à peu près les mêmes caractères que lui attribuait BODIN, mais étant populaire et non royale, celle-ci est toujours indivisible. La description de ceux qui divisent les pouvoirs, comme s'ils pouvaient diviser un être humain, est très évocateur de sa critique à l'égard de ceux qu'il compare à des charlatans²⁴⁶⁷. Très proches des arguments de ROUSSEAU sont ceux de CARRE DE MALBERG qui justifie l'unité du pouvoir dans la théorie de la personnalité morale de l'État : « *Dire que l'État est une personne, cela signifie, en effet, qu'il est le sujet unitaire de la puissance publique, laquelle (...) est, de son côté, une puissance unique* »²⁴⁶⁸.

Il n'existe qu'un pouvoir, car il émane d'un seul souverain et, par conséquent, il ne reproduit que la seule volonté du souverain²⁴⁶⁹. « *La souveraineté est un attribut du pouvoir étatique et, à la vérité, un attribut qui n'est susceptible ni d'augmentation ni de diminution* »²⁴⁷⁰. Dès lors, il n'existe pas de pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire ou juridictionnel ou n'importe quel autre car cela contrarie l'unité du pouvoir²⁴⁷¹. « *Il n'y a pas, dans l'État, trois pouvoirs, mais bien une puissance unique, qui est sa puissance de domination* »²⁴⁷². La séparation n'est qu'un « *sophisme politique* »²⁴⁷³ qui, prit strictement, signifierait l'existence de plusieurs souverainetés²⁴⁷⁴. « *Des politiques ont cru qu'un État, pour être parfaitement heureux, devait être mis en pièces* »²⁴⁷⁵. Nonobstant l'unité du

²⁴⁶⁶ Anarchasis CLOOTZ, Séance du 10 mai 1793 cité par Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 140.

²⁴⁶⁷ « (...) ils font du Souverain un être fantastique et formé de pièces rapportées ; c'est comme s'ils composaient l'homme de plusieurs corps dont l'un aurait des yeux, l'autre des bras, l'autre des pieds, et rien de plus. Les charlatans du Japon dépècent, dit-on, un enfant aux yeux des spectateurs, puis jetant en l'air tous ses membres l'un après l'autre, ils font retomber l'enfant vivant et tout rassemblé. Tels sont à peu près les tours de gobelets de nos politiques ; après avoir démembré le corps social par un prestige digne de la foire, ils rassemblent les pièces on ne sait comment. Cette erreur vient de ne s'être pas faite des notions exactes de l'autorité souveraine, et d'avoir pris pour des parties de cette autorité ce qui n'en était que des émanations », Jean-Jacques ROUSSEAU, *Le Contrat Social*, Chez Mourer et pinparet, Paris, 1797, Chapitre II : Que la souveraineté est indivisible, p. 55.

²⁴⁶⁸ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, op. cit., p. 26.

²⁴⁶⁹ « Il n'y a en droit qu'une puissance, la volonté nationale (...) Montesquieu ne nie pas cela ; mais, il n'y songe pas, il ne voit que ses trois prétendus pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire (...) sans faire du tout entrer en ligne de compte la puissance nationale », Destutt DE TRACY, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, Delaunay libraire, Paris, 1819, p. 166.

²⁴⁷⁰ « Le principe fondamental de la conception juridique de l'État, c'est la reconnaissance de son unité : de là résulte aussitôt, comme conséquence nécessaire, la doctrine de l'unité et de l'indivisibilité du pouvoir étatique », Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, Trad. Par Georges FARDIS, 2^e partie, Paris, M. Giard & E. Brière, 1913, réimpression éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 157.

²⁴⁷¹ « il n'y a qu'un Pouvoir unique (...) » Georges BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », loc. c, p. 214.

²⁴⁷² Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. II, op. cit., p. 24.

²⁴⁷³ « Des pouvoirs séparés et indépendants ne forment point d'ensemble, a dit Bentham ; un gouvernement ainsi constitué ne saurait se maintenir. S'il faut nécessairement une puissance suprême, à laquelle toutes les branches de l'administration soient subordonnées, il y aura distinction dans les fonctions ; mais, il n'y aura pas division de pouvoirs ; car un pouvoir qu'on n'exerce que d'après des règles tracées par un supérieur, n'est pas un pouvoir séparé : c'est une branche de ce supérieur », Jérémie BENTHAM et Étienne DUMONT, *Tactique des assemblées législatives, suivi du Traité des sophismes politiques*, t. II, 2^e éd, Bossange frères, Paris, 1822, ch. VI, « des sophismes anarchiques », p. 325.

²⁴⁷⁴ « Si on prenait la séparation dans la plénitude de son sens, celle-ci impliquerait la reconnaissance de souverainetés différentes dans le même État », Francisco de Paula PEREZ, *Derecho constitucional colombiano*, 6^e éd., Universidad Javeriana, Bogota, 1992, p. 243.

²⁴⁷⁵ François-Dominique de Reynaud MONTLOSIER, L. C., chap. XX, p. 326-327, cité par Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 142-143. MONTLOSIER ajoute encore : « Une méprise constante fait comprendre les pouvoirs avec les fonctions, et la distinction avec la séparation », idem.

pouvoir²⁴⁷⁶, le souverain peut exercer différentes fonctions qui peuvent être distribuées dans différents organes²⁴⁷⁷. L'identification des fonctions est toujours possible ; mais, cela ne peut signifier ni pluralité de pouvoirs ni exclusivité dans l'exercice de l'une des fonctions²⁴⁷⁸.

Mise à part la conception idéologique du pouvoir et de la souveraineté, la doctrine de la collaboration entre les branches du pouvoir entraîne une reformulation de la séparation des pouvoirs, établie à partir des problèmes qui ont suivi la séparation artificielle du pouvoir²⁴⁷⁹. Les autorités devront confluer à la réalisation des fins de l'État puisqu'elles ne sont pas des entités souveraines, mais des « *instruments du pouvoir* »²⁴⁸⁰. Ainsi, le système constitutionnel colombien a réformé le système de séparation des pouvoirs, instituant à sa place un système d'unité du pouvoir avec collaboration²⁴⁸¹ entre les différentes branches du pouvoir²⁴⁸². Un secteur de la doctrine a rapidement compris le changement en parlant de l'unité du pouvoir²⁴⁸³, à la place des pouvoirs publics.

La principale conséquence de l'unité du pouvoir, c'est l'absence de spécialisation absolue des organes du pouvoir se manifestant par la possibilité d'attribuer différentes fonctions à un seul des organes du pouvoir : « *Ce sont surtout les organes de l'administration qui nous offrent réunis l'ensemble des fonctions matérielles* »²⁴⁸⁴. Force est

²⁴⁷⁶ Jean DABIN, *Doctrina General del Estado*, éd. Juz, Mexique, 1946, pp 309-310.

²⁴⁷⁷ « L'État n'a qu'une volonté, celle de sa conservation ; donc l'État n'a qu'un pouvoir (...) Il n'y a donc qu'un pouvoir ; mais ce pouvoir a différentes fonctions qu'il faut considérer séparément », De BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux*, in *œuvres de M. Bonald*, t. XIII, imprimerie d'Adrien Leclere et cie., Paris, 1843, liv. VI, ch. III, t. I, p. 434-435.

²⁴⁷⁸ « On pourrait concevoir que diverses fonctions fussent définies et exercées par des autorités différentes mais qu'elles procèdent toutes d'une source unique », Dimitri Georges LAVROFF, « conclusion », *La séparation des pouvoirs, théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007, p. 141.

²⁴⁷⁹ « Il faut que la machine fonctionne ; c'est la première des nécessités de l'ordre social. Il faut non pas la séparation des pouvoirs ; mais, leur coopération pour un même but ; il faut, non pas la balance des forces ; mais, leur union », SISMONDI, *Études sur les constitutions des peuples libres*, Intr., p. 36-38, cité par Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs*, op. cit., p. 295.

²⁴⁸⁰ « La puissance d'État n'est pas partagée entre les autorités, de telle sorte que chacune en ait une partie correspondant à son ressort ; les autorités ne sont que les instruments de l'État, au moyen desquels il exerce sa puissance d'État », Paul LABAND, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, op. cit., p. 5.

²⁴⁸¹ « (...) il faut que, parmi la multiplicité des autorités et la spécialisation des compétences, l'organisation de l'État soit combinée de façon à produire en lui une volonté unitaire ; et ceci implique que les volontés et activités des organes étatiques doivent être liées et coordonnées entre elles, de telle sorte qu'elles convergent vers un but commun et vers des résultats identiques », Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, op. cit., p. 28.

²⁴⁸² Le terme « pouvoirs publics » a été abandonné par la réforme constitutionnelle de 1936, en raison de l'Unité du pouvoir : « Le sénateur Moncada a fait un exposé à cet égard, afin de démontrer qu'il n'était pas correct de parler des pouvoirs publics. Il a soutenu que le pouvoir public n'est qu'un et qu'il est exercé par les organes de l'État », Discussions de la réforme constitutionnelle dans le Congrès de la République, citées par Magdala VELASQUEZ et Álvaro TIRADO, *La reforma Constitucional de 1936*, collection Pensadores Políticos Colombianos, Senado de la República, p. 282. L'article 21 de la réforme constitutionnelle de 1936 a disposé : « Sont organes du pouvoir public : le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Les organes du pouvoir public sont limités, ils ont des fonctions séparées ; mais, collaborent harmonieusement à la réalisation des fins de l'État »

²⁴⁸³ « Le pouvoir c'est un seul parce que la souveraineté est une seule », Eduardo FERNANDEZ, *Las Constituciones colombianas comparadas*, t. II, op. cit., p. 142.

²⁴⁸⁴ « L'administration, au sens formel, a un pouvoir de réglementation et de décision. Grâce au premier de ces pouvoirs, elle participe à la législation matérielle, grâce au second à la juridiction », Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, 2^e partie, op. cit., p. 323.

de conclure que ce ne sont pas « *les considérations de beauté* »²⁴⁸⁵, celles qui déterminent les compétences d'une autorité. Cela est le résultat des considérations d'ordre pratique relatives à l'efficacité de l'autorité en raison des compétences qui lui sont attribuées pour la réalisation des finalités de l'État²⁴⁸⁶. Par ailleurs, le cumul des fonctions est une garantie d'indépendance, dans la mesure où l'autorité ne devra pas faire appel à d'autres instances pour prendre certaines décisions ou pour les faire exécuter²⁴⁸⁷. La séparation absolue mélangée avec la spécialisation est contraire à l'essence du pouvoir, « *c'est la nature même des choses qui exige ce mélange et ce cumul* »²⁴⁸⁸, et cela est « *inévitable* »²⁴⁸⁹.

Certes, il est possible de rétorquer que l'unité du pouvoir est une conception aussi métaphasique que celle qui le divise²⁴⁹⁰; mais, ce qui est vrai en tout état de cause, divisant ou non le pouvoir, c'est le nécessaire exercice multi-organique des différentes fonctions dont la fonction contentieuse.

2. L'exercice multi-organique de la fonction contentieuse

Puisque toutes les fonctions du pouvoir sont distribuées dans des proportions différentes entre les différents organes du pouvoir, la fonction contentieuse ne constitue pas une exception. Cependant, une même fonction attribuée à différents organes peut avoir des effets différents en raison de l'organe qui prend la décision. Ainsi, l'attribution de la fonction normative à l'administration ou au Parlement détermine que les actes pris par l'une ou par l'autre ont un niveau et une force différente, sauf exception relative à la délégation législative. De même, l'attribution de la fonction contentieuse à l'administration détermine que les actes pris n'auront pas des effets de chose jugée qui est attachée aux juridictions²⁴⁹¹.

La fonction contentieuse est exercée transversalement par les différents organes du pouvoir, compte tenu du fait que la résolution des litiges peut s'apparenter à l'exercice d'un autre type de compétences. De telle sorte que les parlements exercent une fonction de contrôle

²⁴⁸⁵ « *Ce ne sont pas les considérations, les considérations de beauté, ce sont les considérations d'utilité politique, qui déterminent l'ordre réel de l'État et qui amènent toutes sortes d'infractions aux règles même les plus expressément reconnues* », Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, 2^e partie, op. cit., p. 325.

²⁴⁸⁶ « *L'activité des organes, au contraire, s'exerce en vue de buts étatiques déterminés. Or, pour atteindre l'un des quelconque de ces buts, il est indispensable que l'organe qui en est en charge, fasse des actes multiples, qui par leur nature, relèvent de plusieurs fonctions* », Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, op. cit., p. 30.

²⁴⁸⁷ « *Les garanties d'indépendance n'existent que si chacun des pouvoirs politiques cumule à un certain degré les diverses activités fonctionnelles* », Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public, à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès sciences politiques*, Sirey, Paris, 1914, p. 32.

²⁴⁸⁸ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, op. cit., p. 32.

²⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 34.

²⁴⁹⁰ « *La concentration du pouvoir politique dans une volonté unique, que cette volonté soit celle d'une personne physique ou d'un corpus, a été tenue par le droit naturel comme une conséquence logique du concept d'État. Le plus souvent c'est l'ancienne analogie entre l'État et l'homme qui a servi de preuve à cette doctrine. Tout comme l'âme est indivisible, de même aussi la souveraineté* », Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, 2^e partie, op. cit., p. 159

²⁴⁹¹ L'idée originale des fonctions juridictionnelles de l'administration prévue par la Constitution colombienne consiste à un système équivalent à celui de la législation déléguée. Mais ni la législation déléguée, ni les fonctions juridictionnelles de l'administration emportent l'exclusion d'autres fonctions normatives ou contentieuses non législatives ni juridictionnelles.

politique à l'égard du gouvernement et une fonction contentieuse pour la sanction de certains membres du gouvernement. La fonction contentieuse des parlements acquiert, dès lors, des éléments politiques à un point tel qu'il est parfois difficile de préciser la nature strictement contentieuse ou strictement politique de la compétence du Parlement²⁴⁹².

Quant à l'administration, la fonction contentieuse est de l'essence de l'activité administrative, c'est l'une des prérogatives de l'administration qui s'explique en raison des fonctions que doit atteindre l'action administrative. LAFERRIERE avait bien compris cette liaison entre l'activité administrative et l'activité contentieuse de l'administration, ce qui détermine, à ses yeux, que l'activité contentieuse de l'administration soit une fonction mixte et cela parce qu'administrer implique assumer des fonctions contentieuses dérivées d'autres compétences administratives ; mais, aussi, parce qu'il considère que celui qui décide les recours contre les actes administratifs, notamment une autorité administrative, exerce à la fois une fonction contentieuse et une fonction administrative de supérieur hiérarchique²⁴⁹³. De surcroît, LAFERRIERE reconnaît que cette fonction « *intermédiaire* », la fonction contentieuse, peut être attribuée à des juridictions judiciaires, administratives ou à l'administration elle-même²⁴⁹⁴. Dans ce contexte, il est possible d'envisager l'existence d'une organisation étatique sans juridiction²⁴⁹⁵, mais non sans fonction contentieuse.

Aujourd'hui, il est courant de constater l'exercice de fonctions de résolution des litiges dans les autorités administratives indépendantes qui pourraient être considérées comme étant en concurrence avec les juridictions pénales, civiles et du contentieux administratif. Mais, l'ampleur du phénomène dépasse le cas des administrations indépendantes et il va au-delà du cas de la fonction contentieuse. « *Par-delà les autorités administratives indépendantes, c'est en réalité en large partie la conception de l'organisation et des conditions d'exercice du pouvoir de l'État qui est en cause* »²⁴⁹⁶. Il est nécessaire, par conséquent, de remettre en cause la théorie traditionnelle du pouvoir, afin de la remplacer par une construite sur l'exercice multi-organique du pouvoir²⁴⁹⁷. Dans ce contexte, la paix sociale c'est l'une des fonctions principales du pouvoir.

²⁴⁹² Les origines de la responsabilité politique se trouvent dans la menace provoquée par une procédure criminelle entamée : cf. Philippe LAUVAUX, « Aspects historiques de la responsabilité politique », in *La responsabilité des gouvernants*, Descartes & cie. Paris, 1999, p. 22. La responsabilité politique n'exclut pas la responsabilité pénale « à la condition que celle-ci réponde bien à sa qualification », c'est-à-dire que la responsabilité pénale ne soit pas une responsabilité politique déguisée : Michel DEGOFFE, « La responsabilité du ministre », in *La responsabilité des gouvernants*, op. cit., p. 246.

²⁴⁹³ « (...) entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, il y a une mission mixte à remplir, celle qui consiste à prononcer sur les contestations administratives. Cette mission est mixte à un double point de vue : d'abord parce que l'administrateur, par la nature même de ses fonctions, est obligé d'exercer dans beaucoup de cas une sorte d'arbitrage de fait et de droit (...) d'où il suit que le fait d'administrer implique forcément le droit de décider ; - en second lieu, parce que (...) L'autorité qui sera appelée à contrôler la décision administrative fera à la fois office de juge, puisqu'elle tranchera un différend, et office d'administrateur supérieur, puisqu'elle redressera une erreur ou une illégalité de l'administration », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 12.

²⁴⁹⁴ « Ce pouvoir intermédiaire, qui tient à la fois de l'exécutif et du judiciaire, pourrait être réuni à l'un ou à l'autre selon que les traditions d'un pays, les conditions générales de son organisation administrative et judiciaire le porteront à fortifier l'influence des tribunaux ou celle de l'administration », idem.

²⁴⁹⁵ Contre : « Aujourd'hui, il est impossible de concevoir l'État sans la juridiction (...) », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, op. cit., p. 109.

²⁴⁹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 258.

²⁴⁹⁷ « La fonction normative, l'action administrative et le jugement, dans un sens substantiel, sont aujourd'hui distribués variablement, dans un ordre dispersé, entre le Pouvoir qui compose l'État », Giovanni BOGNETI, *La divisione dei poteri*, op. cit., p. 99.

B. Le pouvoir et la recherche de la paix et la justice sociales

Lorsqu'il était affirmé que la police de l'Ancien Régime cherchait le bonheur du peuple, on devait comprendre que cela faisait référence à ce que l'on considérait comme la fonction ultime du pouvoir²⁴⁹⁸. Dans ce courant, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est proclamée « *afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution, et au bonheur de tous* »²⁴⁹⁹. Aujourd'hui, le bonheur est un concept laissé au domaine personnel, alors que d'autres valeurs sont confiées aux pouvoirs publics. Ceux-ci peuvent matérialiser une certaine forme de bonheur du peuple. Tel est le cas de la sécurité matérielle et juridique, de la justice et de la paix sociale. Dès lors, il est nécessaire de préciser le lien entre la fonction contentieuse, la justice et la paix sociale (1) qui sont des fonctions transversales du pouvoir (2).

1. La fonction contentieuse, la justice et la paix sociale

Chez les auteurs qui s'intéressent à la fonction exercée par les juridictions, il est courant d'affirmer que la raison d'être de ces organes c'est la paix sociale²⁵⁰⁰ et la réalisation de la justice²⁵⁰¹ : « *S'il y a des tribunaux, c'est uniquement pour mettre fin aux guerres privées, c'est pour empêcher que les individus ne se fassent justice à eux-mêmes, par la force, par la violence. Telle est la raison d'être des tribunaux ; ils répondent au besoin de paix sociale (...)* »²⁵⁰². Ainsi, le procès entendu comme le mécanisme de réalisation de la fonction juridictionnelle, est considéré comme le véhicule propre à la paix sociale²⁵⁰³.

²⁴⁹⁸ La police « (...) consiste à conduire l'homme à la plus parfaite félicité dont il puisse jouir en cette vie », DELAMARE, cité par Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, Bibliothèque de droit public, t. CXLVI, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 57.

²⁴⁹⁹ Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Déjà la déclaration d'indépendance des États-Unis affirme : « *Nous tenons pour évidentes pour elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont (...) doués par le Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis parmi les hommes pour garantir ces droits, et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés. Toutes les fois qu'une forme de gouvernement devient destructive de ce but, le peuple a le droit de la changer ou de l'abolir et d'établir un nouveau gouvernement, en, en le fondant sur les principes et en l'organisant en la forme qui lui paraîtront les plus propres à lui donner la sûreté et le bonheur* », Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique réunis en Congrès le 14 juillet 1776.

²⁵⁰⁰ « *Sa fin essentielle est de vérifier et de réaliser le droit dans les cas controversés, c'est-à-dire de maintenir la paix sociale conformément au droit lui-même* », Giorgio del VECCHIO, *L'État et le droit*, Dalloz, Paris, 1964, p. 44.

²⁵⁰¹ « (...) ce qui est décidé par le juge règle le comportement futur des intervenants par la création du véritable droit entre ceux-ci, même si dans la réalisation de cette fonction se réalisent des finalités beaucoup plus générales, notamment la réalisation de la justice et la paix sociale », Luis ACERO, *la creación judicial del derecho*, op. cit., p. 77.

²⁵⁰² Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1. 3^e éd. op. cit., p. 256.

²⁵⁰³ « (...) ce qui est plus grave encore, c'est que cela fait longtemps que le procès ne remplit plus sa finalité principale, consistant à la réalisation de la paix sociale », Luis ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, op. cit., p. 70.

La paix sociale est entendue comme le déroulement tranquille de la vie en société, qui se matérialise dans l'exercice ordonné et sans obstacles des droits des citoyens. De ce point de vue, les contestations, les oppositions de droits et des intérêts, les conflits, et en général, les contentieux sont tenus pour des troubles à la tranquillité sociale. Trancher les litiges ne serait rien d'autre que le rétablissement de la paix sociale. La décision prise est alors considérée comme fondée sur la justice. Dans ce contexte, les États prévoient les juridictions comme le mécanisme formel et légitime, ouvert aux citoyens pour mettre fin aux conflits de la vie sociale. Les juridictions seraient des organes chargés de « *l'administration de la justice* » ainsi que des instruments de rétablissement de la paix perdue²⁵⁰⁴.

Cette idée présuppose que l'administration de la justice consiste en la résolution des situations contentieuses par la voie juridictionnelle. Or, lorsqu'il est acquis que la fonction contentieuse est aussi exercée par l'administration, force est de conclure que celle-ci a pour fonction la pacification sociale et l'administration de la justice²⁵⁰⁵, lorsqu'elle exerce la fonction contentieuse. Dès lors, l'activité contentieuse de l'administration pourrait être définie comme la recherche de la paix sociale, par la voie de la résolution non définitive des litiges.

Tel est notamment le cas des recours administratifs qui, en remplissant une fonction contentieuse, apaisent les relations entre l'administré et l'administration. L'administré y trouve un mécanisme à sa portée, lui permettant de véhiculer son irritation en la transformant en une réclamation²⁵⁰⁶. De ce point de vue, lors de l'examen de la constitutionnalité du système des recours administratifs obligatoires en Colombie, la Cour constitutionnelle a affirmé que ces recours participent à la réalisation des valeurs de la vie sociale pacifique et de l'ordre social juste²⁵⁰⁷. Force est d'accepter que la réalisation de ces valeurs ne doit pas nécessairement intervenir par une décision ayant des effets de chose jugée.

De surcroît, lorsque l'administration exerce la fonction contentieuse entre des

²⁵⁰⁴ La Constitution colombienne précise : « Art. 116. *La Cour Constitutionnelle, la Cour suprême de justice, le Conseil d'État, le Conseil supérieur de la judicature, la 'Fiscalía' (Procureur en matières pénales) générale de la nation, les tribunaux et les juges, administrent la justice. Cette fonction est aussi remplie par la justice pénale militaire. (...)* ».

²⁵⁰⁵ Le terme « administration de la justice » est réservé, en droit colombien, à la fonction juridictionnelle à un point tel que la *loi statutaire de l'administration de la justice*, loi n° 270 du 7 mars 1996, ne fait pas référence à l'activité contentieuse de l'administration.

²⁵⁰⁶ « (...) *les irritations nées de ses actes se transforment en réclamations (...) offrant à qui s'y engage un espoir, que le temps exigé par les étapes à parcourir apaise les colères, et qu'ainsi ne s'accumulent pas des exaspérations sans issue, instigatrices de révoltes* », Henry PUGET, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *loc. cit.*, p. 255-256. « (...) *afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution, et au bonheur de tous (...) l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être Suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen* », Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

²⁵⁰⁷ « *En effet, le parcours de la voie gouvernementale, en tant que condition préalable établie par le législateur, permet à la personne affectée par une décision qu'elle considère comme violatrice de ses droits de se porter devant la même autorité qui a pris la décision afin que celle-ci puisse réviser ses propres actes, pouvant le cas échéant modifier, clarifier ou même retirer la décision initiale. Le recours donne la possibilité à l'administration de corriger ses erreurs et de rétablir les droits de l'affecté, ainsi que de coordonner l'action de l'administration pour la réalisation des fins de l'État (art. 209 Const.), notamment celles de servir à la communauté et assurer la vie pacifique en société et l'existence d'un ordre juste (art. 2 Const.)* », C.C.c. Sentence C-319-02, M.R. Alfredo BELTRAN.

particuliers, celle-ci participe à la paix sociale au-delà des relations des administrés avec l'administration.

2. Des fonctions transversales du pouvoir

Il est vrai que la fonction contentieuse réalise la paix sociale et la valeur de la justice. Mais, la réalisation de ces valeurs n'est pas exclusivement confiée à la fonction contentieuse. Le déroulement pacifique de la vie en société est l'objet du droit tout entier et des différents organes du pouvoir. Ainsi, par exemple, la prévision de normes juridiques générales, législatives ou administratives, est un exercice visant à ordonner la vie sociale et, de cette façon, à prévenir les conflits. De même, lorsque l'administration exerce son pouvoir de police, l'ordre public est visé comme l'une des conditions de la paix sociale. Le rétablissement de la paix sociale n'est nécessaire qu'une fois que les mécanismes préventifs se sont avérés inefficaces. Ce redressement peut être non contentieux ou contentieux. Toute autorité disposant de la fonction de résolution des litiges participe à la réalisation de la paix sociale, par l'application des normes qui sont prévues à cette fin.

Cela veut dire que la paix sociale est une fonction essentiellement ni juridictionnelle ni administrative, mais qu'il s'agit d'une fonction de l'ensemble du pouvoir. Par conséquent, le pouvoir dispose de tous ses organes et de tous ses instruments, contentieux et non contentieux, pour la réalisation de cet objectif. Aux termes de CARRE de MALBERG : « *L'activité des organes, au contraire, s'exerce en vue de buts étatiques déterminés. Or, pour attendre l'un quelconque de ces buts, il est indispensable que l'organe qui en est en charge, fasse des actes multiples, qui par leur nature, relèvent de plusieurs fonctions* »²⁵⁰⁸.

Ainsi, les autorités du pouvoir public disposent de plusieurs moyens pour atteindre le but de la paix sociale. Mais, tel est aussi le cas de la justice. Bien que la définition de celle-ci soit matériellement impossible²⁵⁰⁹, l'administration de la justice n'est pas une fonction réservée à la juridiction²⁵¹⁰. La valeur de la justice est tout d'abord une fonction normative, ensuite une fonction matérielle et, finalement, une fonction contentieuse. Conformément à cette idée de l'existence des fonctions relevant du pouvoir, et non de l'une de ses « *branches* », la Constitution colombienne dispose que tant la vie tranquille en société (paix sociale), que la justice, sont des fins essentielles du pouvoir tout entier²⁵¹¹.

²⁵⁰⁸ Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. II, *op. cit.*, , p. 30..

²⁵⁰⁹ Et, dans ce cas, il est proposé une définition procédurale de la justice, c'est-à-dire la définition d'une procédure menant à ce qui peut être considéré comme étant juste. Cf. John RAWLS, *Théorie de la justice* (theory of justice), trad. par Catherine AUDARD, éd. du Seuil, Paris, 1991 ; *La justice comme équité : une reformulation de la Théorie de la justice*, trad. par Bertrand GUILLARME, La Découverte, Paris, 2003..

²⁵¹⁰ Tel ce qui est fait par la Constitution et la loi colombiennes : art. 116 Const.c. et art. 8, al. 3 de la L.E.A.J. « *Les particuliers peuvent exercer transitoirement la fonction d'administrer la justice, en tant que conciliateurs ou arbitres autorisés par les parties pour décider par le droit ou par l'équité* ».

²⁵¹¹ L'art. 2 de la Constitution colombienne place ces valeurs comme des fonctions du pouvoir *in solidum* « *Ce sont des finalités essentielles de l'État : (...) assurer la vie pacifique en société et l'existence d'un ordre social juste* ».

En conséquence, il est possible d'accepter que le droit administratif ne soit pas un système prévu uniquement pour la protection des administrés à l'égard de l'État²⁵¹², mais un système de garantie des droits des administrés et de réalisation de fins et de valeurs juridiques dont la justice et la paix sociale. L'activité contentieuse de l'administration prouve que l'administration ne concourt pas exclusivement à ces fins par la voie des services publics et de la police administrative, mais aussi qu'elle réalise la justice et la paix sociale par la voie de l'intervention en l'économie, par la participation directe dans le marché, par la régulation et aussi par la résolution des litiges.

Dans la théorie de l'État, la résolution des litiges ou fonction contentieuse est l'une des fonctions du pouvoir public. Le pouvoir exerce cette fonction aux fins de la réalisation des valeurs qui sont à sa charge. Pour cela, le pouvoir public se sert d'organes différents tels que la juridiction et l'administration, qui sont, dès lors, investis notamment de la fonction contentieuse. C'est dans la compréhension des fonctions et des valeurs dont le pouvoir public à la charge que se trouve l'explication de l'exercice multi-organique des fonctions. De cette façon, l'activité contentieuse de l'administration trouve sa place dans la théorie de l'État. Cette fonction est compatible avec l'État de droit.

§ 2. *L'activité contentieuse et l'État de droit*

L'État de droit est l'un de ces concepts, tels que la démocratie, auxquels il est courant d'attribuer des vertus que ne lui sont pas propres, ou qui ne l'étaient pas à l'origine. Ainsi, l'État de droit signifierait un ensemble de conditions telles que la protection des droits fondamentaux²⁵¹³, l'égalité devant la loi, la séparation des pouvoirs, conçue dans le sens classique, et enfin, la démocratie : « *L'État de droit a ainsi perdu la signification étroite qui a été longtemps la sienne* »²⁵¹⁴ ou plus encore, « (...) *il n'existe pas (...) un modèle unique d'État de droit* »²⁵¹⁵. Il est courant d'attribuer à Hans Kelsen une grande partie de ces définitions, alors qu'il considère que l'expression *Rechtsstaat* ou État de droit est un pléonasme, dans la mesure où « *tout droit est droit étatique, car tout État est un État de droit* »²⁵¹⁶. Néanmoins, il est possible de remettre en cause une affirmation si tranchée : Kelsen lui-même soutient que l'État de droit est « *un État dont toutes ses activités sont déterminées par l'ordre juridique* »²⁵¹⁷ ou, en d'autres termes, un État soumis à droit²⁵¹⁸.

²⁵¹² « Il est évident que le Droit administratif ne peut plus se concevoir exclusivement comme un système n'ayant pas d'autre finalité que la protection des individus à l'égard de l'État », Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Teoría General del Derecho Administrativo*, op. cit., p. 25.

²⁵¹³ Il est ainsi affirmé que la protection des droits fondamentaux est la condition de l'existence d'un État de droit : opinion concordante du magistrat Jaime ARAUJO, à C.C.C. Sentence Sentencia T-571-08, 4 juin 2008, M.R. Humberto SIERRA.

²⁵¹⁴ Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, 5^e éd., Montchrestien, Paris, 2010, p. 9.

²⁵¹⁵ Jacques CAILLOSE, *Introduire au droit*, 3^e éd., Montchrestien, Paris, 1998, p. 77.

²⁵¹⁶ Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, réimp. de la 2^e éd. de 1928, Aalen: Scientia Verlag, 1981, p. 252; « Gott and Staat », p. 46 et 55, cité Carlos Miguel HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 114.

²⁵¹⁷ Cité par Carlos Miguel HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, éd. Kimé, Paris, 1997, p. 113.

²⁵¹⁸ Cela s'oppose à « l'État « despotique », fonctionnant « à la foi » et fondé sur un principe d'assujettissement total au pouvoir », Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 11.

Aujourd'hui, la notion d'État de droit a accueilli irréversiblement des valeurs liées au contenu du droit. Il ne s'agit plus seulement de la soumission positive à la règle positive qui fait qu'un État soit de droit, mais le respect à des valeurs telles que la démocratie, la dignité humaine²⁵¹⁹ et même la justice²⁵²⁰.

Toutefois, la contribution de l'activité contentieuse de l'administration à l'État de droit ne concerne pas le contenu du droit, mais son efficacité. Pour que l'activité de l'État soit déterminée par le droit, il est nécessaire que celui-ci soit garanti par la contrainte, c'est-à-dire par la sanction. Alors que traditionnellement cet élément est considéré comme propre aux juridictions²⁵²¹, c'est au sein de la contrainte que l'activité contentieuse de l'administration peut trouver sa place dans la théorie de l'État de droit. L'activité contentieuse de l'administration est un mécanisme de sanction du droit (A) qui sert d'instrument du désencombrement des juridictions (B).

A. Un mécanisme de sanction du droit

L'activité contentieuse de l'administration implique l'existence d'un contentieux que l'administration devra trancher par l'application du droit. Sa décision est obligatoire et exécutoire. Cette fonction d'application contentieuse du droit n'est pas indifférente pour le droit lui-même. Alors que, dans la théorie des normes, la sanction étatique est la condition de juridicité (1), la sanction étatique non juridictionnelle (2) apporte aussi de la juridicité à la norme.

1. La sanction étatique comme condition de juridicité

Les normes imposées par la morale sont obligatoires ; mais, elles ne sont pas juridiques. Ces normes ne sont obligatoires que dans la mesure où elles disposent d'une sanction confiée à l'ensemble des individus visés par cette morale. La critique et le rejet

²⁵¹⁹ Le culte du positivisme juridique a transformé des juristes en des légitimateurs de la politique antisémite instaurée en France par le régime de Vichy ; Danièle LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, C.U.R.A.P.P. - P.U.F., Paris, 1989, p. 252.

²⁵²⁰ La théorie du droit non juste, élaborée par l'allemand Gustav RADBRUCH en 1946, a permis de considérer, après la chute du régime nazi, que des lois en vigueur et formellement valables n'appartenaient pas au droit en raison de l'injustice démesurée qu'elles représentaient. La critique du positivisme en tant que coupable de l'instauration du nazisme est évidente : Michael WALZ, « Introduction à injustice légale et droit supralégal de Gustav Radbruch », *Archives de philosophie du droit*, 1995, vol. 39, p. 305-306.

²⁵²¹ « L'attribution d'un pouvoir de sanction à une instance de régulation comme le CSA alors que, dans un État de droit, de type démocratique, un tel pouvoir relève plus normalement, au nom notamment du principe essentiel de séparation des pouvoirs, de la compétence des juges (...) », Emmanuel DERIEUX, « Le pouvoir de sanction du conseil supérieur de l'audiovisuel », *loc. cit.*, n°52, p. 3.

sont les meilleurs exemples de la sanction morale²⁵²². De même, les normes juridiques sont obligatoires²⁵²³ dans la mesure où celles-ci disposent d'une sanction qui est, quant à elle, confiée à l'appareil étatique²⁵²⁴. Le droit, pour être tel, demande « *l'existence d'une instance de contrainte (Erzwingungs-Stabes)* »²⁵²⁵.

L'État dispose de la contrainte²⁵²⁶ nécessaire pour octroyer la force obligatoire aux normes, c'est-à-dire donner la juridicité aux prescriptions de comportements. La juridicité s'acquiert par la « *menace* » crédible²⁵²⁷ de la sanction, c'est-à-dire par la possibilité d'une réalisation effective de celle-ci²⁵²⁸. La contrainte n'est rien d'autre que la force qui peut être mise en fonctionnement afin de réaliser les conséquences prévues par la norme elle-même. Dans ces conditions, l'État rationalise l'utilisation de la force : il assume son utilisation exclusive, c'est-à-dire son monopole²⁵²⁹, tout en régulant son fonctionnement²⁵³⁰. Le lien entre la norme juridique et la contrainte est ainsi établi comme nécessaire dans les deux cas : la norme est obligatoire ou juridique²⁵³¹, en raison de l'existence de la contrainte étatique, et celle-ci est possible parce qu'elle est prévue par le droit²⁵³².

²⁵²² « *Le droit est essentiellement un ordre de contrainte (...) Mais la morale aussi est un ordre normatif prescrivant des sanctions car lorsqu'elle prescrit un certain comportement, elle prescrit aussi qu'on doit réagir, d'une manière bien définie, à son contraire, c'est-à-dire au comportement immoral* », Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, (1979) trad. Olivier BEAUD et Fabrice MALKANI, P.U.F., Paris, 1996, p. 28.

²⁵²³ AUSTIN définit le droit comme celui imposé par le souverain : « *une règle posée pour gouverner un être intelligent par un être intelligent qui a pouvoir sur lui* », John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 4^e éd., Campbell, vol. I, p. 86.

²⁵²⁴ Pour Kelsen, la contrainte c'est un élément politique de la norme juridique : « *(...) l'élément spécifiquement « politique » ne consiste pas en autre chose que la contrainte* », Hans Kelsen, « *The Law as a Specific Social Technique* », 1941, in *What is Justice? Justice, Law and Politics in the mirror of science*, University of California Press, 1971, p. 239.

²⁵²⁵ Max WEBER, *Économie et société*, 1992, trad. sous la dir. de Jacques CHAVY et d'Éric de DAMPIERRE, Pocket, Paris, 1995, p. 70

²⁵²⁶ En espagnol, la contrainte fait référence à la « *coerción* », nécessaire à l'application du droit. Le droit « *(...) cherche à contraindre d'une manière directe et précise certains comportements de ses destinataires, en pouvant faire recours à la force à cette fin. Cela est connu sous le nom de COACCIÓN* », Rafael LAFONT, *Naturaleza jurídica del derecho disciplinario*, Procuraduría general de la Nación, Instituto de estudio del ministerio público, Bogota, 1998, p. 20.

²⁵²⁷ « *Pour Kelsen, l'élément commun qui permet de parler de « droit » pour des peuples hétérogènes dans le temps et l'espace, et également éloignés au niveau de leur culture, réside dans le fait qu'il est une technique sociale concrète, visant à obtenir des êtres humains une conduite désirée à travers la menace d'une sanction en cas de conduite contraire* », Carlos Miguel HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 110.

²⁵²⁸ « *L'aspect globalement contraignant de cet « ordre juridique » tiendrait à la perspective et à la menace, tantôt dissuasive, tantôt incitative, de ces sanctions et d'éventuelles mesures de coercition ou autres voies d'exécution* », Antoine JEAMMAUD, « *Contrainte* », in *Dictionnaire de la culture juridique*, (Denis ALLAND et Stéphane RIALS dir.), P.U.F., Paris, 2003, p. 275.

²⁵²⁹ C'est IHERING qui a lié nécessairement la contrainte au droit et celle-ci exclusivement à l'État : Wilson FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., L.G.D.J., Paris, 1965, p. 213.

²⁵³⁰ « *L'État est une organisation politique, car il est un ordre qui règle l'usage de la force, parce qu'il détient le monopole de l'usage de la force (...) le pouvoir de l'État c'est le pouvoir organisé par le droit positif, c'est le pouvoir du droit, c'est-à-dire l'efficacité du droit positif* », Hans Kelsen, *General theory of law and State*, Harvard University press, Cambridge, 1945, p. 190, traduction française, p. 243-244, cité par Carlos Miguel HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 111.

²⁵³¹ Cela implique d'adopter le concept de juridicité comme synonyme d'obligatoire et laisser de côté la juridicité comme le résultat d'un jugement de conformité avec l'ordre juridique supérieur. Dans le sens Kelsenien, une norme est juridique si elle respecte les normes supérieures puisqu'elle a été adoptée conformément aux procédures prévues et ne contrarie pas le contenu matériel des normes supérieures

²⁵³² Il s'agit d'une explication exclusivement normative positive de la contrainte, qui tient compte du fait que l'exercice de celle-ci n'est possible que dans les cas prévus dans les normes et dans les conditions qui y sont décrites. Par conséquent, ce n'est pas une approche sociologique du pouvoir.

L'existence de normes juridiques et la soumission des organes de l'État à celles-ci, constitue l'élément *sine qua non* de l'État de droit qui se complète par le principe de responsabilité dérivant de la méconnaissance des normes²⁵³³. Le principe de juridicité²⁵³⁴, dans son acception large, et non seulement celui du droit administratif²⁵³⁵, implique que les citoyens sont aussi concernés par les normes juridiques, même si ceux-ci sont liés au droit d'une façon différente aux organes de l'État, particulièrement l'administration²⁵³⁶. Le bloc de juridicité²⁵³⁷ de l'administration détermine que l'on ne puisse parler que d'État légal²⁵³⁸ et non d'État de droit, lorsque certains organes du pouvoir public ne sont pas soumis aux normes juridiques, particulièrement le Parlement. En revanche, il ne serait possible de parler d'État de droit que quand tous les organes, y compris le Parlement, doivent respecter le droit, y compris la Constitution. La différence viserait aussi un problème de légitimité : « *On dénomme État de droit celui qui, précisément, associe légalité et légitimité, tout simplement parce qu'il est l'État légal construit sur le droit sans être, pour autant, l'État légitime de n'importe quel droit* »²⁵³⁹. Pour la Cour constitutionnelle colombienne, le système où la Constitution n'a pas de portée juridique c'est aussi un État de droit. Mais, lorsque celle-ci est obligatoire pour tous les organes du pouvoir, il s'agit d'un État constitutionnel de droit²⁵⁴⁰.

En principe, la sanction étatique nécessaire à la juridicité des normes qui garantit le principe de l'État de droit est assurée par les juridictions. Celles-ci sont considérées comme les dépositaires de la contrainte nécessaire à la juridicité, alors que leur indépendance et le droit d'y accéder²⁵⁴¹ sont tenus comme les conditions de l'État de droit²⁵⁴². Les juridictions sont ainsi placées à la tête de la réalisation de l'État de droit²⁵⁴³, notamment celles qui sont chargées de juger les décisions étatiques qui régulent la vie en société, telles que le Conseil d'État et le Conseil ou la Cour constitutionnelles²⁵⁴⁴. L'État de droit serait avant tout, un État

²⁵³³ La juridicité et la responsabilité sont les deux « *axiomes* » de l'État de droit : C.c.c. Sentence C-8320-1, 8 août 2001, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

²⁵³⁴ À proprement parler et non principe de légalité. Cette dernière expression est le résultat du « *légicentrisme* » : Jacques CAILLOSSE, *Introduire au droit*, op. cit., p. 78.

²⁵³⁵ « *Le principe de légalité de l'administration devient alors la caractéristique (de l'État de droit)* », Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, trad. Par Lilyane DEROCHE, P.U.F., Paris, 1989, p. 269.

²⁵³⁶ Ainsi, à l'égard de l'administration, la normativité ne détermine pas seulement une limitation de l'action, comme c'est le cas des particuliers, mais aussi, celle-ci constitue le titre qui l'habilite à agir.

²⁵³⁷ Ou « *bloc de légalité* ».

²⁵³⁸ « (...) *règle législative qui donne ainsi naissance dans l'État à un ordre juridique supérieur, régissant à la fois gouvernants et gouvernés. Ceux-ci trouvent dans ce régime légal une double protection et sûreté* », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., p. 293.

²⁵³⁹ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 1.

²⁵⁴⁰ C.c.c. Sentence SU-747-98, 2 décembre 1998, M.R. Eduardo CIFUENTES.

²⁵⁴¹ « *Le droit à un recours efficace devant des juges ou tribunaux nationaux c'est l'un des fondements essentiels, non seulement de la Convention américaine des droits de l'homme; mais, aussi, de l'État de droit dans une société démocratique, dans le sens de la Convention* », C.I.D.H. 3 nov. 1997, *Affaire Castillo Páez, c/Pérou*, § 82.

²⁵⁴² « *Que l'action de l'État soit soumise au respect du droit par des juridictions propres, et indépendantes, cela n'a rien d'une évidence. Cette situation n'existe que là où l'histoire a jeté les bases de l'État de droit* », Jacques CAILLOSSE, *Introduire au droit*, op. cit., p. 84.

²⁵⁴³ « *La soumission de l'exécutif et de l'administration à la loi, qui est au cœur de la théorie de l'État de droit, est garantie par l'existence d'un contrôle juridictionnel* », Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 69.

²⁵⁴⁴ « (...) *le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ne sont pas seuls en cause. La Cour de cassation contribue à cette élaboration complexe. Mais seules les deux premières juridictions exercent cette fonction capitale : juger directement les décisions par lesquelles l'État affirme son pouvoir sur les conduites sociales (...)* », Jacques CAILLOSSE, *Introduire au droit*, op. cit., p. 84-85.

juridictionnel²⁵⁴⁵.

De cette explication de l'État de droit, il résulterait une distribution précise des fonctions ; l'État de droit serait assimilé au modèle classique de la séparation des pouvoirs dont certaines fonctions seraient exclusivement juridictionnelles²⁵⁴⁶, particulièrement, l'exercice de la contrainte. Puisque la séparation des pouvoirs est censée être une sauvegarde contre l'arbitraire, en même temps que l'arbitraire est l'opposé de l'État de droit, cette coïncidence permet d'assimiler l'État de droit à la séparation des pouvoirs.

2. La sanction étatique non juridictionnelle

La compatibilité de l'activité contentieuse de l'administration avec l'État de droit pourrait être mise en doute. De prime abord, l'application contentieuse des normes dans l'État de droit serait nécessairement juridictionnelle²⁵⁴⁷ : « *Dans cet idéal d'État de droit, pour tout genre de différends et de conflits (...) il devrait exister – quels que soient le type du conflit et son objet – une procédure qui permette de trancher selon une procédure juridictionnelle (justizförmiges Verfahren)* »²⁵⁴⁸. De surcroît, la décision juridictionnelle serait le seul acte portant la contrainte nécessaire à compléter la juridicité des normes. Dès lors, l'activité contentieuse de l'administration serait contraire à l'État de droit, par opposition à la séparation fonctionnelle. Cela n'est qu'une apparence²⁵⁴⁹. Non seulement l'activité contentieuse de l'administration n'emporte pas une négation des éléments de l'État de droit, mais au contraire, celle-ci contribue à sa réalisation.

Premièrement, si l'on considère que l'État de droit se construit sur l'existence de la contrainte des juridictions indépendantes qui contrôlent, notamment, l'administration, force est de constater que l'activité contentieuse de l'administration ne constitue pas un obstacle à l'exercice de la fonction juridictionnelle. D'un côté, l'indépendance des juridictions n'est pas affaiblie par les compétences contentieuses de l'administration, puisque l'administration ne pourra pas, en tout état de cause, imposer sa volonté dans les décisions juridictionnelles. D'un autre côté, les décisions prises par l'administration, même dans une affaire contentieuse, sont elles-mêmes l'objet d'un contrôle juridictionnel

²⁵⁴⁵ « *Le juge apparaît comme la clef de voûte et la condition de réalisation de l'État de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée ; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection* », Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 128.

²⁵⁴⁶ « (...) b. *Les organes du pouvoir spécialement qualifiés pour ces fonctions juridictionnelles doivent avoir le monopole de la juridiction, car cela est une dimension inévitable du principe de l'État de droit et un corollaire matériel du principe de division des pouvoirs* », Alexei JULIO, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución de 1991*, op. cit., p. 184.

²⁵⁴⁷ « *Principe de la réserve judiciaire* », Luis Díez-PICAZO, *Régimen constitucional del poder judicial*, Éd Civitas, Madrid, 1991, p. 44, note 32.

²⁵⁴⁸ Carl SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 271.

²⁵⁴⁹ « *Dans l'État de droit la situation change ; mais, subsiste la difficulté pour différencier la juridiction de l'Administration (...)* », Juan LINARES, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 51.

ultérieur²⁵⁵⁰. En d'autres termes, les mécanismes contentieux de l'autocontrôle administratif n'excluent ni le contrôle juridictionnel ni n'autorisent l'administration à diminuer l'indépendance des juridictions.

Deuxièmement, il faut aussi considérer que la décision administrative est un acte étatique, obligatoire et exécutoire. L'administration exécute les normes et, par là, la décision administrative complète la condition de juridicité qui pouvait aussi être remplie par l'acte juridictionnel. La juridicité des normes exige la contrainte, qui peut être administrative²⁵⁵¹, et pas nécessairement la sanction juridictionnelle²⁵⁵². Dès lors, la sanction administrative est un acte de contrainte prononcé en raison de la méconnaissance des règles, notamment des règles administratives²⁵⁵³. Ainsi, Kelsen lui-même reconnaît que d'un point de vue de la technique juridique, la sanction des normes est confiée aux autorités judiciaires et administratives et cela en raison du principe de la division du travail²⁵⁵⁴. Force est d'accepter que c'est l'État de droit qui détient le monopole de la contrainte²⁵⁵⁵ et que l'État ne l'exerce pas exclusivement par la voie des juridictions : « *on peut dire en ce sens, que l'exercice de la contrainte est érigé en monopole de la collectivité juridique* »²⁵⁵⁶.

Troisièmement, l'activité contentieuse de l'administration est un instrument supplémentaire de l'État de droit. Bien que le contrôle juridictionnel de l'administration soit placé au centre de la théorie de l'État de droit²⁵⁵⁷, cela ne pourra pas signifier que la réalisation de celui-ci dépend exclusivement des juridictions²⁵⁵⁸, au risque de considérer

²⁵⁵⁰ « Dans un État de droit, tel que la Colombie, il existe toujours la possibilité de réviser judiciairement l'activité de l'exécutif », Opinion dissidente du magistrat Eduardo MONTEALEGRE à C.C.C. Sentence C-292-01, 16 mars 2001, M.R. Jaime CORDOBA.

²⁵⁵¹ Même si en droit administratif le terme *contrainte* est notamment utilisé en matière du recouvrement de l'impôt, l'administration exerce la contrainte à l'égard des administrés dans d'autres circonstances. La contrainte en tant que force n'est pas nécessairement physique, mais surtout juridique.

²⁵⁵² « (...) une conduite ne peut être considérée comme juridiquement ordonnée (...) que si la conduite contraire est prévue comme condition d'un acte de contrainte dirigé contre le sujet qui l'a adoptée (...) », Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 68.

²⁵⁵³ « (...) le droit engendrerait une contrainte, d'une part en attachant des sanctions spécifiques « externes » et infligées par une institution publique (...) à la violation ou à la méconnaissance de ses règles, d'autre part en organisant des procédures de réalisation de situations conformes aux règles ou d'application de ces sanctions », Antoine JEAMMAUD, « Contrainte », in *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 275.

²⁵⁵⁴ « Une autre différence – et c'est une différence d'un point de vue de stricte technique juridique – tient à ce que, dans un ordre juridique techniquement avancé, des organes fonctionnant sur le principe de la division du travail – les autorités judiciaires et administratives – sont investis pour appliquer des sanctions tandis qu'un ordre moral positif habilite tout membre de la communauté qu'elle institue à exécuter les sanctions prévues par cet ordre », Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., p. 176.

²⁵⁵⁵ Pour Max WEBER, la contrainte appartient à la « direction administrative » de l'État. Pour lui, l'État est une « entreprise politique de caractère institutionnel (...) lorsque et en tant que sa direction administrative revendique avec succès dans l'application des règlements le monopole de la contrainte physique légitime », Max WEBER, *Économie et société*, Plon, Paris, 1971, p. 57. Cf. Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 59.

²⁵⁵⁶ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles EISENMANN, Dalloz, Paris, rééd. L.G.D.J., Paris, 1999, p. 51. « (...) la thèse que l'État a le monopole de la contrainte n'est en définitive, comme Kelsen ne manque pas de le souligner, qu'un avatar de la vieille idée que l'État est souverain », Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, op. cit., p. 257.

²⁵⁵⁷ Cf. Caroula ARGYRIADIS-KERVEGAN, « Rudolf Gneist : La justice administrative, institution nécessaire de l'État de droit », in *Figures de l'État de droit*, (Olivier JOUANJAN dir.), Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, p. 235.

²⁵⁵⁸ « L'État de droit implique que la liberté de décision des organes de l'État est, à tous les niveaux, encadrée par l'existence de normes juridiques dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge », Cela signifie que

« *l'État réduit à l'appareil judiciaire (Gerichtsapparat)* »²⁵⁵⁹. Dans l'État de droit, certes, les juridictions sont instituées aussi pour protéger les administrés des excès des autorités publiques²⁵⁶⁰ ; mais, cela n'implique pas l'exclusion de toute fonction de protection attribuée aux organes administratifs eux-mêmes. L'activité contentieuse de l'administration constitue un mécanisme de contrôle de l'administration en vue du respect de la juridicité et un instrument au service de la défense des administrés. Dans ces conditions, l'activité contentieuse de l'administration n'est rien d'autre qu'un instrument de plus de l'État de droit qui peut contribuer au désencombrement des organes juridictionnels.

B. Un instrument du désencombrement des juridictions

Alors que la séparation stricte des organes du pouvoir ne saurait être la caractéristique la plus marquante de l'État de droit, l'encombrement des juridictions, due au nombre de fonctions que ces organismes assument, serait l'un des vices les plus récurrents de celui-ci. Dès lors, le bon fonctionnement de l'État de droit (1) est lié au bon fonctionnement des juridictions, et, dans ces conditions, il sera question de la contribution de l'activité contentieuse de l'administration (2) à cette problématique.

1. Le bon fonctionnement de l'État de droit

Lorsque le système juridictionnel est considéré comme la clé de voûte de l'État de droit, les difficultés qu'éprouvent les juridictions pour satisfaire la demande de décisions sont nécessairement des difficultés qui se reflètent sur l'État de droit lui-même. Néanmoins, il est possible, qu'au contraire, les difficultés des juridictions soient elles-mêmes le résultat des dysfonctionnements de l'État de droit²⁵⁶¹, et non l'inverse.

L'État de droit, du type exclusivement juridictionnel, prétend confier l'effectivité des normes ainsi que le contrôle des organes du pouvoir à un seul type d'autorités. Les juridictions seraient chargées de trancher l'ensemble des questions contentieuses, de réguler le jeu politique²⁵⁶², la vie administrative et la vie quotidienne par la voie de la résolution des conflits. Par

la définition même d'État de droit est « *un processus dynamique, plutôt qu'un ordre statique* », Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 140

²⁵⁵⁹ « *Rechtsstaat and Staatsrecht* », écrit en 1913, in Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa Verlag, Vienne, 1968, p. 1528, cité par Carlos Miguel Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, op. cit., p. 113.

²⁵⁶⁰ « *N'est considéré comme État de droit qu'un État où les empiétements sur le domaine de la liberté individuelle ne peuvent avoir lieu que sur le fondement d'une loi, donc un État dont l'administration est soumise à la « réserve » et la « prédominance » de la loi (...)* », Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 269.

²⁵⁶¹ « *L'encombrement de la justice française – notamment – n'est donc que la conséquence d'un dysfonctionnement de l'État de droit, en France* », Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 147.

²⁵⁶² Tel est notamment le rôle des cours constitutionnelles qui par la voie du contrôle de la loi exercent un contrôle du Parlement. Par exemple, la Cour constitutionnelle colombienne a tranché la question politique la plus importante des dernières années, consistant à la possibilité de permettre, par la voie du référendum, une deuxième modification de la Constitution pour permettre l'élection du Président de la République, pour une

cette voie, l'État de droit emporte tant la « *juridicisation* »²⁵⁶³ que la juridictionnalisation de la société²⁵⁶⁴ : le droit et les juges sont perçus comme la panacée pouvant résoudre l'ensemble des problèmes sociaux et politiques. Le recours croissant au juge est alors perçu, en même temps, comme la preuve des dérèglements dans la société, et aussi comme un signe de la confiance accrue dans l'État de droit et du développement de celui-ci. Cependant, le constat de l'encombrement des juridictions²⁵⁶⁵ est contradictoire à l'égard des vertus de l'État de droit de style exclusivement juridictionnel : « *Plus l'État de droit se développe et se perfectionne, et plus il révèle ses limites et expose ses carences* »²⁵⁶⁶. Dès lors, il est compréhensible que les juridictions doivent faire face à la sclérose du système²⁵⁶⁷.

Les risques pour l'État de droit sont ceux de l'inefficacité à faire respecter le droit. La définition même de l'État de droit implique l'efficacité du contrôle, dans la mesure où il est demandé une soumission effective des organes du pouvoir au droit. Le système qui se prétend exclusivement juridictionnel et qui subit, dès lors, un tel encombrement, laisse l'État exposé aux risques de l'arbitraire. Le stock des affaires non encore résolues diminue la confiance dans le système et invite à « *se faire justice soi-même* »²⁵⁶⁸. Des faits ou des décisions contraires à la juridicité ne seront pas portés aux juges en raison du temps qui s'écoule pour obtenir une décision juridictionnelle. La lenteur juridictionnelle, due à l'encombrement, installe dans les faits un État qui peut être soumis pendant des années non au droit, mais à l'arbitraire, en attendant une décision qui tentera de faire disparaître les effets de l'acte illégal, consolidés d'ores et déjà par le temps qui s'est écoulé. C'est la sécurité juridique de l'État de droit qui est mise en danger par les effets des décisions juridictionnelles tardives.

L'encombrement des juridictions n'est pas *stricto sensu* l'un des dérèglements de l'État de droit. Le véritable dérèglement consiste en la prétention de concentration des affaires contentieuses dans les juridictions qui se voient incapables d'affronter cette tâche d'une façon efficace.

troisième période : C.c.c. Sentence C-141-10, 26 fév. 2010, M.R. Humberto SIERRA. De même, les Cours suprêmes sont chargées, dans certains systèmes, d'être des arbitres du fonctionnement du pouvoir ou des relations entre les États fédérés et l'État fédéral. Dans d'autres cas, la vie politique est juridictionnalisée lorsque l'exercice du pouvoir politique est soumis au contrôle juridictionnel visant à démêler les cas de corruption ou de déviation du pouvoir.

²⁵⁶³ « (...) *les textes prolifèrent, couvrant des domaines toujours plus étendus et diversifiés de la vie sociale ; et les dispositions qu'ils comportent sont de plus en plus précises et détaillées. Il semble que l'on assiste à une « juridicisation » croissante des conduites, la norme juridique devenant le vecteur privilégié d'encadrement et d'orientation des activités individuelles et collectives* », Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.* n° 3, 1998, p. 687.

²⁵⁶⁴ « *La judiciarisation de notre société en quête de justice et d'équité s'est matérialisée par la démultiplication des litiges et, faute de moyens humains suffisants, par l'encombrement des prétoires* », Franck ABIKHZER, « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ? », *loc. cit.*, p. 985.

²⁵⁶⁵ Le problème n'est pas nouveau : « *L'encombrement du rôle commence au début du siècle et atteint un seuil inquiétant à compter des années 1920. Le nombre d'affaires restant à juger est de 5 555 en 1912 et s'élève à environ 7 000 en 1922* », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif*, *op. cit.*, p. 299.

²⁵⁶⁶ Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, *op. cit.*, p. 137.

²⁵⁶⁷ « (...) *on assiste en France également à l'explosion du contentieux* », Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, *op. cit.*, p. 136.

²⁵⁶⁸ Cf. Hernán LÓPEZ, *Instituciones de Derecho procesal civil colombiano*, *op. cit.*, p. 51.

2. La contribution de l'activité contentieuse de l'administration

L'activité contentieuse de l'administration est un mécanisme qui, dans certaines de ses manifestations, vise à soumettre l'administration à la juridicité. Tel est notamment le cas des recours administratifs permettant aux administrés de formuler une question contentieuse portant sur la compatibilité de l'activité administrative à la juridicité²⁵⁶⁹. Ainsi, la décision sur le fond du recours est un moyen de réalisation de l'État de droit. Tel est aussi le cas des sanctions administratives qu'impose l'administration en raison de l'écart avec la juridicité. La sanction est dès lors un mécanisme d'exécution des piliers de l'État de droit ; les sanctions peuvent être à leur tour l'objet de recours administratifs²⁵⁷⁰. L'administration offre ainsi, elle-même, des mécanismes non juridictionnels d'autocontrôle garantissant la sanction du respect de l'ordre juridique.

Dans la mesure où l'administration dispose de compétences contentieuses et que celles-ci sont exercées correctement, le flux contentieux arrivant devant les juridictions est nécessairement moindre²⁵⁷¹. L'administration exerce une double contribution au désencombrement juridictionnel : d'un côté, lorsque l'activité contentieuse de l'administration est placée au préalable de l'accès à la juridiction, l'administration peut exercer une sorte de filtre contentieux. Certaines affaires seront définitivement tranchées par l'administration²⁵⁷² et d'autres, simplement, seront mieux préparées pour l'instance juridictionnelle²⁵⁷³ : « *Le contentieux n'est pas seulement purgé, il peut être apuré. Au cours de la procédure préjuridictionnelle, l'affaire peut se dégager de toutes les scories qu'elle comporte. Dans un dossier, un certain nombre d'aspects peuvent contribuer à l'alourdir, qui ne portent pas sur l'essentiel, et qu'il faut décanter* »²⁵⁷⁴. D'un autre côté, l'administration peut exercer une fonction contentieuse non préalable ; mais, qui s'exerce à la place des juridictions. Nonobstant le fait que les décisions administratives, même celles prises en matière contentieuse, sont potentiellement

²⁵⁶⁹ « *Le recours préalable peut en effet permettre de régler d'une manière définitive un grand nombre de litiges dans la mesure où l'administration peut apporter elle-même une solution au différend* », Jean-François BRISSE, *Les recours administratifs en Droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, op. cit., p. 32.

²⁵⁷⁰ Tel est par exemple le cas des sanctions prononcées en matière pénitentiaire où « *Avant de saisir le juge administratif, le détenu doit obligatoirement exercer ce recours préalable –devant le directeur régional des services pénitentiaires-. Il n'est pas bon que les détenus multiplient les recours juridictionnels ; d'où ce filtre devant un supérieur* », Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 332.

²⁵⁷¹ L'exemple le plus parlant de l'effet de l'activité contentieuse de l'administration dans la diminution du nombre de nouvelles affaires juridictionnelles, c'est le préalable fiscal ayant une effectivité de 99% : Jean-François BRISSE, *Les recours administratifs en Droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, op. cit., p. 149.

²⁵⁷² L'adverbe « définitif » utilisé dans ce cas, ne peut être interprété comme disposant des effets de chose jugée. Cette confusion est propre des auteurs qui considèrent qu'il n'existe pas de différence entre l'administration et la juridiction, dans la mesure où les actes administratifs qui ne peuvent plus être l'objet des recours et ne peuvent pas être retirés seraient couverts d'une certaine force de chose jugée. Cf. Juan LINARES, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 353; María MARFÁN, *La cosa juzgada administrativa en la Administración no contenciosa*, op. cit., p. 142. L'administration tranche définitivement des litiges seulement lorsque sa décision, tout en étant potentiellement contestable devant le juge, n'est pas dans la pratique l'objet de recours ultérieurs et, dès lors, le litige est apaisé.

²⁵⁷³ Il faut penser à l'épuration des arguments et des preuves qui peuvent être l'objet du recours administratif et qui seront ensuite présentés devant la juridiction. En droit colombien, les faits présentés devant l'administration en appui du recours hiérarchique obligatoire devront être, en principe, les mêmes qui seront à l'appui du recours juridictionnel : C.E.c. Section 1^{re}, Ordonnance du 4 fév. 2010, affaire n° 907-01. Néanmoins, cette restriction a été l'objet d'une jurisprudence qui favorise l'accès au juge : C.E.c, Section 1^{re}, Sentence du 20 sept. 2007, affaire n° 12217-01.

²⁵⁷⁴ Pierre DELVOLVE, « *La justice hors le juge* », loc. cit., p. 18.

l'objet d'un contrôle juridictionnel ultérieur²⁵⁷⁵, l'administration agit, par l'exercice de sa fonction contentieuse, comme un instrument de lutte contre l'encombrement des juridictions, mais, en même temps, de prévention de l'encombrement des juridictions.

Bien que l'administration puisse aussi contribuer efficacement à lutter contre l'encombrement de la juridiction administrative par la voie non contentieuse, particulièrement par la prévention de situations susceptibles de devenir des litiges²⁵⁷⁶, c'est l'activité contentieuse de l'administration qui, d'une façon plus directe, est conduite à contribuer au fonctionnement correct des mécanismes de l'État de droit²⁵⁷⁷ tout en étant, elle-même, l'un de ces mécanismes. L'activité contentieuse de l'administration reste ainsi un instrument du dynamisme de l'État de droit et vise à garantir la sécurité juridique, par l'application du droit²⁵⁷⁸.

La théorie de l'activité contentieuse de l'administration est construite sur deux piliers :

- d'une part, il est nécessaire d'adopter une explication théorique capable d'exprimer l'essence de l'activité contentieuse de l'administration, sans la dénaturer en raison de l'idée que le contentieux est une fonction juridictionnelle. Ainsi, il existe différentes théories qui, d'un point de vue processuel ou matériel, ont tenté de donner une qualification propre à la fonction de résolution des litiges exercée par l'administration, et non une explication par rapport à la juridiction. L'exercice a permis d'adopter l'activité contentieuse de l'administration comme la meilleure qualification de cette fonction car, en raison de l'approche sociologique, celle-ci permet de se débarrasser des idées préconçues qui ne permettent pas de comprendre l'essence de cette fonction.

- d'autre part, la théorie de l'activité contentieuse de l'administration implique l'introduction de cette fonction dans la théorie de l'État. Pour cela, le pouvoir étatique est conçu comme une unité, titulaire de plusieurs fonctions qui sont distribuées entre les différents organes du pouvoir, dans une logique d'exercice multi-organique des fonctions. Tel est le cas de la fonction de paix sociale et de justice qui sont exercées par l'État à l'aide de ses différents organes juridictionnels, administratifs et législatifs. Dès lors, cette explication concerne la fonction contentieuse exercée, en partie, par l'administration et visant à réaliser cet idéal de paix et de

²⁵⁷⁵ La prétention de la doctrine italienne visant à octroyer des effets de chose jugée aux décisions administratives prises en matière contentieuse s'avérerait une dénaturation de l'activité contentieuse de l'administration, ainsi qu'une confusion de la juridiction et l'administration.

²⁵⁷⁶ Par exemple, par la voie de la motivation des actes administratifs ou, en général, par la prévision des mécanismes procéduraux visant au perfectionnement de la décision administrative avant son prononcé: « *L'administration sait qu'il y a l'occasion d'un litige et elle construit donc une procédure apte à détourner l'administré d'une confrontation ouverte avec elle (...)* », Olivier GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : la procédure administrative non contentieuse en droit comparé (Luxembourg, Belgique, France) », *loc. cit.*, p. 360.

²⁵⁷⁷ Cf. Ricardo RIVERA, « Repensando el estado de derecho: el arbitraje administrativo como alternativa al colapso jurisdiccional en el control de la administración », *loc. cit.*, p. 2487. La réduction du nombre des affaires considérées comme en dehors du contrôle juridictionnel, par exemple par l'affaiblissement de la théorie des mesures d'ordre intérieur est, sans aucun doute, un avancement de l'État de droit : C.E.f. Ass. 17 fév. 1995, *M. Marie* ; *M. Hardouin*, *R.D.P.* 1995, p. 1338, note GOHIN ; *A.J.D.A.* 1995, p. 375, chron. TOUVET et STAHL ; *R.F.D.A.* 1995, p. 822, note MODERNE et CERE ; *P.A.* 1995, n° 69, p. 16, note VAN TUONG ; *P.A.* n° 93, p. 28, note AYADEGUE OTEKPO ; *D.* 1995, p. 381, note BELLOUBET-FRIER ; *J.C.P.* 1995, II, 22426, note LASCOMBES et BERNARD.

²⁵⁷⁸ « (...) *le fait que tous les problèmes sont soumis à une justice lente, coûteuse et imprévisible serait nuisible au dynamisme et contraire à l'impératif de sécurité juridique* », Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, *op. cit.*, p. 139.

justice sociale. Ainsi, l'activité contentieuse de l'administration trouve une explication dans la théorie de l'État, tout en étant compatible avec les principes de l'État de droit. L'activité contentieuse de l'administration est un instrument de la réalisation de l'État de droit car, non seulement celle-ci constitue un mécanisme de la sanction du droit qui vise à soumettre l'administration à la juridicité, mais aussi cette fonction contribue au désencombrement des juridictions dont le contrôle qu'elles exercent reste essentiel pour l'État de droit. Il sera maintenant question de s'intéresser aux caractéristiques de l'activité contentieuse de l'administration, comme l'objet de cette théorie.

Section II. Les caractéristiques de l'activité contentieuse de l'administration

Le contentieux devant l'administration n'est ni une anomalie ni une rareté. La résolution du contentieux est l'objet de l'activité ou de la fonction contentieuse de l'administration²⁵⁷⁹. La résolution administrative des litiges est une fonction ordinaire (**Sous-section 1**), en même temps qu'une fonction administrative (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Une fonction ordinaire

L'activité contentieuse de l'administration ne relève pas des bizarreries propres à l'Ancien Régime dont le droit administratif actuel tenterait de se débarrasser. Ce n'est pas non plus un procédé adopté exceptionnellement en temps de crise pour venir transitoirement à l'aide des juridictions encombrées. Même si la fonction contentieuse de l'administration est exceptionnelle vis-à-vis de la fonction contentieuse des juridictions²⁵⁸⁰, la résolution des litiges par des décisions administratives est une fonction courante (**§ 1**). Celle-ci est compatible avec le droit administratif (**§ 2**).

§ 1. Une fonction courante

Il suffirait d'une liste des fonctions contentieuses exercées par l'administration pour laisser penser qu'il s'agit d'une fonction courante. Néanmoins, un tel exercice démonstratif ne serait pas explicatif. L'activité contentieuse est une fonction couramment exercée par l'administration française et colombienne parce que, non seulement l'autorité administrative dispose des qualités pour être une autorité contentieuse (**A**), mais, aussi, la gestion administrative implique la fonction contentieuse (**B**).

²⁵⁷⁹ Il est indifférent parler de la fonction contentieuse ou de l'activité contentieuse, dans la mesure où « (...) qui dit fonction, dit vue synthétique de l'objet d'une activité (...) », Georges BURDEAU, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *R.D.P.* 1945, p. 202. L'activité involucre la fonction à un point tel que l'activité contentieuse consiste à celle de l'exercice de la fonction contentieuse.

²⁵⁸⁰ Les juridictions sont la réponse de principe au contentieux en raison du fait que même les décisions administratives en matière contentieuse peuvent être l'objet d'un contrôle juridictionnel, ainsi que du caractère accessoire de l'activité contentieuse de l'administration.

A. L'autorité administrative dispose des qualités pour être une autorité contentieuse

L'autorité administrative contentieuse n'est pas obligée de disposer de l'ensemble des qualités dont disposent les juridictions. Au-delà des qualités minimales requises pour exercer la fonction contentieuse, le « *lux* »²⁵⁸¹ des attributs juridictionnels joue à l'encontre des atouts de l'activité contentieuse de l'administration. Les caractéristiques de l'autorité administrative (1) lui permettent d'exercer la fonction contentieuse. Mais cela n'explique pas pourquoi l'administration se voit confier cette fonction. Il existe d'autres raisons du recours à l'activité contentieuse de l'administration (2).

1. Les caractéristiques de l'autorité administrative

Dans les caractéristiques de l'autorité administrative le pouvoir de décision exécutoire (a) reste la condition essentielle pour l'exercice de la fonction contentieuse. Or, il sera question de déterminer si l'impartialité et la collégialité (b) sont aussi des conditions de l'exercice de cette fonction.

a. Le pouvoir de décision exécutoire

L'administration dispose du pouvoir de décision unilatérale et de la contrainte nécessaire à imposer ses décisions. Ces pouvoirs placent l'administration dans une position de supériorité à l'égard des particuliers²⁵⁸² et expliquent le caractère d'autorité dont disposent les membres de l'administration. Le concept d'autorité²⁵⁸³ n'est pas indifférent pour la résolution des litiges. L'organe est une autorité parce qu'il est obéi²⁵⁸⁴ et, pour cela, elle n'a pas besoin de l'intervention juridictionnelle. Cela veut dire que, mis à part l'attribut de la chose jugée, il n'existe pas de différence entre le pouvoir de décision administrative et celui du juge. Dans la décision administrative, se vérifient les éléments nécessaires à imposer une décision sur le litige.

Ces conditions déterminent que, pour trancher des litiges, l'administration ne requiert pas, en principe, de se voir attribuer des pouvoirs spéciaux et qu'elle pourra

²⁵⁸¹ René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 291.

²⁵⁸² L'autotutela est « conçue avec la finalité d'exclure toute exigence du citoyen d'être considéré comme étant dans une situation d'égalité à l'égard de l'administration (...) au mépris de l'intérêt général », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 37.

²⁵⁸³ François BOURRICAUD, *Esquisse d'une théorie de l'autorité*, 2^e éd., Plon, Paris, 1970.

²⁵⁸⁴ L'autorité signifie le « *Droit de commander, pouvoir (...) d'imposer l'obéissance* », *Le petit Robert*, *op. cit.*, p. 187, vox. « Autorité ».

exercer cette fonction munie de ses propres pouvoirs de décision²⁵⁸⁵. Ainsi, le commandement propre aux autorités administratives peut se concrétiser tantôt sur des décisions non contentieuses, tantôt sur des conflits portés à la décision administrative. Cela signifie que la résolution des litiges fait partie des prérogatives de puissance publique, particulièrement des prérogatives de décision unilatérale dont l'autorité administrative peut bénéficier. Dès lors, face au contentieux, l'autorité administrative ne sera pas un simple conciliateur²⁵⁸⁶, mais une véritable *auctoritas* contentieuse qui décide sur la question qui lui est posée.

La décision administrative des litiges s'opère par des actes administratifs. Même si la nature contentieuse de la compétence administrative détermine l'application d'un régime juridique adaptée, par la prévision par exemple des procédures auditaires lorsque la compétence vise à sanctionner²⁵⁸⁷, en tout état de cause la décision conserve sa nature administrative²⁵⁸⁸. L'administration s'impose et tranche le contentieux par une décision administrative, exécutoire²⁵⁸⁹.

b. La décision impartiale

Affirmer que l'action administrative est impartiale, tout en ayant des intérêts, peut d'emblée être perçu comme un contresens. Avoir un intérêt personnel²⁵⁹⁰ dans une affaire est considéré comme une méconnaissance de l'impartialité. Mais, c'est feindre d'ignorer que toute l'action administrative vise à satisfaire des intérêts²⁵⁹¹ et ceux-ci sont divers : la continuité du service public, la sécurité, la salubrité, la tranquillité, la libre, loyale et saine concurrence²⁵⁹², la croissance économique, le bon fonctionnement du marché des valeurs

²⁵⁸⁵ Des pouvoirs différents du simple pouvoir de décision peuvent consister, notamment, en la prise de mesures conservatoires. Tel est le cas de l'A.R.C.E.P., disposant du pouvoir de régler les conflits relatifs à l'interconnexion et pouvant prendre des mesures conservatoires, à la demande des parties. Art. L 36-8, I, al. 4.

²⁵⁸⁶ Pour le Conseil d'État français, la généralisation du recours administratif préalable obligatoire serait un mécanisme « efficace, grâce à la conciliation que l'administration elle-même pratiquerait plus volontiers », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, étude de la Section du rapport et des études*, La Documentation française, Paris, 1993 p. 34.

²⁵⁸⁷ C.E.f. 5 mai 1944, *Dme. Trompier Gravier*, D. 1945, p. 110 concl. CHENOT.

²⁵⁸⁸ « Enfin constituent des décisions individuelles les règlements des différends entre opérateurs réalisés par les autorités de régulation », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 311.

²⁵⁸⁹ « (...) la décision exécutoire est prise par une autorité administrative et, par elle, la puissance publique affirme à la fois son intention et son droit de passer à l'exécution », Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, Paris, 1933, p. 371. Cf. Christian LAVIALLE, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1974.

²⁵⁹⁰ C.E.f. 12 fév. 1986 *Commune d'Ota*, Rec., p. 39 ; C.E.f. 10 janv. 1992, *Ass. des usagers de l'eau de Peyreleau*, Rec., p. 13 ; C.E.f. 28 juillet 1993, *Commune d'Arcangues*, req. N° 121419.

²⁵⁹¹ « (...) la partialité existe déjà parce que la loi habilite l'Administration à opérer des choix », Michel DEGOSSE, « L'impartialité de la décision administrative », R.F.D.A. 1998, p. 725.

²⁵⁹² « Il est jugé qu'il « incombe aux ministres d'opérer » une conciliation entre des objectifs sociaux et la libre concurrence. Faut-il penser qu'implicitement mais nécessairement le juge administratif contrôle avant tout la décision de l'administration dans son rôle d'arbitrage entre les diverses composantes de l'intérêt général que sont ici la préservation d'une libre, saine et loyale concurrence et les intérêts sociaux des salariés ? », Laurent RICHER, Sophie NICINSKI et Pierre-Alain JEANNENEY, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », A.J.D.A. 2009, p. 521. En droit colombien, la Surintendance de l'industrie et du commerce vise à garantir « la libre participation des entreprises dans le marché, le bien-être des consommateurs et l'efficacité de l'économie », art. 2, n°1 décret 2153 de 1992, modifié par l'art. 3 de la loi 1340 du 24 juillet 2000.

financières²⁵⁹³, la baisse du chômage, la qualité dans l'éducation... l'intérêt général. De surcroît, il y a de plus en plus de cas où l'activité administrative vise des intérêts lucratifs²⁵⁹⁴. Lorsque l'action administrative est concernée par des affaires, l'obtention de bénéfices guide l'exercice de la compétence. Quand les compétences administratives sont utilisées pour la satisfaction d'intérêts différents de ceux qui donnent raison d'être à la compétence, il existe un détournement du pouvoir²⁵⁹⁵.

Dès lors, il est nécessaire de différencier les intérêts juridiques des intérêts répréhensibles²⁵⁹⁶. Les intérêts juridiques sont ceux dont la réalisation est confiée à l'autorité administrative et qui peuvent être caractérisés comme d'intérêt général²⁵⁹⁷. Ceux-ci sont publics et objectifs, ils peuvent légalement motiver l'acte administratif. En revanche, les intérêts répréhensibles sont ceux qui ne sont pas prévus dans les normes, notamment des intérêts personnels dans l'affaire²⁵⁹⁸. Il est des cas où des raisons objectives ou liées à l'organisation de l'autorité administrative font douter que des intérêts personnels puissent jouer dans la décision²⁵⁹⁹. La différenciation n'est pas anodine : lorsque l'intérêt mis en avant est celui prévu par les règles en vigueur, le fonctionnaire agit comme tel, alors que quand il cherche à utiliser les pouvoirs administratifs pour « *avantager ou désavantager quelqu'un* »²⁶⁰⁰, celui-ci agit comme un particulier²⁶⁰¹, sa motivation est répréhensible et l'acte pourrait être annulé²⁶⁰².

Cela revient à dire que l'action administrative est légalement partie prenante dans les affaires soumises à sa décision et qu'elle n'est pas complètement neutre, même si son action est

²⁵⁹³ « L'Autorité des marchés financiers (...) veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et les actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 donnant lieu à une offre au public ou à une admission aux négociations sur un marché réglementé et dans tous autres placements offerts au public. Elle veille également à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers et d'actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international. (...) », art. L. 621-1 du Code monétaire et financier. De son côté, la Surintendance financière de la Colombie veille à préserver la confiance des citoyens dans le système bancaire, de l'assurance et dans le marché des instruments financiers : art. 67 n° 1 loi 1328 du 15 juillet 2009.

²⁵⁹⁴ « Il y a deux manières pour l'administration de prendre en considération l'intérêt financier : soit prendre des décisions administratives dans un but financier, soit établir des perfectionnements financiers sur les administrés », Catherine TEITGEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, Paris, 1981, p. 4.

²⁵⁹⁵ « Historiquement, les situations de partialité subjective sont étroitement liées à celles retenues en matière de détournement de pouvoir », Éric MITARD, « L'impartialité administrative », *loc. cit.*, p. 480.

²⁵⁹⁶ « L'image qu'on voyait sur les murs, il y a quelques années, d'un banquier souriant, aux dents longues, et disant : « votre argent m'intéresse » employait le mot « intérêt » ; mais, lorsque nous disons : « le colloque de Fontevraud m'intéresse » ou « je m'intéresse à l'architecture romaine ou « je m'intéresse au tiers monde », le mot intérêt n'a absolument plus le même sens que lorsqu'il est dans la bouche du banquier aux dents longues », Jean RIVERO, « Synthèse », in *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Economica, Paris, 1983, p. 139.

²⁵⁹⁷ « (...) on rencontre une catégorie « activité désintéressée », Ce qui fait l'unité de cette catégorie n'est pas le rapport avec la notion de lucrativité, mais le rapport avec la notion d'intérêt général », Laurent RICHER, « L'action administrative bénévole », in *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, *op. cit.*, p. 123.

²⁵⁹⁸ Par exemple, avoir un terrain dans le lieu objet du remembrement C.E.f. 13 nov. 1970, *Sieur Moreau et autres*, Rec., p. 66, concl. BRAIBANT.

²⁵⁹⁹ « Le fait que le beau-frère d'un candidat siège dans un conseil fait que « la délibération n'a pas offert les garanties d'impartialité requises pour qu'elle pût être tenue pour régulière », C.E.f. 5 octobre 1955, *Bernard*, Rec., p. 463.

²⁶⁰⁰ Michel DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *loc. cit.*, p. 718.

²⁶⁰¹ « (...) la partialité est une faute personnelle : elle révèle l'homme et non le fonctionnaire », Éric MITARD, « L'impartialité administrative », *loc. cit.*, p. 492.

²⁶⁰² Sur l'application de l'impartialité à la procédure d'appel d'offre en Colombie : C.E.c. Section 3, sentence du 3 déc. 2007, M.R. Ruth CORREA.

apolitique et laïque²⁶⁰³. C'est justement l'intérêt de l'administration dans la décision des affaires contentieuses, ce qui motive les critiques relatives à l'administration en tant que juge et partie²⁶⁰⁴ : « (...) *l'organe judiciaire n'est pas partie au conflit tandis que l'organe administratif représente l'administration en tant que partie au conflit – puisque l'intérêt public est en jeu – et elle devra le trancher* »²⁶⁰⁵. L'administration n'est pas complètement étrangère à l'égard de l'affaire soumise à sa décision²⁶⁰⁶ et cela même lorsqu'il s'agit d'un conflit entre deux administrés qui sera tranché par l'administration²⁶⁰⁷. Dans ce cas, l'autorité administrative visera à satisfaire aux intérêts publics à sa charge, par la décision administrative tranchant le contentieux²⁶⁰⁸. Pour l'autorité administrative « *L'intérêt public est sa loi suprême* »²⁶⁰⁹.

Or, neutralité n'est pas synonyme²⁶¹⁰ d'impartialité²⁶¹¹. Toutes les autorités administratives doivent être impartiales²⁶¹². Il est vrai qu'avec l'essor des autorités

²⁶⁰³ « (...) *dans la jurisprudence administrative, la neutralité se définit comme une abstention politique et religieuse dans un service public particulier, celui de l'enseignement (...)* L'impartialité englobe en ce sens la neutralité et la dépasse », Michel DEGOSSE, « L'impartialité de la décision administrative », *loc. cit.*, p. 711. Cela consiste à l'obligation d'assurer « un service public (...) à l'égard de tous dans les mêmes conditions, de façon impartiale (...), sans discriminations de caractère politique, philosophique ou religieux », Vassilios KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 168, Paris, 1994, p. 8-9.

²⁶⁰⁴ Le commissaire du gouvernement GOMEL présente les avantages de nier la juridiction ministérielle, dans ce cas il « *restreint le nombre des cas où l'administration serait à la fois juge et partie* » il « *est conforme à l'esprit de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui sépare en principe l'action administrative de la juridiction administrative* », Conclusions GOMEL sur C.E.f. 24 juin 1881, *Bougard, Rec.*, p. 648.

²⁶⁰⁵ Hernando DEVIS, *Tratado de Derecho Procesal civil*, *op. cit.*, p. 185.

²⁶⁰⁶ Lorsque l'autorité administrative tranche des contentieux par l'application du droit « *sa décision sur des questions de droit est jusqu'à un certain point suspecte, parce qu'elle est plus moins intéressée, et pourra dès lors être plus ou moins tendancieuse* », Raymond CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, p. 766.

²⁶⁰⁷ Par exemple, l'A.R.C.E.P. peut connaître des litiges entre le prestataire du service universel et le titulaire d'une autorisation (art. L. 3 du Code des postes et télécommunications) relatifs aux conventions d'accès aux moyens indispensables à l'exercice de l'activité postale (art. 5-5). De même, les commissions colombiennes de régulation sont chargées de trancher des litiges entre des opérateurs du service public : art. 73.7-73.9 et art. 74.3 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994.

²⁶⁰⁸ L'art. 73.9 de la loi colombienne 142 de 1994 attribue aux commissions de régulation la fonction de résolution des litiges entre des entreprises de services publics et des usagers, tout en précisant que « *La résolution du litige devra atteindre, spécialement, l'objectif d'amoindrir les coûts du service* ».

²⁶⁰⁹ Auguste VIVIEN, *Études administratives*, *op. cit.*, p. 17.

²⁶¹⁰ Il est nécessaire de douter des synonymes, car chaque mot à sa signification propre, son origine, son étymologie. Les synonymes ne sont que des approximations faites et dont l'utilisation risque de banaliser le sens propre d'un mot en le remplaçant par un autre : « *Aucun mot de la langue française n'est en effet, rigoureusement synonyme d'un autre : chacun recèle une nuance qui lui est propre, qui le différencie et qui, d'ailleurs, justifie son existence. Aussi « voisins » soient-ils, deux termes ne peuvent être pris l'un à la place de l'autre que si l'on recherche entre eux une équivalence et non une totale identité qui n'existe pas. On peut donc dire qu'il n'y a pas de synonymes, que chaque mot a son identité propre, comme les personnes* », Roger BOUSSINOT, « Avertissement », in *Dictionnaire des synonymes, analogies, antonymes*, Bordas, Paris, 2005.

²⁶¹¹ Même s'il est courant de définir la neutralité par l'impartialité et l'impartialité par la neutralité : « *L'aspect positif de la neutralité consiste à désigner un comportement impartial et objectif* », Vassilios KONDYLIS, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 168, Paris, 1994, p. 3. « *Dans son acception positive, l'impartialité qualifie la qualité d'une appréciation dénuée de subjectivité, d'un comportement objectif ou caractérisé par sa neutralité* », Éric MITARD, « L'impartialité administrative », *A.J.D.A.* 1999, p. 478.

²⁶¹² En droit français, il s'agit d'un principe général du droit : C.E.f. 4 mars 1949, *Trèbes, R.A.* 1949, n° 9, p. 260 ; S. 1950, III, p. 21 ; C.E.f. Sect. 29 avril 1949, *Bourdeaux, Rec.*, p. 488. Le terme impartialité a été utilisé expressément dans C.E.f. 7 juillet 1965, *Fédération nationale des transporteurs routiers, Rec.*, p. 413. La jurisprudence se réfère à l'impartialité « *à laquelle est tenue toute autorité administrative* », C.E.f. Sect. 5 mai 1995, *Rec.*, p. 197. L'obligation d'impartialité de toute autorité administrative a été reconnue par le Conseil constitutionnel : C.C.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989. En droit colombien, l'art. 3, n° du C.P.A.C.A. dispose qu'« *En raison du principe d'impartialité, les autorités devront agir en prenant en considération que la finalité des procédures consiste à assurer et garantir les droits de toutes les personnes, sans discrimination*

administratives et publiques indépendantes, on aurait pu croire que l'indépendance est la seule façon de garantir l'impartialité de l'action administrative. Mais, l'existence de l'action indépendante ne saurait pas entacher *a contrario*, de partialité l'action administrative²⁶¹³ hiérarchisée²⁶¹⁴. Au-delà de l'indépendance, toute l'administration est censée ne pas favoriser des intérêts privés en raison d'un certain parti pris²⁶¹⁵, ce qui signifie que son action ne doit pas être motivée par des raisons subjectives, mais objectives, telles que la réalisation des fins de l'action administrative. La décision administrative n'étant pas essentiellement neutre²⁶¹⁶, celle-ci devra, néanmoins, être impartiale. L'impartialité n'est pas l'apanage des juridictions, même si l'impartialité à laquelle sont soumises les autorités administratives n'est pas, dans tous les cas, équivalente à celle des juridictions²⁶¹⁷. Les garanties de l'impartialité administrative sont prévues au cas par cas, par la volonté du législateur²⁶¹⁸ et par l'influence jurisprudentielle, notamment lorsque l'autorité administrative est un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme²⁶¹⁹, c'est-à-dire un tribunal non juridictionnel²⁶²⁰.

2. Des raisons du recours à l'activité contentieuse de l'administration

Lors du débat du projet présenté à la Constituante française le 5 juillet 1790 visant

quelconque et sans prendre en considération des facteurs d'affection ou d'intérêt et, en général, tout genre de motivation subjective ».

²⁶¹³ « L'indépendance n'est pas une fin en soi. Elle doit faciliter l'édition d'une décision impartiale », Michel DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *loc. cit.*, p. 712.

²⁶¹⁴ « On ne peut d'ailleurs que constater que cette tendance à croire qu'une autorité administrative indépendante est nécessairement politiquement plus neutre que l'administration traditionnelle nous est venue des États-Unis. Or, dans ce pays, l'absence de fonction publique de carrière et la pratique du « spoil system » peuvent effectivement laisser accréditer l'idée que l'administration est peuplée d'amis politiques du Président. En France, la neutralité politique de l'administration est nettement mieux garantie et ne justifie pas autant de précautions », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 377.

²⁶¹⁵ C'est le cas de « la décision administrative prise par l'agent qui révèle ses faiblesses, ses passions, ses imprudences », Michel DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *loc. cit.*, p. 713.

²⁶¹⁶ « Il existe des décisions partiales légales », Michel DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *loc. cit.*, p. 712.

²⁶¹⁷ « Soit dit en passant, la polémique suscitée par la participation du commissaire du gouvernement au délibéré devrait suffire à rappeler qu'au-delà des étiquettes, les exigences concrètes attachées au principe d'impartialité tiré de l'article 6, § 1 ne sont pas tout à fait les mêmes que celles attachées au principe général du même nom que le Conseil d'État s'efforce de respecter depuis sa création (sauf à considérer que la participation du commissaire au délibéré violait depuis des décennies le principe général d'impartialité, sans que le Conseil d'État s'en soit aperçu) », Martin COLLET, « Autorités de régulation et procès équitable », *loc. cit.*, p. 83-84.

²⁶¹⁸ Alors qu'en droit français le droit de récuser n'existe que s'il est expressément prévu : C.E.f. 9 mars 1938, *Huget, Leb.*, p. 251 ; C.E.f. 6 mai 1955 *Esh Chadely, Leb.*, p. 238, l'art. 11 du C.P.A.C.A. colombien dispose une obligation générale de déport à l'égard des fonctionnaires concernés par l'une des situations prévues dans le même article, ainsi qu'il reconnaît le droit général de récuser les fonctionnaires qui ne se sont pas volontairement déportés.

²⁶¹⁹ Par exemple dans le cas de la discipline des armés : C.E.D.H. 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays-Bas*, Série A, n° 22 ou du retrait des points du permis de conduire : C.E.D.H. 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, § 39, *J.C.P.* 1999, II, 10086, note SUDRE, des mesures prononcées par l'A.R.T. : C.E.f. 28 juillet 2000, *Sté Copper Communication*, n° 199773 et l'A.M.F. : C.E.f. 4 févr. 2005, *Sté GSD Gestion et M. YX*, n° 269001, *P.A.* 26 avril 2005, n°82, p. 10 ; *R.F.D.A.* 2005, p. 1174, note COSTA.

²⁶²⁰ « Il s'agit du développement de l'étrange figure juridique que constituent les tribunaux non juridictionnels », Fabrice MELLERAY, « Les catégories du droit de l'acte unilatéral et de la procédure administrative non juridictionnelle », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Jean-Bernard AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 672.

à créer un tribunal administratif supérieur, le député PEZOUS aurait²⁶²¹ rétorqué que cela ne ferait que « *couvrir la France de juges, accabler les peuples de frais et les tourmenter encore par des questions de compétence* »²⁶²². La décision qui a été adoptée fut la reprise de l'Ancien Régime : l'administration reçoit la compétence pour trancher le contentieux administratif. Avec la juridictionnalisation d'une partie importante de celui-ci, l'encombrement est devenu le principal problème des juridictions administratives. Le discrédit des juridictions se bâtit sur les difficultés liées à l'encombrement, le formalisme et la lenteur²⁶²³. L'activité contentieuse de l'administration s'est montrée comme la réponse la plus évidente aux difficultés des juridictions²⁶²⁴. Or, l'échec juridictionnel dans certains domaines justifie plus difficilement le recours à la résolution administrative des litiges que quand cela résulte des vertus propres de l'activité contentieuse de l'administration²⁶²⁵ : notamment, la simplicité et la rapidité de la décision (a), et la performance de l'autorité administrative (b).

a. La simplicité et la rapidité de la décision

D'un point de vue historique, l'autorité administrative se trouve dans une situation d'une plus grande liberté que le juge. La judiciaire avait été condamnée par la Révolution à n'être que la bouche de la loi²⁶²⁶, c'est-à-dire à ne pas pouvoir l'interpréter²⁶²⁷. Lorsque le contentieux impliquait un raisonnement non syllogistique, la compétence juridictionnelle n'était pas envisageable²⁶²⁸. L'inexistence d'un code administratif, en France²⁶²⁹, demandait

²⁶²¹ Il est mis en doute que ce discours ait pu être prononcé devant l'Assemblée : Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 7^e article, *R.D.P.* 1902, p. 241, note 1.

²⁶²² PEZOUS, *Ass. Nat.*, 9 août 1790, *Arch. Parlem.*, 1^{re} série, t. 17, p. 673.

²⁶²³ La procédure juridictionnelle cherche constamment à être rapide. L'un des principes directeurs du procès, c'est celui de la célérité. Cf. Serge GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle. Université Panthéon-Assas, Paris II*, Dalloz, Paris, 2000, p. 1201.

²⁶²⁴ « *L'explosion contemporaine du contentieux contribue en particulier à faire s'interroger sur l'opportunité d'en chercher le règlement par des méthodes plus simples et plus souples que celles du procès, y compris donc par le recours administratif longtemps considéré comme inférieur et extérieur au recours juridictionnel (...)* », Bernard PACTEAU, « Préface » à la thèse de Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, op. cit., p. XI.

²⁶²⁵ « *Ainsi, afin de pallier le nombre insuffisant de condamnations pénales prononcées en ce domaine, le gouvernement entendait donner à la HALDE un pouvoir de sanction en matière de discriminations dans le cadre du projet de loi pour l'égalité des chances discuté en février 2006.(...) M. Renaud Chazal de Mauriac, (...) a considéré que « d'une part, la création de certaines AAI correspond à une défiance à l'égard du judiciaire. D'autre part, il peut y avoir une appréciation négative sur la capacité technique du judiciaire à intervenir dans certains secteurs. Si l'on prend l'AMF ou la HALDE, on constate des différences significatives. La HALDE est née d'un échec du judiciaire tandis que l'AMF, comme l'ARCEP, sont liées au caractère très spécifique des matières traitées : il faut un dispositif extrajudiciaire pour traiter celles-ci »*, Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 29.

²⁶²⁶ « (...) aujourd'hui que le jugement n'est plus que l'acte matériel d'application de la loi, que l'acte qui ordonne l'exécution de la loi, les fonctions judiciaires sont évidemment une partie du pouvoir exécutif », Jacques Antoine Marie de CAZALES, intervention le 7 mai 1790, *Archives parlementaires*, t. XV, p. 419.

²⁶²⁷ Lorsque le juge était porté à interpréter la loi, il devait surseoir à statuer afin de saisir le Parlement par la voie du référé législatif : art. 12 tit. II de la loi du 16-24 août 1790 et art. 2 de la loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790.

²⁶²⁸ Au contraire « *Si le jugement n'est qu'un syllogisme, si le juge est lié par les termes de la loi pénale, si les commissaires du Roi peuvent déférer les jugements au tribunal de cassation, on voit mal comment la connaissance des délits d'administration pourrait constituer un empiètement du juge sur les fonctions administratives* », Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 173.

que la résolution du contentieux soit assortie de règles à portée réglementaire, ce qui est toujours défendu pour le juge²⁶³⁰. Il est vrai que la fonction juridictionnelle a réussi à se libérer de la prohibition d'interpréter la loi et elle continue à consolider sa fonction normative. Mais, la procédure juridictionnelle peine encore à se libérer des contraintes procédurales alourdissant l'actuation juridictionnelle²⁶³¹.

En revanche, l'actuation administrative est censée être plus souple et dynamique : l'absence de la chose jugée permet une marge de manœuvre quant au retrait des actes. L'autorité administrative peut prendre en considération des éléments qui échappent, en principe, au contrôle juridictionnel, tel que l'opportunité de la décision²⁶³². L'autorité administrative serait bénéficiaire du retard pris par la procédure administrative en raison de sa prétendue exclusivité juridictionnelle²⁶³³. Même après le rattrapage procédural intervenu depuis la seconde moitié du XXe siècle et même dans des systèmes comme le colombien où le respect d'une procédure régulière est constitutionnellement reconnu, au même titre que la procédure juridictionnelle²⁶³⁴, la procédure administrative est reconnue par sa simplicité vis-à-vis du formalisme juridictionnel, combattu par l'obligation de faire prévaloir le droit matériel sur le droit processuel²⁶³⁵.

C'est précisément cette souplesse qui permet aux autorités administratives de rendre des décisions dans des délais brefs et adaptés à l'urgence de certains contentieux. La sanction administrative est, dans certains cas, préférée à la sanction juridictionnelle²⁶³⁶, en

²⁶²⁹ « Si l'Assemblée avait cru pouvoir rédiger un code complet de l'Administration, elle aurait pu confier aux juges la solution des litiges administratifs », *ibidem*, p. 174.

²⁶³⁰ « Qualifiées d'administrations, les AAI, même quand elles détiennent des pouvoirs "parajuridictionnels" (pour ne pas dire juridictionnels) à côté de leurs pouvoirs de "régulation" (pour ne pas dire de réglementation), ne sont donc pas concernées par la prohibition des arrêts de règlement, entendue comme la conséquence du principe publiciste de la séparation des pouvoirs et qui interdit au juge d'être également un législateur ou un administrateur », *JurisClasseur Civil Code*, art. 5, Fasc. unique : « La prohibition des arrêts de règlement », Cote : 05,2008, Date de fraîcheur : 30 Juin 2008.

²⁶³¹ L'argument n'est pas nouveau : lors du débat du projet de création d'un tribunal administratif suprême, en 1790, le formalisme juridictionnel est mis en avant : « D'abord la création de tribunaux administratifs fut écartée à raison de l'impopularité qui avait frappé les quelques tribunaux administratifs spéciaux qui existaient sous l'Ancien Régime. On leur reprochait la complication, la lenteur et la cherté de leur procédure. De nombreux cahiers des États Généraux avaient formulé à leur égard de vives doléances et réclamaient leur suppression. C'est pourquoi on renonça à faire revivre, sous quelque forme que ce fût, des tribunaux administratifs », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, *op. cit.*, p. 156.

²⁶³² En 1981, face à l'encombrement des tribunaux administratifs, il est proposé la création des commissions administratives dites « quasi-contentieuses » : « cela offrira une plus grande souplesse en ce qui concerne les règles de procédure applicables et rendra possible de soumettre à ces organismes des considérations d'opportunité que des organes proprement juridictionnels ne pourraient prendre en considération, ainsi que de leur donner des pouvoirs de réformation », Jean-Marie WOEHRLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », *loc. cit.* p. 357. « Ces commissions devraient assurer un examen des affaires en moyenne deux mois après leur enregistrement », *ibidem*, p. 358.

²⁶³³ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 22.

²⁶³⁴ « La procédure régulière du droit doit être respectée dans toutes procédures judiciaires et administratives (...) », art. 29 Const.c.

²⁶³⁵ « L'administration de la justice est une fonction publique. Ses décisions sont indépendantes. La procédure sera publique (...) hormis les exceptions établies dans la loi. Le droit substantiel doit prévaloir sur les formes processuelles. Les délais procéduraux seront respectés diligemment et leur inobservance sera punie. L'administration de la justice fonctionne de façon déconcentrée et autonome », art. 228 Const.c.

²⁶³⁶ En 1989, lors de la discussion sur l'assignation du pouvoir de sanction à la C.O.B., on a envisagé au Sénat de créer une Chambre des marchés financiers à l'intérieur du tribunal de grande instance de Paris qui prononcerait les sanctions demandées par la COB « Ce sont des considérations pratiques qui ont conduit à

quête d'une intervention rapide permettant des rééquilibres et des correctifs opportuns²⁶³⁷. La procédure des autorités administratives indépendantes est conçue avec l'objectif de rendre des décisions rapides²⁶³⁸. Mais, il ne faut pas négliger, qu'en dépit des atouts procéduraux, ces autorités peuvent aussi être soumises à l'encombrement en raison du nombre d'affaires à décider²⁶³⁹ et de l'organisation centralisée de ces autorités par opposition à la déconcentration juridictionnelle.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a validé le caractère plus souple de la procédure administrative lorsqu'elle a accepté que « *des impératifs de souplesse et d'efficacité* » puissent justifier qu'une autorité administrative ne respecte pas l'ensemble des garanties prévues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁶⁴⁰. Des raisons semblables aux impératifs de souplesse et d'efficacité justifient que les procédures d'urgence ne doivent pas respecter pleinement les garanties du procès équitable²⁶⁴¹ : « *il serait peu rationnel de favoriser un contentieux de l'urgence tout en imposant le respect de l'ensemble des garanties du droit à un procès équitable* »²⁶⁴².

b. La performance de l'autorité administrative

rejeter cette solution : l'engorgement des tribunaux judiciaires, la rapidité de la sanction administrative », Jean-François BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », A.J.D.A. 1999, p. 858

²⁶³⁷ La sanction administrative « (...) est motivée par l'urgence (...) ou bien par le fait qu'aucune sanction pénale n'est possible (les amendes administratives), ou encore pour prévenir de nouveaux écarts (la police administrative) », Jean-Marie DELARUE, « Actualité de la problématique de la sanction administrative », A.J.D.A. Les sanctions administratives actualité et perspectives, n° spécial 2001, p. 14.

²⁶³⁸ « En effet, les règles de fonctionnement simplifiées des AAI leur permettent de trancher les litiges plus rapidement. Aussi observe-t-on qu'un nombre croissant d'autorités administratives indépendantes sont dotées de pouvoirs de sanction pécuniaire », Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 29. « Par ailleurs, les règles de fonctionnement simplifiées d'autorités administratives indépendantes permettent de trancher les litiges et de procéder aux éventuelles sanctions plus rapidement que les juridictions pénales de droit commun, surchargées de dossiers et soumises aux multiples contraintes de la procédure propre à cette matière », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 278.

²⁶³⁹ « – À titre d'illustration, l'instance pénale engagée suite à la découverte que la reprise par la société Péchiney de l'entreprise American can avait donné lieu en 1989 à la commission d'un délit d'initié n'a pas encore atteint la phase publique de la procédure ; il est vrai, a contrario, qu'en raison de l'importance du « stock » d'affaires qu'il a accumulées, le Conseil de la concurrence rend aujourd'hui ses décisions avec un délai moyen de trois ans », *ibidem.*, p. 278.

²⁶⁴⁰ « Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions », C.E.D.H. 23 juin 1981, le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique, série A, n 43. C.E.D.H. 21 février 1984, Oztürk c. Allemagne., série A, n° 35, p. 25, § 49. Cass. com. 5 octobre 1999, SNC Campenon Bernard et a., Bull. civ. IV, n° 158, p. 133.

²⁶⁴¹ C.A.A. Nantes, 7 mai 1991, *Bucher*, Rec., p. 522 ; D.A. 1991, n° 400 ; C.A.A. Paris, 17 févr. 1994, *M^{me} Marchal*, Rec., p. 1112, D.A. 1994, n° 286 : inapplication de l'article 6 à la procédure du référé-provision. Le juge européen a aussi accepté l'exclusion de l'art. 6 aux décisions provisoires : Comm. E.D.H., 11 mai 1981, X. c/ Royaume-Uni, DR 24.57. Néanmoins, la C.J.C.E. a infléchi cette jurisprudence dans le sens de l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux mesures provisoires qui décident des droits et des obligations de caractère civil à la condition que le litige principal décide aussi ce genre de contentieux et que la mesure provisoire soit déterminante pour le droit ou l'obligation : C.J.C.E. Grande chambre, 15 oct. 2009, *Micallef c/ Malte*, §84-85.

²⁶⁴² Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA et Laurent SERMET, *Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme*, R.F.D.A. 2001, p. 1258.

L'efficacité de l'autorité administrative est souvent mise en avant pour justifier certaines compétences contentieuses de l'administration. D'un côté, il existe des autorités administratives disposant de l'expertise requise à l'égard de contentieux techniques²⁶⁴³ et, d'un autre côté, l'octroi de pouvoirs contentieux contribue à l'efficacité de l'action de l'autorité administrative.

En effet, certains litiges concernent des données complexes relevant de la technicité d'un domaine spécifique²⁶⁴⁴. Tel est le cas, par exemple, des marchés financiers et des télécommunications²⁶⁴⁵. Face à ces situations, les autorités administratives chargées de la réglementation qui sera l'objet de l'application contentieuse sont, dans la pratique, les instances les plus propices à décider les contestations que l'application des normes techniques provoque²⁶⁴⁶, notamment lorsqu'elles incorporent en leur sein des experts issus du secteur concerné²⁶⁴⁷. Les connaissances techniques acquises par l'autorité administrative lui permettront de décider, en connaissance de cause, des litiges se soulevant entre des opérateurs du marché²⁶⁴⁸. C'est précisément l'ensemble de pouvoirs différents, notamment de règlementation, d'avis, de recommandation, de sanction et de résolution de litiges, qui contribue à l'efficacité de la régulation administrative²⁶⁴⁹.

Néanmoins, les arguments techniques qui plaident en faveur de la compétence contentieuse des autorités administratives, ne sont pas pacifiquement acceptés. Tout d'abord, les contentieux techniques qui sont décidés par les autorités administratives seraient l'objet du contrôle juridictionnel et, par conséquent, les juridictions se voient

²⁶⁴³ Concernant les fonctions contentieuses de la Surintendance colombienne de l'industrie et du commerce, la Cour constitutionnelle a affirmé que le législateur a cherché à attribuer cette fonction à des « *autorités administratives spécialisées et, par conséquent, aptes à prendre des décisions à l'égard de ces affaires particulières* », C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

²⁶⁴⁴ « *On invoque la notion de technicité, et les impératifs de la spécificité* », Bernard du GRANRUT, « La justice hors le juge », *Cahiers du droit de l'entreprise, La semaine juridique, Droit de l'entreprise*, Supl. 27, 5 juillet 1984, p. 15.

²⁶⁴⁵ L'ordonnance du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du Code de la propriété intellectuelle et du Code des postes et télécommunications a attribué des pouvoirs de résolution des litiges entre opérateurs à l'A.R.T. Mise à part l'influence que la directive (Directive 98/10/C.E. du 26 février 1998), qui allait être transposée, a eu sur l'assignation de cette compétence, le rapport au Président de la République justifie cette fonction contentieuse de l'A.R.T. en raison de la complexité du sujet : « Rapport au Président de la République », publié au *J.O.* du 28 juillet 2001, p. 12129 et s.

²⁶⁴⁶ « *Son rôle ne se borne pas seulement à préparer, à prescrire et à faire exécuter, il faut encore qu'elle statue sur les réclamations qui s'élèvent à l'occasion des mesures qu'elle a prises* », Emile-Victor FOUCART, *Éléments de droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du Droit public positif avec l'indication des lois à l'appui*, op. cit., p. 173.

²⁶⁴⁷ « *Ensuite, l'exercice du pouvoir de régulation et notamment de sanction est bien accepté s'il est exercé, sous le contrôle du juge, par un organisme comportant des personnalités détenant une expertise considérée comme incontestable, pour autant que la diversité des métiers représentés au sein de la formation empêche toute collusion, que la qualité des membres de l'institution constitue un rempart au corporatisme et que son caractère suffisamment collégial interdise toute partialité* », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 277.

²⁶⁴⁸ « *Il est commun que dans l'exercice de leurs fonctions, les commissions de régulation des services publics doivent trancher des contentieux, et cela en raison de leur performance technique et économique* », Enrique GIL, « La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación : los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial », *loc. cit.*, p. 26.

²⁶⁴⁹ « (...) *si l'autorité se détache des services centralisés de l'État, c'est pour se rapprocher des entreprises, qu'il s'agisse de mieux les surveiller, de mieux les sanctionner ou de mieux coopérer avec elles* », Marie-Anne FRISON-ROCHE, étude sur les AAI commandé par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation cit *in* Patrice GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 28.

confrontées à la technicité des affaires, réduisant l'étendue du contrôle juridictionnel exercé²⁶⁵⁰. Ensuite, la technicité des affaires est contestée comme un argument valable pour faire exception à la compétence juridictionnelle, notamment en matière pénale²⁶⁵¹. Enfin, il est affirmé que la confiance donnée à l'activité contentieuse de l'administration, en raison de sa performance technique, entraîne par contrecoup une présomption d'incapacité technique des juridictions. C'est pour cette raison qu'en plus de la performance technique de l'autorité administrative, ses pouvoirs contentieux se justifient en raison des effets de ces pouvoirs sur l'autorité administrative.

En effet, les pouvoirs contentieux constituent un atout pour la performance de l'autorité administrative. Ainsi, la mise à disposition notamment des pouvoirs de sanction administrative renforce l'autorité des organes administratifs : l'efficacité des règlements administratifs est garantie par la sanction. De même, les recommandations administratives seront suivies en raison de la menace que constitue la sanction éventuelle. De surcroît, la résolution des litiges permet d'effectuer une évaluation de l'application des réglementations, de ses failles et de son efficacité et apporte des connaissances précises pour la formulation de nouvelles politiques administratives et de nouvelles réglementations²⁶⁵². De cette manière, l'activité contentieuse contribue à l'amélioration de la gestion des intérêts confiés à l'autorité administrative. De plus, les pouvoirs contentieux permettent à l'autorité administrative la maîtrise de l'ensemble des situations contentieuses ou non contentieuses touchant les matières sous sa responsabilité. Cela n'est pas anodin à l'égard de l'indépendance de l'autorité administrative qui ne sera pas dans l'attente de la décision juridictionnelle afin d'appliquer les correctifs nécessaires au secteur confié à son autorité.

L'efficacité de la résolution administrative des litiges et l'efficacité qu'apporte la fonction contentieuse à l'action administrative sont mis en avant, à la place des arguments théoriques tels qu'une séparation idéale des pouvoirs²⁶⁵³. Dès lors, « *L'efficacité n'est plus*

²⁶⁵⁰ « *Le juge est-il apte à exercer un contrôle d'opportunité sur les décisions du régulateur ? Le juge est-il suffisamment qualifié pour décider à la place du régulateur ? (...) plus le juge a acquis de connaissances techniques, plus il peut avancer dans le contrôle de l'opportunité des décisions de l'autorité de régulation sectorielle ?* », Guy CANIVET, « Régulateurs et juges : conclusions générales », P.A. 23 janvier 2003 n° 17, p. 50.

²⁶⁵¹ « *Au présent, la théorie de la séparation des pouvoirs (...) est encore en vigueur et elle s'est renforcée en tant que mécanisme nécessaire pour les démocraties les plus avancées afin de faire face aux tendances technologiques de l'État efficace (...) dans la Constitution il existe une clause générale de compétence du pouvoir judiciaire pour le jugement des délits, afin de protéger les citoyens contre les peines arbitraires ou discrétionnaires de privation de la liberté (...)* », C.S.J.c. Sentencia 31 mayo de 1984, affaire n° 1129, M.R. Manuel GAONA.

²⁶⁵² La Cour constitutionnelle colombienne a reconnu que la fonction contentieuse est un instrument efficace qui contribue à la formulation de politiques administratives : « *5.7. Finalement, l'attribution à la Surintendance de la compétence pour décider le recours en appel ne répond pas aux critères d'impartialité, mais d'efficacité et d'efficience. Par là, un organe spécialisé sera le seul chargé de décider les recours contre les actes des entreprises de tout le pays, ce qui contribue à la formulation d'une doctrine uniforme qui va commander les activités de celles-ci* », C.c.c. Sentence C-263-96, 13 juin 1996, M.R. Antonio BARRERA.

²⁶⁵³ L'activité de la C.O.B. ne peut pas être comprise « *en termes de pouvoirs (équilibre, hiérarchie ou conflit...)* mais sous le commandement de l'efficacité économique », Rapport annuel de la C.O.B. 1989, p. V. « *Ce système de contrôle se caractérise par l'existence d'une administration publique qui juge et d'un juge qui administre, et on n'arrive pas à cela en raison de considérations théoriques telles que la vision des pouvoirs publics, mais pour des raisons techniques et de spécialisation* », Alberto MONTAÑA PLATA, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*, op. cit., p. 54.

un gros mot processuel ; elle est invoquée, vouée même »²⁶⁵⁴. Cela dénote les changements dans la fonction de l'État, notamment en raison l'intervention de l'économie qui, par la voie de la régulation, demande une action efficace. Les considérations de performance et de compétitivité²⁶⁵⁵ concernent ainsi l'activité contentieuse de l'administration et, par là, confirment que le droit administratif ne se soucie pas seulement de la juridicité, mais aussi de l'efficacité²⁶⁵⁶.

L'autorité administrative dispose des qualités pour exercer la fonction contentieuse : la prérogative de décision unilatérale et exécutoire la place dans la situation requise pour la résolution administrative des litiges. La contrainte administrative détermine qu'il ne s'agira pas d'un conseil sur le litige, mais d'une véritable décision. À part les finalités de l'action administrative, l'activité contentieuse de l'administration, comme toute autre activité administrative, doit respecter le principe d'impartialité. Celle-ci sera renforcée dans certains cas, en raison de la fonction contentieuse qui est exercée. De surcroît l'autorité administrative dispose, en principe, des atouts qui motivent l'attribution de pouvoirs contentieux : la procédure simple et souple, la décision rapide et efficace, ainsi que les connaissances techniques requises pour certains contentieux. Il est vrai que l'attribution de la fonction contentieuse à l'administration relève du choix entre la fonction contentieuse juridictionnelle et la fonction contentieuse administrative, à la suite d'un examen des avantages de chacune des deux fonctions, réalisé par le législateur²⁶⁵⁷. Cependant, certaines fonctions contentieuses relèvent de l'essence même de l'action administrative et, à son égard, il ne sera pas question de rechercher des atouts procéduraux ou techniques de l'autorité administrative, car dans ces cas la gestion administrative implique la fonction contentieuse.

B. La gestion administrative implique la fonction contentieuse

Il est possible d'affirmer que le lien entre l'activité administrative de gestion et la

²⁶⁵⁴ « La déjudiciarisation », p. 9, in <http://www.barreau-clermont.avocat.fr/barreauactu.pdf> consulté le 16 fév. 2011.

²⁶⁵⁵ L'efficacité du système est un des critères de l'attractivité économique d'un pays. La Banque mondiale a ainsi défini des critères dans le rapport *Doing business* www.doingbusiness.org où il est affirmé qu'il s'agit d'« un instrument d'évaluation et de comparaison des législations et réglementations qui lèsent directement la croissance économique » et là on classe les États par rapport à la performance économique de leurs systèmes juridiques

²⁶⁵⁶ « Le droit administratif ne cesse de fournir aux administrations de bons motifs de refuser l'interrogation sur leurs performances, leur coût et leur compétitivité », Jacques CAILLOSSE, « L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ? », in *L'action publique*, François LACASSE et Jean-Claude THOENING (éditeurs), L'Harmattan, Paris, 1996, p.309

²⁶⁵⁷ En revanche, aux États-Unis, pour la décision des conflits de compétence entre les agences et les tribunaux, la jurisprudence a créé la théorie de la *Primary Jurisdiction* (affaire *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co.*, 204 U.S. 426, 1907). Il est réalisé un examen de « comparative advantages » qui prend notamment en considération l'expertise de l'agence, les performances requises pour résoudre l'affaire, le besoin d'uniformité dans les résolutions et les conséquences que la résolution de cette affaire pourrait avoir sur la performance générale de l'agence. Cf. Richard PIERCE et al., *Administrative Law and process*, op. cit., p. 190. « Il n'existe pas de formule pour appliquer la doctrine de la juridiction primaire. En chaque cas la question consiste à savoir si les raisons pour l'existence de la doctrine étaient présentes et si son utilisation pouvait servir aux objectifs qu'elle poursuit, dans l'affaire en question », S.C.J. affaire *Unites States v. Western Pacific Railroad Co.*, 352 U.S. 59, 1956.

résolution des litiges relève de la nature des choses²⁶⁵⁸. Mais, cela ne peut pas empêcher d'aborder la question à partir d'une analyse rationnelle de la relation entre ces deux éléments. Le contentieux est un élément normal de l'activité administrative (1), ce qui permet d'affirmer que la fonction contentieuse de l'administration n'est pas transitoire (2).

1. Le contentieux est un élément normal de l'activité administrative

Les contestations sont un élément inévitable de l'action administrative. Bien que le renforcement des garanties procédurales ait un effet dans la diminution du contentieux, celui-ci ne peut être ni interdit ni anéanti. Dans l'unilatéralité des actes se trouve le germe même du contentieux²⁶⁵⁹, surtout lorsque l'administration ne s'est pas rapprochée de l'administré ou ne l'a pas associé à la procédure d'élaboration de l'acte, par exemple par des procédures consultatives, et aussi, lorsque la décision n'est pas motivée²⁶⁶⁰. Même si ces procédures préalables à l'adoption de l'acte ont un effet dans la diminution du contentieux, celui-ci existera pour d'autres raisons. Le litige n'est pas un élément anormal dans l'activité administrative²⁶⁶¹; celui-ci relève de sa nature même, ce qui implique la nécessité d'adopter une définition du contentieux administratif conforme à son caractère normal²⁶⁶². De même, la résolution de ces litiges fait partie de l'activité administrative.

Administrer implique la réalisation constante de choix²⁶⁶³. Même si dans la plupart des cas il n'existe des contestations qu'une fois que l'administration a décidé, l'autorité

²⁶⁵⁸ « *Bref: la pénétration du juridictionnel dans l'administration publique n'est pas une capricieuse et arbitraire invasion de la fonction de juger dans les domaines de la fonction de faire. Cela ne peut être compris que par l'explication que donnait Aristote aux réalités tant complexes qu'urgentes qui échappent aux efforts d'une compréhension rationnelle, ce qui a aussi été fait recours par Montesquieu pour s'en sortir dans des situations semblables: l'incursion de la juridiction dans l'administration répond, selon la formule d'Aristote et de Montesquieu, à la nature des choses* », Jorge VELEZ, *Los dos sistemas del derecho administrativo*, op. cit., p. 143.

²⁶⁵⁹ Jorge VELEZ, *Los dos sistemas del derecho administrativo*, op. cit., p. 141.

²⁶⁶⁰ En France, la motivation des actes administratifs reste une exception qui compte de nombreuses exceptions: les décisions négatives et celles dérogeant aux règles générales, d'après l'art. 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 « *relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public* ». De même, la loi de 1979 dresse une liste des actes devant être obligatoirement motivés. La loi du 27 janvier 1986 étend la motivation obligatoire aux refus d'autorisation. En revanche, la motivation des actes administratifs est la règle en droit colombien: art. 42 et 80 du C.P.A.C.A. et la jurisprudence précise que « (...) *les actes administratifs doivent être motivés, même d'une façon sommaire, par des raisons de fait et de droit. La motivation de l'acte administratif est un élément de sa structure; lorsqu'elle est manquante ou insuffisante (...) l'acte doit être annulé et cela en raison de l'irrégularité procédurale et aussi pour la méconnaissance du droit d'audience et de défense car la motivation des actes administratifs est un mécanisme de protection des administrés à l'égard des prérogatives du pouvoir public (...)* », C.E.c. Section 4, Sentence du 14 juillet 2005, affaire n° 15072, C.R. Héctor ROMERO. Dans le même sens: C.E.c. Sentence du 3 oct. 1997, C.R. Delio GOMEZ.

²⁶⁶¹ Contre: « *Le phénomène contentieux est un phénomène anormal. Il ne devrait pas être. C'est pourquoi il appelle nécessairement une certaine opération juridique destinée à le faire disparaître et à rétablir dans la vie juridique la paix qui a été compromise par sa manifestation. Le contentieux est un fait qui, par sa nature même, appelle sa suppression* », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 17.

²⁶⁶² Le contentieux administratif « *est dans la nature même des choses (...) il existe avec une extension plus ou moins grande partout où fonctionne une administration soumise au régime des lois; il naît du désaccord entre l'administration et les citoyens (...)* », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 10.

²⁶⁶³ « (...) *l'administrateur, par la nature même de ses fonctions, est obligé d'exercer dans beaucoup de cas une sorte d'arbitrage de fait et de droit, sans lequel son action risquerait d'être paralysée par toutes les oppositions qu'elle rencontre; d'où il suit que le fait d'administrer implique forcément le droit de décider* », *ibidem*, p. 12.

administrative est parfois conduite à trancher des contestations afin de mener à terme son action²⁶⁶⁴. L'administration n'éluide pas les contestations ; mais, elle les prend en considération et les tranche, exerçant dès lors une fonction contentieuse²⁶⁶⁵. Afin de régler les contestations qui soulève son action, l'autorité administrative ne requiert pas l'attribution de fonctions spéciales : « *Ce droit de décision est inhérent à leur fonction d'administrateurs, soit qu'ils gèrent les services publics, soit qu'ils exercent la puissance publique directement ou comme supérieurs hiérarchiques d'autres autorités. On ne doit pas voir là un pouvoir de juridiction, mais un attribut spécial de la fonction exécutive (...)* »²⁶⁶⁶. Pour cette raison les recours administratifs existent de plein droit en droit français²⁶⁶⁷ et colombien²⁶⁶⁸.

L'autorité administrative dispose des moyens pour décider, même en cas de contestation. Elle n'est pas autorisée à surseoir à statuer en raison de l'existence d'une contestation²⁶⁶⁹, parce que la résolution de celle-ci relève de sa propre compétence²⁶⁷⁰ à l'égard d'un particulier ou d'une autre autorité administrative²⁶⁷¹. « *En principe, une administration publique, qui veut engager une discussion contentieuse, ne se porte point demanderesse devant le juge ; elle commence par se faire justice elle-même par ses propres moyens, c'est-à-dire par ses propres décisions exécutoires, et ainsi elle oblige son adversaire à prendre le rôle de demandeur, s'il ne préfère pas accepter la situation par elle établie. C'est ce qu'on appelle la procédure d'action directe ou procédure par décision*

²⁶⁶⁴ « (...) alors le jugement de ce contentieux se présente comme une opération complémentaire de la fonction administrative. Il n'y a rien d'inconcevable théoriquement à ce que l'administration, ayant fixé des droits, vienne ensuite les confirmer s'ils sont contestés », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, op. cit., p. 97.

²⁶⁶⁵ « Il est impossible d'administrer sans apprécier des questions de droit, et la solution de ces questions est bien de nature contentieuse (...) », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 223.

²⁶⁶⁶ Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 268-269.

²⁶⁶⁷ Pour le recours hiérarchique : C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt*, Rec., p. 413 ; D. 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; S. 1951, 3, p. 85, note AUBY. Pour le recours gracieux : C.E.f. Sect., 20 avril 1956, *École professionnelle de dessin industriel*, Rec., p. 163, R.A. 1956, p. 271, note LIETVAUX. En droit colombien, les recours administratifs existent même sans texte : C.E.f. 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique Beaulieu*, Rec., p. 399.

²⁶⁶⁸ L'article 13 du C.P.A.C.A. dispose que l'exercice des recours administratifs est l'une des formes d'exercer le droit constitutionnel de présenter des pétitions aux autorités publiques. Par conséquent, la méconnaissance de ce droit constitue une violation d'un droit constitutionnel fondamental, pouvant être l'objet d'une action en tutela prévue à l'art. 86 de la Const.c. Dès lors, le C.P.A.C.A interdit aux fonctionnaires publics de ne pas recevoir les mémoires portant un recours ou leur argumentation qui est obligatoire : art. 9, n° 8 C.P.A.C.A. Bien que les normes du C.P.A.C.A. relatives au droit de pétition soient déclarées contraires à la Constitution, cette déclaration ne prend effet qu'à partir du 31 déc. 2014 (C.c.c. Sentence C-818-11, 1^{er} nov. 2011, M.R. Jorge PRETEL). De plus, la considération des recours administratifs comme l'exercice du droit constitutionnel de pétition est un acquis de la jurisprudence constitutionnelle : C.c.c. Sentence T-294-97, 17 juin 1997, M.R. José HERNANDEZ.

²⁶⁶⁹ C.E.f. 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p. 9, note HAURIU ; C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine*, Rec., p. 338, concl. CHARDEAU ; A.J. 1956, II, p. 312, concl. CHARDEAU et p. 398 chron. FOURNIER et BRAIBANT ; R.D.P. 1957, p. 296, note WALINE.

²⁶⁷⁰ Par exemple, les commissions départementales de remembrement rural commettent une incompétence négative lorsqu'elles sursoient à statuer en cas de contestations sur l'une des parcelles : C.E.f. 4 janv. 1960, *Min Agriculture c. Simus*, Rec., p. 900 ; C.E.f. 12 oct. 1960, *dame Travelly*, R.D.P. 1961, p. 383. Les commissions de remembrement ont été remplacées par des commissions d'aménagement foncier, par la simplification des procédures effectuées par la loi du 23 février 2005, relative au développement des territoires ruraux, complétée par un décret du 30 mars 2006 : art. L. 121-1 du Code rural.

²⁶⁷¹ Dans l'affaire *Préfet de l'Eure*, le préfet devait trancher un contentieux opposant deux communes. Dans ce cas « elle doit apprécier, elle doit préjuger elle-même ; elle doit condamner administrativement une des deux communes », Maurice HAURIU, note sous C.E.f. 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p. 9.

exécutoire »²⁶⁷². Certes, la décision de l'autorité administrative sur la contestation ne sera que provisoire, compte tenu du fait qu'elle sera potentiellement soumise au contrôle juridictionnel ; mais, cela va lui permettre d'entamer efficacement la satisfaction des fins de l'action administrative : « *Voilà la pure vérité administrative, parce que le contentieux administratif ne ressemble pas au contentieux civil* »²⁶⁷³.

L'activité contentieuse de l'administration est un instrument de l'efficacité de l'action administrative et cela démontre que le souci d'efficacité, visant à justifier l'activité contentieuse de l'administration en tant que réalité récente, n'est pas une nouveauté²⁶⁷⁴. À différents niveaux, le souci d'efficacité a toujours été présent dans les institutions administratives à un point tel que le dessein des pouvoirs attribués à l'autorité administrative est conçu pour l'équiper des instruments nécessaires à rendre son action efficace, c'est-à-dire à atteindre les objectifs que lui sont confiés²⁶⁷⁵. La concession des pouvoirs contentieux propres aux autorités administratives vise à éviter que le contentieux constitue un obstacle pouvant provoquer la paralysie de l'action administrative²⁶⁷⁶. L'administrateur n'est pas soumis à des interruptions provoquées par des procès juridictionnels parce que lui-même sera compétent pour décider les contestations de son action²⁶⁷⁷. Dès lors, il est inexact d'affirmer que tout le contentieux attendra la décision juridictionnelle ultérieure « *parce qu'il aurait au préalable décrété la séparation doctrinale de la fonction de juger et de la fonction d'administrer (...)* »²⁶⁷⁸. Par ailleurs, la fonction contentieuse ne contribue pas seulement à la continuité de l'action ; mais, tout en permettant aux administrés de contester, elle améliore la qualité de l'action administrative.

En droit français, sauf norme contraire, les recours administratifs ne suspendent pas l'exécution de l'acte²⁶⁷⁹. Seuls certains recours préalables obligatoires ont l'effet suspensif²⁶⁸⁰. En droit colombien, moyennant une conciliation entre les prérogatives de

²⁶⁷² *Idem.*

²⁶⁷³ *Idem.*

²⁶⁷⁴ « (...) la simple invocation de l'intérêt général n'est plus à elle seule suffisante ; encore faut-il que l'administration apporte la preuve de son 'efficacité' », Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne, op. cit.*, p. 66.

²⁶⁷⁵ « La réalité pratique déborde constamment nos catégories logiques ; les institutions vivantes sont celles qui s'édifient, non pas sur l'un de ces éléments, à l'exclusion de l'autre ; mais, sur la combinaison de deux », Maurice HAURIOU, *Les éléments du contentieux, op. cit.*, p. 5.

²⁶⁷⁶ « Il résulte des principes que nous avons exposés un point de vue nouveau sous lequel nous devons considérer l'autorité administrative. Son rôle ne se borne pas seulement à préparer, à prescrire et à faire exécuter, il faut encore qu'elle statue sur les réclamations qui s'élèvent à l'occasion des mesures qu'elle a prises ; car, si elle ne pouvait pas lever elle-même l'obstacle qui en résulte, elle serait obligée de s'arrêter à chaque pas, et elle ne pourrait plus être responsable de ses actes », Victor-Émile FOUcart, *Éléments de droit public et administratif*, t. I, 3^e éd., Videcoq, Paris, 1843, p. 173-174.

²⁶⁷⁷ « (...) car sa fonction serait paralysée s'il était obligé de se retirer devant un juge (...) toutes les fois que son action se heurte à une réclamation contentieuse », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit.*, p. 399.

²⁶⁷⁸ Maurice HAURIOU, *Les éléments du contentieux, op. cit.*, p. 5.

²⁶⁷⁹ C.E.f. 3 Mars 1989, *Clinique Blomet et Ministre des affaires sociales c/ Fédération hospitalière de France*, *Rec.*, p. ; A.J.D.A. 1989, p. 319 chron. HONORAT et BAPTISTE.

²⁶⁸⁰ Il existe des recours préalables obligatoires dont l'effet n'est pas suspensif. L'étude du Conseil d'État intitulé *régler autrement les conflits* a déconseillé la généralisation des recours préalables, car cela entraînerait : « *priver le justiciable, dans nombre de situations, de la possibilité d'obtenir que le sursis à exécution soit ordonné, la décision ayant entre-temps été exécutée (...)* », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op. cit.*, p. 35. Néanmoins, ultérieurement, le Conseil d'État a admis la possibilité de demander la suspension de la décision sans avoir introduit une requête sur le fond, permettant ainsi de demander la suspension d'actes objets d'un recours

l'administration et la protection des administrés, les contestations matérialisées dans des recours administratifs suspendent l'exécution qui ne sera possible qu'après la décision de ceux-ci²⁶⁸¹. Mais, une fois que l'administration aura décidé les recours, celle-ci pourra les exécuter puisque les recours juridictionnels ne sont pas automatiquement suspensifs.

Avec les recours administratifs, la maîtrise de l'obstacle à l'activité administrative est confiée à l'administration elle-même, et non à la juridiction, ce qui ferait dépendre la continuité de l'action administrative de la décision juridictionnelle. L'autorité administrative est responsable de la réalisation d'une certaine finalité et, pour cela, elle maîtrise les moyens pour affronter les obstacles qui se présentent. Dans ces circonstances l'activité contentieuse de l'administration fait partie de l'essence même de la fonction administrative, comme l'une de ses prérogatives²⁶⁸².

2. La fonction contentieuse de l'administration n'est pas transitoire

Le vœu de l'épuration de l'action administrative de toutes les fonctions contentieuses n'a pas pu être exaucé²⁶⁸³. La négation de la théorie de l'administrateur-juge n'a pas condamné à la disparition l'activité contentieuse de l'administration, de même que la théorie colombienne des fonctions juridictionnelles de l'administration n'a pas réussi à cantonner sous le label juridictionnel l'ensemble des fonctions contentieuses de l'administration. Cela parce que l'activité contentieuse de l'administration n'est ni un défaut dans l'organisation du pouvoir ni une collaboration passagère de l'administration avec la juridiction. Or, deux raisonnements pourraient faire croire la disparition future de l'activité contentieuse de l'administration : d'un côté, l'activité contentieuse de l'administration après le désencombrement des juridictions (a) n'aurait plus de raison d'être ; d'un autre côté, la processualisation progressive préparerait la juridictionnalisation des organes (b). Les deux hypothèses méritent d'être examinées.

administratif préalable obligatoire : C.E.f. 12 oct 2001, *Société des produits roche, Rec.*, p. 463, A.J.D.A. 2002, p. 123 chron GUYOMAR et COLLIN ; R.F.D.A. 2002, p. 315, concl. FOMBEUR.

²⁶⁸¹ « Caractère définitif des actes administratifs. Les actes administratifs seront définitifs : (...) n° 2. Le lendemain de la publication, la communication ou la notification de la décision des recours administratifs », art. 87 C.P.A.C.A. « Caractère exécutoire des actes des autorités. Sauf disposition légale contraire, les actes définitifs suffiront aux autorités administratives pour les faire exécuter elles-mêmes et dans l'immédiat », art. 89 C.P.A.C.A.

²⁶⁸² Pour le Tribunal constitutionnel espagnol « La prérogative de l'administration consistant à l'exécution d'office de ses décisions trouve sa source dans les normes en vigueur et cela ne contrarie pas la Constitution. Il est vrai que l'article 117.3 de la Constitution attribue le monopole de la fonction juridictionnelle qui consiste à exécuter les décisions des juges et des tribunaux ; mais, l'article 103 reconnaît aussi que l'administration doit respecter certains principes dont celui de l'efficacité, « tout en respectant pleinement la loi et le droit ». Cela signifie que le législateur décide sur les normes, les moyens et les instruments concrétisant l'efficacité administrative. Dès lors, il n'est pas douteux que l'administration puisse disposer de la prérogative d'autotutela, d'exécution d'office qui est généralement pratiquée par toutes les administrations publiques conformément à l'article 103 de la Constitution », Tribunal Constitutionnel espagnol, Sentence n° 22/84, 17 de fév. 1984.

²⁶⁸³ « Un pas de plus dans la voie du progrès consisterait, suivant nous, à faire complètement disparaître les attributions contentieuses des administrateurs, et à réaliser le principe de séparation posé depuis l'an VIII entre l'action et la juridiction administrative », Théophile DUCROCO, *Cours de Droit administratif*, t. I, op. cit., p. 373.

a. L'activité contentieuse de l'administration après le désencombrement des juridictions

La considération de l'activité contentieuse de l'administration, comme un instrument contre l'encombrement des juridictions, doit être conciliée avec le caractère ordinaire de cette fonction. Il est vrai que la résolution administrative des litiges contribue à lutter contre l'encombrement des juridictions, victimes d'un système qui a naïvement prétendu attribuer tout le contentieux aux organes juridictionnels. Dans ces conditions, l'activité contentieuse de l'administration ne serait qu'un instrument transitoire qui perdrait sa raison d'être une fois que les juridictions auront atteint des niveaux acceptables d'affaires attendant une résolution et que les décisions seront rendues dans des délais non seulement raisonnables, mais surtout idéaux. La contribution de l'administration à la juridiction devrait disparaître dès lors²⁶⁸⁴ et ne réapparaître qu'une fois que la juridiction aurait atteint à nouveau l'encombrement.

Cependant, une telle analyse n'est pas complètement juste. Cela méconnaît que la résolution des litiges fait partie des prérogatives propres de l'action administrative et que cette fonction contribue à la réalisation des finalités confiées à l'administration. Ainsi, une éventuelle disparition de l'activité contentieuse de l'administration, en raison de la disparition des problèmes des juridictions, ne serait pas envisageable : il est vrai que certaines fonctions contentieuses de l'administration, notamment celles qui ont été attribuées pour des considérations d'une meilleure performance administrative vis-à-vis de la performance juridictionnelle seraient retirées ; mais, les fonctions contentieuses liées à l'efficacité de l'action administrative devront être conservées, au risque de léser gravement l'exercice de la fonction administrative.

Cela signifie que l'examen des avantages de la fonction contentieuse de l'administration vis-à-vis de la fonction contentieuse des juridictions doit nécessairement prendre en compte non seulement des éléments liés à la résolution efficace des affaires, mais aussi les conséquences que cette fonction emporte sur l'autorité administrative, notamment en raison de l'efficacité de son action administrative et des objectifs dont la réalisation lui est confiée.

b. La processualisation préparerait la juridictionnalisation des organes

La simplicité de la procédure ne caractérise plus l'ensemble de l'activité administrative²⁶⁸⁵, et c'est précisément une partie de l'activité contentieuse de l'administration

²⁶⁸⁴ « Les recours quasi-contentieux se présentent comme une formule intermédiaire, une transition entre les recours purement administratifs, système de protection très imparfait, et les recours contentieux assortis de garanties tutélaires », Henry PUGET, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *loc. cit.* p. 258.

²⁶⁸⁵ « Si elle – la procédure administrative – devait se transformer en un formalisme pointilleux et étroit conduisant à une administration tatillonne, la procédure administrative non contentieuse se retournerait, en

qui est l'objet d'une processualisation poussée. Certes, la reconnaissance progressive de garanties renforce la fonction protectrice des administrés. Toutefois, les risques de nuire à l'efficacité de l'action administrative sont à considérer. En raison de l'application des garanties du procès équitable aux autorités administratives, la souplesse et l'efficacité se voient réduites²⁶⁸⁶. Ainsi, la sanction administrative risque de perdre les atouts propres d'une intervention rapide visant à instaurer des correctifs immédiats²⁶⁸⁷. Dès lors, la souplesse qui justifierait la sanction administrative, n'est pas présumée, mais soumise à l'épreuve des faits²⁶⁸⁸. Il est même des cas où l'activité contentieuse de l'administration est obligée de respecter un nombre de garanties supérieur à celles présentes devant les juridictions, dans un « *luxé de procédures* » nuisible à son efficacité²⁶⁸⁹.

Face à une telle situation, la question de la juridictionnalisation de l'activité contentieuse de l'administration devient opportune. Eu égard à l'histoire de la juridiction administrative française, il serait logique de penser que les autorités administratives ayant des fonctions contentieuses seraient en train de parcourir, à grands pas, le chemin vers leur transformation en des juridictions, et cela à l'image notamment du Conseil d'État français²⁶⁹⁰. En réalité, dans l'état actuel de la question, la procédure n'emporte pas la juridictionnalisation, alors que l'indépendance n'est plus exclusive des organes juridictionnels²⁶⁹¹, sauf à considérer que c'est l'indépendance au plus haut niveau qui est exclusivement juridictionnel²⁶⁹². De ce point de vue, la processualisation des autorités administratives contentieuses n'est pas, en soi, une progression vers une juridictionnalisation future. Autrement dit, les autorités administratives contentieuses ne

définitive, contre les citoyens, au lieu de constituer, à leur profit, une garantie », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 287.

²⁶⁸⁶ « (...) l'excès de garanties risque de produire le contraire de l'effet recherché (...) il arrive que l'ampleur des procédures à exécuter, je le dis tout net, soit un motif d'inefficacité », Daniel VAILLANT, « Réflexion sur l'action administrative et sa sanction », loc. cit., p. 11

²⁶⁸⁷ « (...) la sanction doit être un instrument d'efficacité entre les mains de l'administration », ibidem, p. 12

²⁶⁸⁸ « Du fait des contraintes du procès équitable, l'institutionnalisation du pouvoir de sanction se révèle contreproductive puisqu'elle aboutit par compensation à engluer la Commission des opérations de Bourse dans un mécanisme procédural des plus lourds. Où est la souplesse recherchée ? », Jean-François BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », loc. cit., p. 858.

²⁶⁸⁹ « (...) infliger une sanction, c'est plus délicat, et je dirai plus risqué, par exemple pour l'Autorité des marchés financiers, que de rendre une ordonnance pénale. Il y a un luxe de procédures, de garanties à respecter (...) qu'on ne retrouve pas dans l'instruction pénale, comme si la seule intervention du juge qui est la différence même entre la sanction pénale et la sanction administrative, constituait une garantie si forte qu'elle pouvait dispenser l'autorité investie du pouvoir de sanction d'un luxe de garanties qui pèsent et qui pèseront de plus en plus sur la répression administrative », Matias GAYMARD, « Les sanctions administratives », P.A. 12 janvier 2006, n° 9, p. 9.

²⁶⁹⁰ Henry PUGET, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », loc. cit. p. 264.

²⁶⁹¹ « (...) constater que la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers n'est nullement une juridiction, mais un organe administratif seulement investi d'une fonction contentieuse, c'est avouer que le droit administratif rebrousse chemin, puisqu'il irait alors à rebours de l'évolution que connut le Conseil d'État tout au long du XIXe siècle (...) », Delphine COSTA, « L'autorité des marchés financiers : Juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 4 février 2005, société G.S.D. Gestion et M. YX », loc. cit., p. 1180.

²⁶⁹² L'indépendance des juridictions est constitutionnelle (C.c.f. Décision n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, § 24, Rec., p. 138 ; art. 228 Const.c.) et elle est de principe. L'indépendance des juridictions est garantie même à l'égard du Parlement. En revanche, la seule autorité administrative (administrative alors même qu'elle est dénommée comme « *autorité constitutionnelle indépendante* », C.c.f. Décision n° 011-626 DC, 29 mars 2011, J.O. 30 mars 2011, p. 5507, § 5) dont l'indépendance ne peut être mise en question par le législateur est celle du défenseur des droits, prévu à l'art. 71-1 de la Const.f., introduit par l'art. 41 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

sont pas des juridictions en gestation.

Nonobstant, il est encore possible d'envisager la juridictionnalisation de l'activité contentieuse de l'administration, non comme un processus, mais comme une suite à une décision expresse du législateur. Cela fait référence au fait qu'une processualisation poussée pourrait placer une autorité administrative et une juridiction dans une situation de performance processuelle identique. Face à cette situation, l'attribution de ces contentieux à des juridictions établies ou la transformation de l'autorité administrative en juridiction pourraient être des décisions jouissant d'une certaine logique²⁶⁹³. De plus, l'attribution de la chose jugée qu'emporterait la nature juridictionnelle, serait cohérente avec la qualité de la procédure d'élaboration de l'acte²⁶⁹⁴ et, par conséquent, cela impliquerait l'économie d'une des étapes du contentieux²⁶⁹⁵.

Or, cette décision n'est ni simple ni automatique : d'une part, il serait nécessaire de considérer la performance technique de l'autorité administrative et de la juridiction, ainsi que l'état d'encombrement de chacune des deux ; d'autre part, il faudrait aussi évaluer le niveau d'implication de ces fonctions contentieuses dans l'efficacité de l'action administrative, par exemple, dans la régulation. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que la transformation de l'autorité administrative en juridictionnelle entraînerait la condamnation du cumul de fonctions puisque la juridiction devrait être spécialisée dans la fonction contentieuse²⁶⁹⁶.

Au fond, le problème vise la question de la conciliation des atouts de l'activité contentieuse de l'administration avec la protection des administrés. Premièrement, la jurisprudence relative au procès équitable apporte l'une des solutions possibles : les impératifs de souplesse et d'efficacité sont admis²⁶⁹⁷ dans la mesure où la décision contentieuse prise par l'administration sera l'objet d'un recours juridictionnel qui garantira pleinement le procès équitable²⁶⁹⁸. Néanmoins, il sera nécessaire de garantir le noyau dur du procès équitable qui

²⁶⁹³ « (...) dès lors qu'on renforcera les garanties au point que la procédure ressemblera à celle en vigueur devant un juge, il sera tentant d'estimer que l'intervention de celui-ci est préférable et qu'il convient de lui transférer la compétence en la matière, ou bien ce qui revient au même, d'ériger tout ou partie de l'organisme en juridiction spécialisée », Daniel VAILLANT, « Réflexions sur l'action administrative et sa sanction », *loc. cit.*, p. 15.

²⁶⁹⁴ « (...) il ne fait nul doute que le but de l'acte juridictionnel soit de mettre fin définitivement au trouble qui a fait naître un contentieux, ce qui s'exprime juridiquement par l'autorité de la chose jugée ; mais l'autorité de la chose jugée ne se conçoit pratiquement que si le juge ne se trompe pas souvent, s'il réunit toutes les conditions techniques pour être un bon juge (...) », Jean DE SOTO, « La notion de juridiction », *loc. cit.*, p. 46.

²⁶⁹⁵ Tel est le cas, par exemple, lorsque la décision contentieuse de l'autorité administrative fait ultérieurement l'objet d'un recours devant une juridiction et que cette décision serait l'objet d'un recours en cassation. Avec la juridictionnalisation de l'autorité administrative, la décision ne serait l'objet que du recours en cassation.

²⁶⁹⁶ « Une telle transformation les obligerait d'ailleurs à exercer de façon exclusive une fonction juridictionnelle, ce qui mettrait fin à leur mission de régulation », Paule QUILICHINI. « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *loc. cit.*, p. 1060.

²⁶⁹⁷ Par exemple, la procédure contentieuse en matière fiscale a été validée à l'égard du procès équitable : C.E.D.H. 26 septembre 1996, *Miailhe c/ France* (n°2), *Rec.*, 1996-IV.

²⁶⁹⁸ Cette même logique a justifié l'abandon des projets de création d'un code administratif en France, régulant la procédure administrative, tel que celui de De GERANDO : « Car il est apparu, au fur et à mesure des progrès du contentieux, que les garanties préalables, avec leur lenteur et leur poids étaient d'autant moins nécessaires qu'après coup le contrôle du juge venait, en cas de besoin, rétablir le particulier dans ses droits », Jean RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *loc. cit.*, p. 820.

devra être respecté dès la phase administrative du contentieux et qui ne pourra pas être rattrapé par le contrôle juridictionnel²⁶⁹⁹. Cela concerne l'impartialité²⁷⁰⁰, les droits de la défense²⁷⁰¹ et la contradiction²⁷⁰². Il faut néanmoins avertir que cela ne couvre que les autorités administratives considérées comme des tribunaux au sein de la Convention européenne des droits de l'homme.

Deuxièmement, la différence entre les formalités substantielles²⁷⁰³ et celles qui ne le sont pas²⁷⁰⁴ apporte aussi un critère pour la conservation de la souplesse de l'activité contentieuse de l'administration, surtout parce que le critère est appliqué moins sévèrement lorsqu'il s'agit des circonstances d'urgence²⁷⁰⁵. De cette façon l'État de droit est garanti et non l'État de procédure²⁷⁰⁶, tout en protégeant les raisons du recours à l'activité contentieuse de l'administration²⁷⁰⁷. Il s'agit encore d'un critère d'application jurisprudentiel confirmant que les juridictions sont aussi garantes de l'efficacité²⁷⁰⁸ de l'activité contentieuse de l'administration²⁷⁰⁹.

Troisièmement, le cas des agences des États-Unis d'Amérique donne un exemple quant à une législation qui vise à protéger les performances de l'activité contentieuse de l'administration. Victimes du formalisme, de la lenteur et de l'inefficacité, les agences ont commencé à être

²⁶⁹⁹ « (...) certes, l'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un "tribunal" compétent pour décider du "bien-fondé de l'accusation", il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement ». (...) « D'autres exigences de l'article 6, et notamment de son paragraphe 3, peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès », C.E.D.H. 28 octobre 1993, *Imbrioscia c/ Suisse*, § 36.

²⁷⁰⁰ Le défaut d'impartialité ne pourra pas être rattrapé par le contrôle juridictionnel ultérieur : C.E.f. 4 avril 1999, *GIE Oddo-Futures*, n° 182421. L'impartialité reconnue par l'art. 6 n° 6 est un moyen opérant à l'égard des autorités administratives : C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec.*, p. 399 ; A.J.D.A.2000, p. 126, chron. GUYOMAR et COLLIN ; R.F.D.A. 2000, p. 1060, note SERMENT.

²⁷⁰¹ « (...) que, cependant et alors même que l'Acnusa n'est pas une juridiction au regard du droit interne, ce pouvoir de sanction doit être aménagé de telle façon que soit assuré le respect des droits de la défense de la personne mise en cause », C.A.A. Paris, 20 juin 2006, *Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (Acnusa) c/ Sté Scandinavian Airlines System*, n° 06PA00310.

²⁷⁰² CE, sect., 27 oct. 2006, *M. PARENT et Autres c/ A.M.F.*, n° 276069, 277198, 277460, R.F.D.A. Nov.-déc. 2006, p. 1277.

²⁷⁰³ Tel est le cas notamment des droits de la défense : C.E.f. 20 janvier 1989, *Mlle Strickel*, *Rec.*, p. 27 ; C.E.f. Sect. 19 déc. 1984, *Soc. Mapac*, *Rec.*, p. 439 ; D. 1985, p. 112, note MODERNE. Ainsi, la communication du dossier pour les personnes qui seraient l'objet d'une sanction : C.E.f. 26 juin 1996, *Comm. De Cereste*, *Rec.*, p. 246 ; R.F.D.A. 1996, p. 851.

²⁷⁰⁴ « (...) parce qu'elles ne sont de nature, ni à avoir une incidence sur la décision à prendre, ni à conférer des garanties à ceux que cette décision concernera », René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, op. cit., p. 1032.

²⁷⁰⁵ Cf. René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, op. cit., p. 1035, n° 1226 et p. 1089, n° 1278.

²⁷⁰⁶ « Le problème actuel n'est plus d'accroître encore ces règles, au risque de basculer, comme on a pu le dire, de l'« État de droit » à l'« État de procédure » ; mais, d'irriguer en profondeur l'administration du principe simple que l'impartialité doit se donner à voir dans toute procédure administrative », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 383.

²⁷⁰⁷ « (...) l'État de droit n'est pas menacé du seul fait que le régime juridique des sanctions administratives, en particulier lorsqu'elles sont prononcées par une autorité administrative « indépendante », n'est pas strictement identique au régime des sanctions pénales. Sinon on risque de fragiliser rapidement un dispositif de sanctions administratives qui a fait ses preuves, en le rendant nécessairement plus lourd et plus lent » « (...) afin que la répression administrative conserve son efficacité, c'est-à-dire sa raison d'être, et demeure pour les autorités de régulation le dernier étage d'un ensemble cohérent de pouvoirs », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 264-365.

²⁷⁰⁸ « (...) deux aphorismes complémentaires : une régulation efficace impose une réduction des garanties ; l'introduction de garanties par la jurisprudence réduit l'efficacité de la régulation », Guy CANIVET, « Régulateurs et juges : conclusions générales », P.A. 23 janvier 2003 n° 17, p. 50.

²⁷⁰⁹ « J'aimerais qu'on se souvienne peut-être davantage qu'il y a un juge après le quasi-juge, si j'ose ainsi qualifier le régulateur, auquel on demande de plus en plus de se comporter comme un juge, au nom du droit à un procès équitable », Jean MARIMBERT (Directeur général de l'Autorité de régulation des télécommunications), « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », P.A. 23 janvier 2003 n° 17, p. 41.

libérées des contraintes procédurales à partir des années 60²⁷¹⁰. Devant les agences, il existe deux types de procédures, l'une est très formelle « *Formal adjudication* », articulée sur trois audiences *trial-type-hearing* et dont la décision finale doit être prise par un *Administrative Law Judge* disposant d'un statut et de garanties particulières l'isolant au sein de l'*agence*. Celle-ci est conçue à l'image de la procédure des cours fédérales²⁷¹¹ et elle est reconnue pour sa lenteur et son coût²⁷¹². L'autre, l'« *informal agency adjudication* » est consciemment conçue pour être rapide et efficace, la souplesse et la simplicité dominant. En quête d'efficacité, il est permis aux agences de choisir entre les deux procédures en raison des besoins propres de l'affaire. Dans la pratique, la procédure formelle n'est utilisée que dans 10 % des cas²⁷¹³. Cet exemple montre que le législateur peut faire un effort en vue de concilier les droits des administrés avec l'efficacité de l'activité contentieuse de l'administration, établissant « (...) un régime procédural non juridictionnel (...) qui serait un juste milieu entre le rien et le tout (...) entre l'absence de garanties particulières (qui caractérise la procédure administrative ordinaire) et le luxe de garanties de la procédure juridictionnelle) »²⁷¹⁴.

L'activité contentieuse est une fonction couramment exercée par l'administration ; celle-ci dispose des qualités et des moyens pour l'exercer. Certaines compétences contentieuses sont liées étroitement à l'action administrative, alors que d'autres sont le résultat d'un exercice de comparaison des performances de l'administration face aux performances juridictionnelles²⁷¹⁵. Or, dans les deux hypothèses, l'activité contentieuse de l'administration est une fonction accessoire.

§2. Une fonction accessoire

La définition d'une fonction se réalise par sa fin et par son objet²⁷¹⁶. La finalité commune à

²⁷¹⁰ « Depuis les années 60 il est fait recours à un système moins processualisé et formel, visant à réduire les retards et les inefficacités liées au respect des règles de procédure trop complexes et détaillées. Néanmoins, cela a provoqué un relâchement des garanties procédurales, en même temps qu'une progressive approche du modèle étasunien de celui du 'droit administratif' », Barbara MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti*, op. cit., p. 272.

²⁷¹¹ *Ibidem*, p. 69.

²⁷¹² La doctrine étasunienne, ainsi que les rapports des commissions parlementaires, ont critiqué fortement la lenteur des procédures devant les agences et, par conséquent, le coût que cela représente pour l'administration, pour la société civile et pour les impliqués, notamment celles entrant dans le champ des *formal adjudication* dont les décisions sont prises par un *Administrative Law Judge* et l'instruction de l'affaire se déroule dans la logique de *trial-type-hearing*. Cf. Barbara MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti*, op. cit., p. 94.

²⁷¹³ « (...) c'est pour cette raison que le Congrès n'oblige l'administration à respecter les procédures formelles que dans très peu des cas, en laissant les agences choisir la procédure la plus appropriée pour le type de décision à prendre », *ibidem*, p. 79.

²⁷¹⁴ René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », *loc. cit.*, p. 291.

²⁷¹⁵ « (...) le « déport » du contentieux administratif du juge vers l'administration elle-même, par la généralisation d'un recours administratif obligatoire, ne se conçoit que si le second est aussi efficace, aussi sûr, et aussi accessible que le premier », Yves GAUDEMET, « Préface » à la thèse « *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droit allemand et français* », (Eugénie PREVEDOUROU), op. cit., p. XVIII.

²⁷¹⁶ Cette différence entre objet et fin a été établie par Charles EISENMANN lorsqu'il différencie entre l'objet de l'acte et sa fin : alors que l'objet de l'acte c'est son contenu, ce dont il dispose, « *Le but n'est pas un élément de l'objet lui-même ; mais, quelque chose qui le dépasse (...)* », Charles EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. I, L.G.D.J. Paris, 1982, p. 505. Cette différence est déjà clairement établie dans son *Cours de doctorat*, 1953-1954, polycopies, p. 67.

toute fonction contentieuse est l'instauration ou le rétablissement de la paix sociale, alors que son objet est la résolution des litiges. Or, lorsque la fonction contentieuse est attribuée à l'administration, la fin de la résolution des litiges n'est pas principalement la paix sociale, car cet objet sert à d'autres finalités. Cela constitue la raison d'être de l'activité contentieuse de l'administration (A), ainsi que la condition de sa constitutionnalité (B).

A. La raison d'être de l'activité contentieuse de l'administration

Les fonctions contentieuses de l'administration existent partout, résistent au temps et se renouvellent constamment. Cela signifie qu'il existe une raison commune qui explique l'attribution de ces fonctions et qui justifie son existence : la résolution des litiges est un instrument de l'action administrative (1). Cette explication n'est pas sans rappeler les justifications données à la juridiction administrative française. Néanmoins, l'activité contentieuse de l'administration ne consiste pas à juger l'administration (2).

1. La résolution des litiges est un instrument de l'action administrative

Constater que l'activité contentieuse de l'administration ne répond pas au schéma désigné par l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs ne signifie pas, pour autant, que les fonctions contentieuses de l'administration soient exclusivement le fruit de circonstances historiques ou de décisions prises arbitrairement. Au contraire, face aux différentes fonctions contentieuses de l'administration, il est opportun de conclure que les pouvoirs contentieux répondent à une logique de rattachement de la fonction contentieuse aux finalités de l'autorité administrative en question²⁷¹⁷.

Cela parce que les différents pouvoirs contentieux attribués à l'administration, tels que celui de décider des recours contre les actes, de sanctionner ou de décider des litiges entre des administrés²⁷¹⁸, sont des instruments dont dispose l'autorité administrative pour la réalisation de ses finalités²⁷¹⁹. Celles-ci sont diverses et l'activité contentieuse peut servir

²⁷¹⁷ « Les attributions des ministres en matière contentieuse se rattachent étroitement à leurs attributions d'ordre administratif (...) car ce qu'on appelle la juridiction contentieuse des ministres n'est en réalité que la manifestation de leur autorité administrative, lorsqu'elle s'exerce, spontanément ou sur l'initiative d'une partie intéressée, dans des affaires sujettes à contestation juridique » Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 378.

²⁷¹⁸ L'article L. 36-8-I du Code des postes et télécommunications confie à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, A.R.C.E.P., la résolution des litiges dérivés des conventions d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications (refus d'interconnexion, échec des négociations, désaccord sur l'exécution de la convention). L'A.R.T. désormais A.R.C.E.P., lorsqu'elle tranche un litige entre France Telecom, notamment et un opérateur non historique, ne se place pas seulement en tant qu'autorité contentieuse qui rend la 'justice', mais surtout en tant qu'autorité chargée de garantir l'accès aux réseaux par la voie de l'interconnexion et par là, la libre concurrence dans le marché des télécommunications.

²⁷¹⁹ Quant à la fonction de résolution de litiges de l'A.R.T., aujourd'hui A.R.C.E.P., « Cette compétence expresse de régler les litiges d'interconnexion entre les opérateurs privés lui permet d'élaborer au profit des concurrents de l'opérateur historique un droit subjectif de l'interconnexion. Cette nouvelle forme de régulation juridique offre la possibilité d'adapter en permanence le cadre réglementaire de l'interconnexion dès lors qu'à travers les décisions individuelles, l'A.R.T. fixe les lignes de sa stratégie en faveur du développement du marché »,

à plusieurs d'entre elles dont la protection des administrés. En tant qu'instrument de l'action administrative, les fonctions contentieuses ne sont pas une fin en soi à l'égard de l'administration. Cette caractéristique nettement téléologique précise une différence fondamentale entre la fonction contentieuse de l'administration et la fonction contentieuse des juridictions : pour ces dernières, la résolution de litiges constitue sa fonction principale, c'est une fin en soi, alors que pour l'administration cela n'est qu'une fonction accessoire²⁷²⁰, instrumentaire ou dépendante des missions qui sont à la charge de l'administration²⁷²¹. Cela conduit aussi à affirmer que la fonction contentieuse de l'administration poursuit fondamentalement des fins d'intérêt général, alors que la fonction contentieuse des juridictions peut satisfaire aux intérêts des particuliers qui ne pouvaient pas être satisfaits par eux-mêmes²⁷²².

Le cas des sanctions administratives met clairement en évidence le caractère accessoire de l'activité contentieuse de l'administration. Lorsque les autorités administratives sanctionnent, celles-ci ne pratiquent pas une fonction isolée ; mais, très souvent la sanction est le dernier mécanisme utilisé par l'administration afin de garantir une finalité administrative²⁷²³, telle que la discipline des fonctionnaires²⁷²⁴, l'efficacité de la régulation²⁷²⁵, l'efficience de la sécurité sociale²⁷²⁶ ou l'exécution du marché public. Dans ce

Élisabeth ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *P.A.* 23 janvier 2003 n° 17, p. 26.

²⁷²⁰ « L'application du droit n'est pas une fin en elle-même, telle que celle d'administrer la justice ; ce n'est qu'un moyen pour la fin et, partant, son importance est secondaire », Leo ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil (Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, op. cit., p. 47.* « La différence c'est, d'après la formule de Stahl, que pour les juridictions le droit est une fin en elle-même, alors que pour l'administration ce n'est qu'une limitation de son activité », Leopoldo UPRIMI, « La ambigüedad e inconveniencia de los términos « jurisdicción », « función jurisdiccional » y « rama jurisdiccional del poder público » en torno de una reforma constitucional propuesta por la comisión Echandía », *loc. cit., p. 410.*

²⁷²¹ « Il est donc tout naturel de confier aux organes administratifs le soin de remplir une fonction judiciaire, dans la mesure où celle-ci est organiquement liée à la fonction administrative spécifique », Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État, op. cit., p. 326.* « (...) l'exécution de la loi pour les récalcitrants, c'est pour le juge une fin, c'est son but dernier et unique. Ce que l'administrateur se propose, c'est de faire marcher les services publics et la fin dernière du juge n'est jamais la sienne », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 1^{er} article, *loc. cit., p. 237.*

²⁷²² « (...) l'État exerce une activité administrative lorsqu'elle poursuit ses intérêts, dans les limites du droit (...) En revanche, l'État exerce une activité juridictionnelle, lorsqu'il intervient pour satisfaire des intérêts dont le titulaire ne peut se servir en raison du manque de certitude ou de la contestation portant sur la norme qui les reconnaît », Ugo ROCCO, *Tratado de Derecho procesal civil (Trattato di diritto procesuale civile), t. I, trad. Santiago SENTIS-MELENDI et Marino AYERRA-REDIN, éd. Temis – Bogota, éd. Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 80.* « Toutes les fois qu'un homme prononce, avec l'autorité de la puissance publique, sur une question de droit violé, et que sa décision ou sa compétence ne s'explique par aucune des nécessités ni même par aucun des buts de la fonction administrative (...) cet homme prononce ou est appelé à prononcer en qualité de juge », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit., p. 503.*

²⁷²³ « Dans les institutions administratives, la répression n'est pas une action isolée, mais le complément d'autres missions ; son but est d'ailleurs d'assurer la réalisation de ces missions diverses », Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée, op. cit., p. 317.*

²⁷²⁴ « (...) parce que c'est elle, et non le juge, qui dirige l'accomplissement de la mission administrative et à qui il incombe donc de veiller au maintien de la discipline indispensable pour permettre cet accomplissement dans les conditions meilleures », Jacques MOURGEON, *La répression administrative, op. cit., p. 444.*

²⁷²⁵ La sanction s'intègre à la régulation en faisant partie de celle-ci. Or, il est des auteurs qui considèrent que la sanction ne fait pas partie de la régulation : « Or, pour la plupart de ces autorités, la mission principale consiste à réguler un marché, et non à infliger des sanctions », Claude Lucas de LEYSSAC, « Les autorités de régulation. Entretien avec Yves Gaudemet, Michel Guénaire et Claude Lucas de Leyssac », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai 2008, entretien 3.

contexte, l'autorité administrative utilise d'abord des mécanismes comminatoires et lorsqu'elle décide de sanctionner son cocontractant, les différentes mesures visent, d'abord, à forcer l'exécution ; mais, le cas échéant, les sanctions cherchent d'ailleurs à permettre à l'administration de confier la continuation de l'exécution du marché à une autre personne²⁷²⁷.

Ce caractère accessoire détermine que la portée de l'activité contentieuse de l'administration ne soit pas figée, mais, au contraire, qu'elle accompagne les mutations des autorités administratives qui s'opèrent en raison des changements de leurs fonctions et plus largement, des changements des fonctions de l'État dans la société²⁷²⁸.

2. L'activité contentieuse de l'administration ne consiste pas à juger l'administration

Les autorités administratives disposent de la fonction contentieuse en tant qu'instrument de l'action administrative, ce qui leur permet de décider par elles-mêmes les contestations que soulève son action. Cela se concrétise, notamment, par l'inexistence de la question préjudicielle dans la fonction administrative. Ce principe détermine que, dans l'exercice de leurs fonctions, les autorités administratives disposent de la compétence suffisante pour décider les contestations liées à leur action, sans avoir à surseoir à statuer afin de faire recours au renvoi juridictionnel²⁷²⁹, à peine d'encourir dans une incompétence négative²⁷³⁰. Ainsi, par exemple, le ministre français des Anciens Combattants devra trancher, lui-même sur les désaccords qui se présentent, afin de procéder au rapatriement

²⁷²⁶ Par exemple « *pour l'accomplissement de son objectif* » la Surintendance colombienne de la santé dispose de pouvoirs de sanction envers des entreprises publiques ou privées soumises à sa surveillance et envers des personnes qui travaillent pour elles (art. 3 n° 19 du décret 2165 de 1992). Les objectifs de la Surintendance de la santé sont précisés à art. 3 du décret 1259 de 1994, notamment l'efficience dans les services de la sécurité sociale (n° 2, art. 3).

²⁷²⁷ La résiliation unilatérale du contrat (caducité) est la sanction la plus grave dont disposent les autorités administratives colombiennes. Celle-ci signifie la déchéance du marché. Le statut des contrats administratifs dispose que la sanction résolutoire sera déclarée « (...) *lorsque l'autorité administrative constate des faits constitutifs d'inexécution des obligations à la charge du cocontractant et dont est affectée de manière grave et directe l'exécution du contrat, pouvant provoquer la cessation de l'exécution (...)* », art. 18 de la loi n° 80 de 1993. Cette prérogative est prévue « *pour l'accomplissement des fins de la commande publique* », art. 14 de la loi n° 80 de 1993. Cette prérogative équivaut, en droit français, à la sanction résolutoire ou résolution unilatérale aux torts du co-contractant qui existe même sans prévision contractuelle expresse : C.E.f. 30 sept. 1983, *S.A.R.L. Comexp, Rec.*, p. 393 et qui s'exerce en cas de faute grave : C.E.f. 21 janv. 1944, *Société d'entreprises et de construction en béton armé, Rec.*, p. 23. « *La gravité s'apprécie par rapport aux conséquences pour le service public et par rapport au caractère essentiel de l'obligation enfreinte* », Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 6^e éd., L.G.D.J. Paris, 2008, p. 258.

²⁷²⁸ « *L'exercice d'un pouvoir de sanction par des organes administratifs n'est qu'une composante de cet interventionnisme grandissant dans lequel il s'intègre ; en même temps, il sert ou peut servir de révélateur de celui-ci* », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, thèse dac., Caen, 1973, p. 471.

²⁷²⁹ Considérant que « (...) *le Conseil national de l'Ordre des médecins (...)* statue en qualité d'autorité administrative ; que, par suite (...) *il ne peut pas légalement se soustraire à l'obligation qui lui incombe de se prononcer sur la recevabilité et le bien-fondé des réclamations qui lui sont présentées en décidant de surseoir à leur examen jusqu'à l'issue d'une instance judiciaire à engager par l'intéressé (...)* », C.E.f. 9 fév. 1966, *Sieur Augereau*, req. 63558, D.A. 1966, n° 106, p. 22.

²⁷³⁰ Les commissions départementales de remembrement rural encourent en incompétence négative si elles sursoient à statuer lorsqu'il existe des contestations sur l'une des parcelles : C.E.f. 4 janv. 1960, *Min. Agriculture c. Simus, Rec.*, p. 900 ; C.E.f. 12 oct. 1960, *dame Travelly, R.D.P.* 1961, p. 383.

des corps des militaires morts pour la France²⁷³¹ ; le ministre des Finances devra décider avec les éléments à sa disposition, sur le droit de pension d'une veuve en raison d'une possible bigamie pouvant entacher d'irrégularité le mariage qui lui donnerait droit à la pension²⁷³².

La plénitude de la compétence des autorités administratives pour trancher elles-mêmes des contentieux que la juridiction administrative au contraire aurait fait arrêter afin d'atteindre la décision d'une juridiction judiciaire, n'était pas sans critiques pour le professeur Marcel WALINE, pour qui si la juridiction administrative ne pouvait pas décider, à plus forte raison l'autorité administrative non plus²⁷³³. Cette plénitude de compétence contentieuse de l'autorité administrative la place parfois dans une situation de performance supérieure à celle d'une juridiction qui devra, en principe²⁷³⁴, s'arrêter lorsque la question qui se présente ne relève pas de sa compétence²⁷³⁵.

Le caractère accessoire de l'activité contentieuse de l'administration signifie que celle-ci est la continuation logique de l'action administrative. Dès lors, il est considéré comme logique l'impossibilité de faire renvoi aux juridictions, car la résolution de contentieux est, dans ces cas, « *l'objet propre de la fonction administrative* »²⁷³⁶. De prime abord, il s'agirait de confirmer l'explication donnée *a posteriori* à la juridiction administrative française d'après laquelle : juger l'administration c'est encore administrer²⁷³⁷. Or, le caractère accessoire de l'activité contentieuse de l'administration n'équivaut pas à affirmer que la fonction qu'exerce la juridiction administrative consiste à administrer et non pas à juger :

²⁷³¹ « *La circonstance qu'en cas de désaccord entre les demandeurs le différend ainsi intervenu ait donné lieu ou soit susceptible de donner lieu à une instance devant les tribunaux judiciaires ne peut exonérer le ministre des Anciens Combattants de l'obligation qui lui incombe de se prononcer sur les demandes dont il est saisi et ne saurait avoir pour effet de l'autoriser à surseoir à statuer sur lesdites demandes* », C.E.f. 4 oct. 1961, Pozniakoff, A.J.D.A. 1962, p. 190.

²⁷³² C.E.f. 9 oct. 1964, *Min des Finances c. Vve Martzolf, Rec.*, p. 458.

²⁷³³ « *Nous ne pensons pas que ce qui doit arrêter une juridiction administrative ne doit pas arrêter, à plus forte raison, un organe administratif. Lorsque des droits prétendus devant elle sont contestés, une autorité administrative doit ajourner sa décision jusqu'à ce que l'administré apporte la preuve de son droit, à moins qu'elle ne puisse statuer d'une façon qui ne préjuge pas les droits des tiers* », Marcel WALINE, note sous C.E.f. 16 déc. 1953, *époux Deltel, R.D.P.* 1956, p. 157.

²⁷³⁴ Il des cas où le juge est déclaré compétent pour interpréter lui-même des questions qui ne relèvent pas de sa matière. Tel est le cas du juge pénal qui pourra interpréter les actes administratifs dont la question de la légalité est requise afin de déterminer la responsabilité pénale : art. 111-5 Code pénal. En Colombie par exemple, la juridiction en matière du travail et de la sécurité sociale dispose de la compétence pour décider les conflits juridiques liés à la sécurité sociale indépendamment de la nature juridique des actes en question : art. 2, n° 4, loi 712 du 5 déc. 2001.

²⁷³⁵ C.E.f. 9 mars 1983, *Sarl Garage de Verdun, D.A.* 1984, n° 164. Dans l'affaire *Dentel*, le commissaire du gouvernement fait valoir l'inconvénient que provoquerait de reconnaître la nature juridictionnelle de la Commission de répartition des indemnités accordées par des États étrangers : Marcel WALINE, note sous C.E.f. 16 déc. 1953, *époux Deltel, R.D.P.* 1956, p. 156.

²⁷³⁶ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse, op. cit.*, p. 450.

²⁷³⁷ « *Mais si l'on ne doit voir qu'une branche de l'administration dans le contentieux administratif, il faut reconnaître que, pour exercer cette espèce de juridiction, il n'est pas nécessaire d'être revêtu du caractère de juge, qu'il suffit d'être administrateur* », Pierre-Paul-Nicolas HENRION de PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France, op. cit.*, p. 312. « *Juger, c'est statuer sur le droit violé à l'effet de lui assurer la protection qu'il réclame ; administrer, c'est pourvoir, au besoin, en tranchant les questions contentieuses, à l'organisation ou au fonctionnement des services publics* », Émile ARTUR, « *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions* », 5° article, *loc. cit.*, p. 503.

Juger c'est juger²⁷³⁸ indépendamment de la nature de la matière ou de la qualité des parties de l'instance juridictionnelle. Juger consiste à prendre des décisions ayant l'autorité de la chose jugée. Par conséquent, lorsque l'administration tranche des litiges, c'est-à-dire lorsqu'elle exerce son activité contentieuse, celle-ci ne juge pas. Affirmer que l'activité contentieuse exercée par l'administration est une fonction accessoire, matériellement liée à sa fonction principale, ne prétend ni expliquer la fonction exercée par la juridiction administrative ni affirmer que pour bien juger l'administration, il faut d'abord administrer. Il s'agit d'une explication issue d'un constat, et non d'une théorie engagée visant à exclure la compétence de la juridiction judiciaire à l'égard des actes administratifs. Juger c'est juger, alors que l'activité administrative implique, dans nombreux cas, l'exercice de la fonction contentieuse²⁷³⁹, ce qui est même reconnu par des auteurs non français qui ne prétendent nullement justifier théoriquement la juridiction administrative²⁷⁴⁰.

L'administration dispose de pouvoirs contentieux, car celle-ci est responsable d'atteindre des finalités d'intérêt général. À cette fin, la résolution des litiges est un mécanisme qui sert soit à enlever des obstacles à la réalisation de son activité, soit à exécuter les actes administratifs ou à mettre en place des décisions contentieuses qui contribuent aux objectifs de l'autorité administrative. Cela implique que l'attribution de ces fonctions relève d'une raison dans la quête de la réalisation des finalités de l'action administrative. Voici la raison d'être de l'activité contentieuse de l'administration, mais aussi sa condition de constitutionnalité.

B. La constitutionnalité de l'activité contentieuse de l'administration

À part les conditions de constitutionnalité des pouvoirs contentieux de l'administration relatives à la prévision de garanties processuelles pour les administrés et à l'existence des matières constitutionnellement réservées à des organes juridictionnels, notamment la privation de la liberté, la constitutionnalité de l'activité contentieuse de l'administration est liée à son caractère accessoire. Celui-ci sera déterminant dans l'examen de la justification des prérogatives de l'administration (1), et de la nécessité des sanctions (2).

1. La justification des prérogatives de l'administration

La méconnaissance de la séparation des pouvoirs est un argument usité tant à

²⁷³⁸ « (...) dit-on, en pareille matière, juger c'est encore administrer. Cette position a fait fortune et on l'a souvent répétée. Notre réponse est simple et pourra sembler naïve. En cette matière comme en toute autre, dirons-nous, juger c'est juger », Auguste VIVIEN, *Études administratives*, op. cit., p. 132.

²⁷³⁹ « Si l'administration ne saurait se laisser arrêter par de prétendues questions préjudicielles, c'est précisément, parce qu'elle ne juge pas, parce que son appréciation n'a pas la valeur de la chose jugée, n'est pas opposable aux intéressés », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 451.

²⁷⁴⁰ Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, op. cit., p. 326 ; Ugo Rocco, *Tratado de Derecho procesal civil (Trattato di diritto procesuale civile)*, t. I, op. cit., p. 80.

l'encontre de l'activité contentieuse de l'administration que, systématiquement, rejeté par le Conseil constitutionnel français et par la Cour constitutionnelle colombienne²⁷⁴¹. Dans tous les cas, le juge constitutionnel a cherché à examiner la justification des prérogatives contentieuses de l'administration par rapport à des principes ou des valeurs constitutionnelles. Cet exercice mené à terme par le juge constitutionnel n'a pas pour motivation la recherche d'une justification suffisante pour faire exception à la séparation des pouvoirs, puisque l'activité contentieuse de l'administration n'en est pas une. Au contraire, l'examen entamé par le juge constitutionnel à l'égard des prérogatives contentieuses de l'administration est le même qu'à l'égard de n'importe quel autre instrument de l'action administrative²⁷⁴².

En effet, dans les systèmes constitutionnels français et colombien, les pouvoirs dont dispose l'administration ne se justifient que dans la mesure où ceux-ci contribuent à la réalisation des tâches confiées à l'administration qui soient à leur tour compatibles avec la Constitution. Ainsi, la Cour constitutionnelle colombienne a examiné la constitutionnalité des recours administratifs préalables, suite à une procédure déclenchée par un citoyen qui considérait que ce « *privilege* » méconnaissait le principe constitutionnel d'égalité et le droit d'accès à la juridiction. Le système des recours administratifs a été déclaré conforme à la Constitution dans la mesure où ces mécanismes « *permettent de donner pleine efficacité aux principes, aux droits et aux devoirs prévus dans la Constitution* »²⁷⁴³. La Cour a considéré que les recours permettent aux autorités administratives de corriger leurs fautes en vue d'atteindre les fins de l'État. De surcroît, la Cour a considéré que les recours administratifs sont constitutionnels en tant qu'instrument de la procédure régulière en faveur des administrés²⁷⁴⁴. Cette argumentation rejoint clairement celle du Conseil d'État colombien pour qui la raison d'être des recours administratifs c'est la protection des administrés²⁷⁴⁵ en

²⁷⁴¹ L'argument de la méconnaissance de la séparation des pouvoirs a été présenté à plusieurs reprises et sans succès : C.c.f. Décision du CC du 17 janvier 1989, 248 DC, *Rec.* 18 ; C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* p. 71 ; C.c.f. Décision n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Rec.*, p. 14. Quant à la Cour constitutionnelle colombienne : Sentence C-592-92, 7 décembre 1992, M.R. Fabio MORON ; C.c.c. Sentence C-212-94 du 28 avril 1994, M.R. José HERNANDEZ ; C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE ; C.c.c. Sentence C-506-02 du 3 juillet 2002, M.R. Marco-G MONROY ; C.c.c. Sentence C-1121-05, 1^{er} novembre 2005, M.R. Humberto SIERRA.

²⁷⁴² Par exemple, les prérogatives de l'administration en matière des marchés publics sont constitutionnelles dans la mesure où celles-ci sont proportionnelles aux fins constitutionnelles de l'action administrative : « (...) *la légitimité d'une prérogative du pouvoir dépend du fait que celle-ci soit un instrument pour l'exécution ou la satisfaction de l'une des finalités que la Constitution a attribuée à l'État* », C.c.c. Sentence C-539 de 1999, 28 juillet 1999, M.R. Eduardo CIFUENTES. Dans le même sens C.c.c. Sentence C-1514-00, 8 nov. 2000, M.R. Martha SACHICA.

²⁷⁴³ C.C.c. Sentence C-319-02, du 2 mai 2002, M.R. Alfredo BELTRAN.

²⁷⁴⁴ « *En effet, le parcours de la voie gouvernementale en tant que condition préalable d'accès à la juridiction permet que la personne affectée par une décision qu'il considère comme méconnaissant ses droits, puisse faire recours à l'autorité qui a pris la décision pour que celle-ci puisse examiner ses propres actes afin de pouvoir, le cas échéant, modifier, clarifier et même retirer la décision initiale. Cela permet que l'autorité corrige ses propres fautes et fasse rétablir les droits des affectés. Ainsi, l'autorité administrative peut coordonner son activité afin de servir à la société et d'assurer la vie pacifique en société et l'existence d'un ordre social juste (art. 2 Const.) Dès lors, cette condition préalable constitue une garantie de plus de la procédure régulière du droit en faveur de l'administré* », C.C.c. Sentence C-319-02, du 2 mai 2002, M.R. Alfredo BELTRAN.

²⁷⁴⁵ La voie gouvernementale est prévue pour « *garantir le droit de la défense et la contradiction des possibles affectés par les décisions administratives* », C.E.c Section 4, Sentence du 19 nov. 1998, affaire n° 8498. Dans le même sens : C.E.c Section 4, Sentence du 10 fév. 2005, affaire n° 14054.

tant que mécanisme mis à leur disposition aux fins de l'exercice du droit de défense²⁷⁴⁶. Dès lors, pour le Conseil d'État les recours administratifs sont un droit des administrés et « *ce n'est pas une grâce de l'administration en faveur du particulier* »²⁷⁴⁷.

En faisant abstraction du caractère formellement juridictionnel de certaines fonctions contentieuses de l'administration colombienne, le caractère accessoire des fonctions contentieuses est aussi source de la Constitutionnalité de la compétence. Ainsi, la Cour constitutionnelle considère que les différentes fonctions de la Surintendance des sociétés visent le même objet : « *la protection des entreprises et des valeurs qui en dépendent* »²⁷⁴⁸ et qui sont à leur tour, entièrement compatibles avec les articles 333 et 334 de la Constitution²⁷⁴⁹.

2. La nécessité des sanctions

Dans une démocratie comme la France et la Colombie, les limitations des libertés doivent être entièrement justifiées par rapport à des raisons constitutionnelles. Tel est le fondement idéologique du principe de la nécessité des peines reconnu par les articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁷⁵⁰. Cela apporte des contraintes au législateur pour la prévision de sanctions de nature pénale ou administrative, puisqu'il ne devra faire recours à ces mesures que dans la mesure où cela est nécessaire pour la réalisation des intérêts constitutionnels. En droit colombien, la peine doit répondre particulièrement à l'intérêt constitutionnel de la vie pacifique et de l'existence d'un ordre juste dans la société²⁷⁵¹.

Néanmoins, tant le juge constitutionnel français que le colombien reconnaissent que l'appréciation de la nécessité de la sanction revient avant tout au législateur auquel il ne pourra pas se substituer²⁷⁵². Or, face à des disproportions manifestes, le juge

²⁷⁴⁶ « (...) *l'exigence de la voie gouvernementale est un instrument en faveur de l'administré dans la mesure où celle-ci élargit les mécanismes pour exercer sa défense pendant la phase administrative et la phase judiciaire* », C.E.c Section 1^{re}, Sentence du 11 oct. 2006, affaire n°. 3697.

²⁷⁴⁷ C.c.c. Sentence T-294-97, 17 juin 1997, M.R. José HERNANDEZ.

²⁷⁴⁸ C.c.c. Sentence C-1143-00, 30 août 2000, M.R. Carlos GAVIRIA.

²⁷⁴⁹ L'art. 333 de la Constitution consacre le modèle économique de l'État colombien, déterminé par la libre initiative économique privée et, notamment, par la protection des entreprises. À son tour l'article 334 fixe les principes de l'intervention dans l'économie.

²⁷⁵⁰ « *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société (...)* », art. 5. « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires (...)* », art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

²⁷⁵¹ « (...) *pour que la peine soit légitime dans un État démocratique, il ne suffit pas que celle-ci soit définie par la loi ; la peine doit par ailleurs être juste, ce qui revient à dire que dans aucune circonstance l'État ne peut ordonner des peines disproportionnées, inutiles ou sans nécessité. En droit colombien, cela trouve assise dans l'article 2 de la Constitution qui attribue à l'État la finalité notamment d'assurer « la vie pacifique et l'existence d'un ordre juste dans la société » (...)* », C.c.c. Sentencia C-647-01, 20 juin 2001, M.R. Alfredo BELTRAN.

²⁷⁵² Le Conseil constitutionnel ne peut pas se « *substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789* », C.c.f. Décision n° 80-127 DC, 19-20 janvier 1981, Rec., p. 15. Pour la Cour constitutionnelle, « (...) *l'appréciation des mesures de protection des biens juridiques relève de la liberté de configuration des normes dont jouit le législateur (...)* », C.c.c. Sentencia C-489/02, 26 juin 2002, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

constitutionnel se permet de censurer des mesures punitives qui méconnaissent la nécessité des peines, pour le droit français, ou le principe de *l'ultima ratio* de la sanction, pour le droit colombien²⁷⁵³. L'application de ces principes apporte des différences en droit français et en droit colombien :

Pour le droit français, le principe de la nécessité des peines s'applique indistinctement aux sanctions pénales et aux sanctions administratives²⁷⁵⁴. Cela a permis au Conseil constitutionnel de déclarer comme « *manifestement disproportionnée* » et dès lors, anticonstitutionnelle, une sanction pour divulgation illégale du montant des revenus d'une personne, consistant à une amende fiscale égale au montant des revenus divulgués²⁷⁵⁵. De même, le Conseil constitutionnel a déterminé qu'il était possible de cumuler des sanctions pénales et administratives à la condition qu'« *en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* »²⁷⁵⁶. De plus, le Conseil constitutionnel effectue aussi un contrôle de la nécessité de la sanction administrative au-delà de sa proportionnalité. Ainsi, il a considéré que le pouvoir de sanction d'une autorité administrative est constitutionnel dans la mesure où celle-ci ne pourra l'exercer que « *dans la limite nécessaire à accomplissement de la mission* »²⁷⁵⁷ qui lui est confiée²⁷⁵⁸. Bien qu'il soit possible de percevoir ici la consécration du caractère exceptionnel de la répression administrative²⁷⁵⁹, en réalité le Conseil constitutionnel ne valide, *stricto sensu*, que le caractère accessoire des pouvoirs de répression administrative. C'est-à-dire que le Conseil constitutionnel déclare la constitutionnalité du pouvoir de sanction dans la mesure où celui-ci est un instrument pour la réalisation des missions qui sont confiées à l'autorité administrative. *A contrario* le pouvoir de sanction qui n'a pas de rapport direct avec les missions de l'autorité administrative qu'exerce ce pouvoir serait contraire à la Constitution et il devrait être confié à une autorité juridictionnelle. Le caractère accessoire ou instrumental de la sanction administrative ne pourra pas, nonobstant, justifier la constitutionnalité de ce pouvoir, lorsqu'il s'agit d'une matière réservée aux juridictions²⁷⁶⁰.

²⁷⁵³ C.c.c. Sentence C-575-09, 26 août 2009, M.R. Humberto SIERRA.

²⁷⁵⁴ « *Considérant que le principe ainsi énoncé ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* », C.c.f. Décision n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, § 15, *Rec.*, p. 63.

²⁷⁵⁵ C.c.f. Décision n° 87-237 DC, 30 décembre 1987, § 16, *Rec.*, p. 63.

²⁷⁵⁶ C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, § 22, *Rec.*, p. 71.

²⁷⁵⁷ C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec* p. 18.

²⁷⁵⁸ « *Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis* », C.c.f. Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, § 14, *Rec.*, p. 107.

²⁷⁵⁹ « *Malgré la forme très elliptique de son raisonnement, nous pensons qu'il entend exprimer sa défiance envers l'ensemble de la répression extrapénale. Si le besoin se présente dans l'avenir, le juge constitutionnel, sans contredire sa position actuelle, interviendra en évoquant expressément l'idée de l'exceptionnalité de la répression administrative, pour préserver le domaine pénal* », Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, *op. cit.*, p. 73.

²⁷⁶⁰ « (...) *que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier*

Le juge colombien fait une application différente de la nécessité des peines à l'égard de la répression administrative. Bien que la Cour constitutionnelle examine les pouvoirs de sanction administrative par rapport à son lien avec les missions administratives qui sont conformes à la Constitution²⁷⁶¹, le principe de l'*ultima ratio* de la sanction pénale détermine que, quand la sanction administrative est possible, celle-ci sera préférée à la sanction pénale. Pour la Cour constitutionnelle « (...) *il ne faut faire recours au droit pénal, en raison de ses effets limitatifs des libertés individuelles, que lorsqu'il n'existe pas un autre moyen de protection des biens juridiques qui soit moins agressif. Dès lors, la criminalisation d'un comportement n'est possible que comme l'ultima ratio* »²⁷⁶². C'est précisément la sanction administrative, ce mécanisme de protection des biens juridiques, qui est préféré comme moins sévère que la répression pénale²⁷⁶³.

L'activité contentieuse de l'administration n'est pas seulement une fonction accessoire, mais plus largement, il s'agit d'une fonction ordinaire de l'administration. Celle-ci dispose des moyens et de la performance nécessaire pour exercer la fonction contentieuse. Pour l'administration, la résolution des litiges n'est pas une fonction exceptionnelle ou transitoire, mais un instrument nécessairement lié à l'effectivité de son action²⁷⁶⁴ et c'est précisément ce caractère instrumentaire qui justifie la constitutionnalité des pouvoirs contentieux de l'administration. Cette fonction ordinairement exercée par l'administration, c'est aussi une fonction administrative.

Sous-section 2. Une fonction administrative

Constater que l'activité contentieuse est exercée par l'administration ne prouve pas, par elle-même, qu'il ne s'agit pas d'une anomalie courante. Cela ne démontre pas non plus qu'il s'agit d'une fonction administrative. La résolution des litiges pourrait être une fonction non administrative exercée, nonobstant, par l'administration. Pour répondre à ces

de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins (...) », C.c.f. Décision 2009-580 DC, 10 juin 2009, §16, *Rec.*, p. 107.

²⁷⁶¹ Le pouvoir de sanction de la Surintendance nationale de la santé se justifie en raison des fins générales de la surveillance et du contrôle de cette autorité et qui sont conformes à la Constitution : C.c.c. Sentence C-921-01, 29 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO.

²⁷⁶² C.c.c. Sentencia C-489/02, 26 juin 2002, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

²⁷⁶³ « Grâce à ce critère du contrôle, la Cour constitutionnelle a pu déclarer l'inconstitutionnalité des normes pénalisant disproportionnellement des comportements. La Cour a considéré qu'il n'était pas nécessaire que l'État fasse recours au système pénal afin de sanctionner des comportements qui pouvaient être punis plus efficacement par le pouvoir de sanction de l'administration », C.c.c. Sentence C-575-09, 26 août 2009, M.R. Humberto SIERRA.

²⁷⁶⁴ « L'administration dispose d'un pouvoir d'action d'office : le principe est qu'elle peut imposer ses décisions à ses cocontractants et en assurer l'exécution forcée », Conclusions CHARDEAU sur C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine, Rec.*, p. 338, A.J. 1956, II, p. 313.

questions, il est possible de démontrer que l'activité contentieuse de l'administration est une fonction compatible avec le droit administratif (§ 1) et qu'une redéfinition de la fonction administrative (§ 2) s'impose.

§ 1. Une fonction compatible avec le droit administratif

De prime abord, l'activité contentieuse de l'administration contrarie les bases mêmes du droit administratif qui serait fondé sur deux idées complémentaires : que le propre à l'administration soit la gestion de l'intérêt général, notamment par des prestations matérielles telles que les services publics et que le propre à la juridiction par rapport à la juridiction soit la résolution du contentieux qui génère la gestion administrative. L'activité contentieuse démontre que ces idées sont inexactes : lorsque les autorités administratives exercent la fonction contentieuse, celles-ci respectent la séparation entre la juridiction et l'administration (A). En conséquence, la reconnaissance pleine de l'activité contentieuse de l'administration implique des adaptations dans le langage administratif (B).

A. La séparation entre la juridiction et l'administration

La séparation entre la juridiction et l'administration ne se fonde pas, en droit français et colombien, sur la théorie de la séparation des pouvoirs. Sans tenir compte de la discussion sur l'existence du pouvoir juridictionnel et sur sa séparation avec un certain pouvoir exécutif, il s'agit d'un principe qui se construit sur des éléments propres du régime juridique touchant l'administration et la juridiction. La séparation entre la juridiction et l'administration se concrétise par l'existence de compétences différentes (1), ainsi que par l'indépendance réciproque (2) des organes juridictionnels et administratifs.

1. Des compétences différentes

La séparation entre la juridiction et l'administration n'est pas un principe expressément reconnu ni en France ni en Colombie. En France, l'administration est l'objet d'une double séparation : des autorités judiciaires et de la juridiction administrative. La séparation des autorités administratives et judiciaires a ses origines au Moyen Âge. Celle-ci est le fruit de décisions politiques visant à interdire aux juridictions communes la connaissance des affaires touchant l'administration. Confirmée à plusieurs reprises, cette séparation est regardée comme la source historique de la naissance de la juridiction administrative française. Face à cette première séparation, l'activité contentieuse de l'administration est une réalité neutre puisque la séparation des autorités administratives et judiciaires ne détermine pas une attribution particulière du contentieux administratif à la

condition de ne pas l'attribuer aux autorités judiciaires²⁷⁶⁵.

La seconde séparation se met en place entre la juridiction administrative et l'administration active. À la différence de la séparation des autorités administratives et judiciaires, cette séparation n'a pas un texte précis pouvant la fonder ; mais, elle est née des particularismes du système français qui déterminent que la juridiction administrative fasse partie de l'administration. Ce principe de source doctrinale vise à régler les rapports entre l'administration et la juridiction administrative, à l'image de rapports établis avec la juridiction judiciaire²⁷⁶⁶.

Or, la séparation de l'administration à l'égard de la juridiction spécialement chargée de contrôler ses actes n'est pas un principe spécifique au cas français, car il vise à garantir la mise en place d'un contrôle juridictionnel indépendant de l'influence des autorités administratives. Dès lors, cela concerne aussi la séparation de l'administration colombienne avec la juridiction du contentieux administratif qui n'appartient pas, pourtant, à l'administration, mais à la branche juridictionnelle du pouvoir.

La séparation entre la juridiction et l'administration est possible dans la mesure où chacune exerce des fonctions différentes. Cela ne consiste pas à affirmer que l'administration agit alors que la juridiction contrôle l'action, ou que le contentieux est la fonction exclusive des juridictions. Nonobstant l'activité contentieuse de l'administration, la juridiction exerce une fonction différente et exclusive, consistant à décider en dernier ressort le contentieux administratif²⁷⁶⁷. En d'autres termes, l'administration n'exerce pas la même fonction que la juridiction dans la mesure où les décisions contentieuses prises par les autorités administratives seront dépourvues des effets de la chose jugée. De surcroît, dans certains cas, la première décision à l'égard du contentieux appartient de plein droit à l'administration²⁷⁶⁸ et la juridiction ne pourrait s'y substituer²⁷⁶⁹.

²⁷⁶⁵ Cela est tellement vrai qu'avant d'attribuer le contentieux administratif aux autorités administratives, deux projets de création d'un tribunal administratif suprême ont été présentés devant la Constituante : le premier a été déposé par le représentant THOURET, le 22 décembre 1789 : *Archives Parlementaires* 1 série, t. 10 p. 725. Un deuxième projet a été présenté le 5 juillet 1790. Lors du colloque organisé par le Centre des recherches en droit administratif (C.R.D.A.) de l'Université Panthéon Assas sur *La Constitution administrative de la France*, les 28-29-30 sept. 2011, il a été proposé de *constitutionnaliser* le mythe : « *La République garantissant à tous le droit de se faire rendre justice, les interdictions faites aux juridictions de l'ordre judiciaire (...) impliquent l'organisation d'une juridiction administrative* », *Constitution administrative de la France*, imprimé distribué, titre I, art. 1, al. 4, p. 1. Lors de la présentation du projet d'article, le professeur Benoît PLESSIX a affirmé qu'« *Il faut constitutionnaliser des mythes* », conclusion à laquelle il est arrivé « *après de longues hésitations* », c'est qui n'est pas compréhensible dans la mesure où la *constitutionnalisation* des mythes n'était pas nécessaire.

²⁷⁶⁶ « (...) est un principe logique, de formulation essentiellement doctrinale, visant à imposer à la juridiction administration et à l'administration active, des rapports analogues à ceux qui existent entre la juridiction judiciaire et l'administration active », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., Paris, 1970, p. 18.

²⁷⁶⁷ « (...) conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle (...) », C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 15, Rec. p. 7.

²⁷⁶⁸ C.E.f. 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p. 9, note HAURIOU.

Ainsi, au-delà de la protection processuelle renforcée qui est censée offrir la juridiction aux administrés²⁷⁷⁰, lorsque la constitutionnalité des pouvoirs contentieux de l'administration est conditionnée à l'existence d'un contrôle juridictionnel ultérieur²⁷⁷¹, c'est la séparation des fonctions de la juridiction et l'administration qui est en jeu²⁷⁷². Pour cela, le contrôle juridictionnel ultérieur doit être efficace, pouvant notamment ordonner le sursis à exécution des décisions administratives²⁷⁷³. Il est nécessaire de conclure que la juridiction exerce une fonction propre à l'égard de l'administration consistant à contrôler les actes de l'administration²⁷⁷⁴, qu'ils soient contentieux ou non contentieux. La séparation entre la juridiction et l'administration est mise en place par une différence fonctionnelle propre à garantir le principe de l'État de droit.

2. L'indépendance réciproque

L'indépendance des juridictions, c'est la donnée principale de la séparation entre la

²⁷⁶⁹ « (...) que, s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion du service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du marché, il en va autrement quand l'administration ne peut user des moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle », C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine, Rec.*, p. 338, concl. CHARDEAU ; A.J. 1956, II, p. 312, concl. CHARDEAU et p. 398 chron. FOURNIER et BRAIBANT ; R.D.P. 1957, p. 296, note WALINE. Cela veut dire que « le pouvoir d'injonction, assorti d'astreinte, du juge administratif s'arrête aux limites du pouvoir de l'administration elle-même. Lorsqu'elle dispose des moyens juridiques lui permettant de faire exécuter les obligations d'une personne privée, elle ne peut renoncer à les utiliser et à demander au juge de prendre à sa place les mesures nécessaires », Marceau LONG, Prosper WEIL et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e éd., op. cit., p. 622.

²⁷⁷⁰ La jurisprudence de la C.E.D.H. autorise l'intervention des organes non administratifs dans des phases préalables, dans la mesure où leurs décisions feront l'objet d'un contrôle juridictionnel de pleine juridiction, exercé devant un tribunal qui respecte pleinement les garanties du procès équitable : C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43 ; C.E.D.H. 21 fév. 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, Série A, n° 73. Cf. Catherine MAMONTOFF, « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », R.F.D.A. 1999, p. 1004 ; Romain TINIERE, « La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », R.F.D.A. 2009 p. 729.

²⁷⁷¹ Aux États-Unis, les fonctions contentieuses de l'administration sont constitutionnelles dans la mesure où il est prévu un *judicial review* ultérieur : « Le pouvoir de révision des Cours préserve l'essence de ce qui est disposé par l'article III de la Constitution », Bernard SCHWARTZ, *Administrative Law*, Little Brown and company, Toronto, 1976, p. 63.

²⁷⁷² C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 6 et 22, *Rec.*, p. 8 ; C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, § 31, *Rec.*, p. 18 ; C.c.c., Sentence C-921-01, 29 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO.

²⁷⁷³ La décision du 23 janvier 1987 conditionne la constitutionnalité à la possibilité de demander un sursis à exécution de la décision prononcée par le Conseil de la concurrence, compte tenu notamment « de la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence, (...) et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer (...) », C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 22, *Rec.*, p. 8.

²⁷⁷⁴ Hormis le cas des actes qui sont exclus du contrôle et dont la catégorie se resserre de plus en plus, notamment par le contrôle juridictionnel des actes jadis considérés comme des mesures d'ordre intérieur et dont la gravité exige un contrôle juridictionnel : C.E.f. 17 janv. 1995, *Hardouin et Marie, Rec.*, p. 82, concl. FRYDMAN. Par exemple, la mise en isolement d'un détenu est un acte faisant grief : C.E.f. 30 juillet 2003, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Saïd R.*, n° 252712. Concernant le cas colombien, le décret n° 01 du 2 janvier 1984 prévoyait que les actes politiques ou de gouvernement pouvaient être contrôlés ; mais, seulement pour des raisons formelles. Or, l'art. 12 du décret n° 2304 du 7 octobre 1989 a effacé la limitation au contrôle formel pouvant, dès lors, être l'objet d'un contrôle du fond et de forme.

juridiction et l'administration²⁷⁷⁵. Cette séparation est complétée par l'indépendance de l'administration à l'égard de la juridiction²⁷⁷⁶.

Tant la juridiction administrative française que la juridiction colombienne du contentieux administratif sont indépendantes à l'égard de l'administration. Celles-ci exercent une fonction efficace dans la sanction de l'arbitraire administratif²⁷⁷⁷. Cela constitue une condition fondamentale de l'État de droit²⁷⁷⁸. L'indépendance de la juridiction administrative française repose sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République ayant source dans l'acte de délégation de la juridiction administrative – loi du 24 mai 1872²⁷⁷⁹. Par cette loi, la juridiction administrative brise le lien principal avec l'administration active qui pouvait formellement²⁷⁸⁰, par la décision du chef de l'État, approuver ou imputer les décisions prises par la juridiction en matière contentieuse. « *Au lendemain de la loi de 1872, on a été très porté à croire que toute la justice administrative était déléguée, qu'il ne subsistait plus du tout de justice retenue* »²⁷⁸¹; mais, la survie des cas de justice retenue ne porte pas atteinte à l'indépendance de la juridiction administrative. L'indépendance de la juridiction administrative française est aujourd'hui expliquée au même titre que l'indépendance de la juridiction judiciaire²⁷⁸². En ce qui concerne la juridiction colombienne du contentieux administratif, son indépendance à l'égard de l'administration est plus évidente puisque celle-ci n'est pas née au sein de l'administration²⁷⁸³, qu'elle relève de la branche juridictionnelle du pouvoir prévue dans la

²⁷⁷⁵ En France, l'indépendance de l'autorité judiciaire est confiée à la garde du Président de la République : art. 64 Const.f. Les décisions des juridictions colombiennes sont « *indépendantes* » (art. 228 Const.c.) puisque les juges ne sont « *soumis qu'à l'imperium de la loi* » (art. 230 Const.c.).

²⁷⁷⁶ « *Le principe de séparation se décompose donc en deux principes distincts (...) Si on l'oppose à l'administration active, il signifie « indépendance de la juridiction administrative » ; si on l'oppose à la juridiction administrative, il signifie « indépendance de l'administration active »*, Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 18.

²⁷⁷⁷ « *S'il n'a pas de fondement textuel, le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active ne peut être qu'un principe logique (...) Car, si le juge administratif n'est pas indépendant de l'administration, l'administration se juge elle-même et c'est le règne de l'arbitraire* », *ibidem*, p. 17.

²⁷⁷⁸ Jacques CAILLOSSE, *Introduire au droit*, op. cit., p. 84 ; Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, op. cit., p. 69.

²⁷⁷⁹ Cela a été reconnu par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 80-119 DC, du 22 juillet 1980, *Rec.*, p.

46.

²⁷⁸⁰ « *Aucune décision du Conseil d'État ne fut jamais altérée, toutes reçurent la sanction. On prétend seulement qu'en une ou deux occasions, cette sanction ne fut donnée qu'après un long retard et avec hésitation* », Auguste VIVIEN, *Études administratives*, 3^e éd., t. I, Guillaumin, Paris, 1859, réimpression Cujas, Paris, 1974, p. 159. En revanche, JACQUELIN affirme que dans certains cas, le projet a été rejeté « (...) le chef du pouvoir exécutif ne refusait jamais pour ainsi dire son approbation aux décisions rendues par cette juridiction ; à peine peut-on citer trois ou quatre cas, anciens du reste, où il en fut autrement », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1899, p. 184.

²⁷⁸¹ Maurice HAURIUO, cité par René LOTH, *L'autorité de la chose jugée en matière administrative*, thèse, éd. Camille Robbe, Lille, 1911, p. 50.

²⁷⁸² L'impartialité et l'indépendance des juridictions sont un principe constitutionnel découlant de l'art. 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : C.c.f. Décision n° 2006-545 DC, 28 décembre 2006, § 24, *Rec.*, p. 138. Auparavant, la jurisprudence fondait différemment l'indépendance : art. 64 de la Const.f. pour la juridiction judiciaire, et un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour la juridiction administrative : C.c.f. Décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, § 6, *Rec.*, p. 46.

²⁷⁸³ Pour le cas français, en revanche, « (...) *s'agissant d'une justice qui trouve son origine au sein de l'administration active, la question de son indépendance mérite bien d'être posée* », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 79.

Constitution et dont l'indépendance est constitutionnellement protégée²⁷⁸⁴.

L'activité contentieuse de l'administration ne constitue nullement une atteinte à l'indépendance de la juridiction puisque cette fonction ne l'autorise pas à entraver l'exercice de la fonction juridictionnelle²⁷⁸⁵. Certes, on pourrait considérer que l'exercice des fonctions contentieuses est une manière de s'attaquer à l'indépendance de la juridiction à travers le dépouillement de sa fonction propre. Mais, la résolution des litiges de la part des juridictions ne constitue pas « *le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement (...)* »²⁷⁸⁶ étant, au contraire, la décision pourvue des effets de la chose jugée. La fonction contentieuse n'est que l'une des fonctions exercées par l'administration qui feront l'objet d'un contrôle juridictionnel exercé de façon indépendante et définitive. Cette fonction ne porte pas atteinte pas à l'indépendance des juridictions dans la mesure où celle-ci n'empêche pas l'accès au juge²⁷⁸⁷.

L'indépendance de l'administration à l'égard de la juridiction est plus difficile à saisir. Le contrôle qu'exerce la juridiction administrative ou la juridiction du contentieux administratif ne les transforme pas en supérieurs hiérarchiques des autorités administratives, alors même que l'annulation de l'acte aurait pu intervenir par la décision de l'autorité administrative supérieure²⁷⁸⁸. Juger c'est juger, et il est indifférent que l'objet du contrôle soit un acte administratif ou un acte privé.

L'indépendance de l'administration est garantie par le caractère dispositif de l'action en justice²⁷⁸⁹ : premièrement, la juridiction ne pourra pas s'autosaisir de la légalité des actes administratifs et celle-ci ne pourra enjoindre l'administration²⁷⁹⁰ qu'à la suite d'un

²⁷⁸⁴ L'art. 228 de la Const.c. reconnaît l'indépendance des décisions des organes juridictionnelles. Pour la Cour constitutionnelle, l'indépendance est une condition *sine qua non* de l'exercice des fonctions juridictionnelles : C.c.c. Sentence C-1641-00, 29 novembre 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

²⁷⁸⁵ « (...) l'indépendance signifie l'absence de tout lien entre le juge et les autres pouvoirs ou entre le juge et les parties », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 79.

²⁷⁸⁶ C.c.f. Décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, §6, *Rec.*, p. 46.

²⁷⁸⁷ Le Conseil d'État colombien a considéré que les recours administratifs ne sont pas des obstacles à l'accès à la juridiction, mais une forme spéciale d'accès à la justice « *Cela s'explique dans la mesure où la voie gouvernementale est une manifestation spéciale du droit fondamental d'accès à la justice et, par conséquent, c'est un développement particulier du droit à la procédure régulière du droit. Cela se traduit par le droit de l'administré de contester les décisions de l'administration et le devoir de l'administration de les examiner* », C.E.c. sec. I. sent. sep. 20 de 2007, affaire n° 12217-01.

²⁷⁸⁸ « *L'autorité qui sera appelée à contrôler la décision administrative fera à la fois office de juge, puisqu'elle tranchera un différend, et office d'administrateur supérieur, puisqu'elle redressera une erreur ou une illégalité de l'administration* », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 12.

²⁷⁸⁹ Le dispositif est un principe « (...) en vertu duquel le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé », Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., P.U.F., Paris, 2011, vox « dispositif », p. 353. Dans le contentieux administratif, la portée de ce principe est réduite, notamment en raison du caractère inquisitorial de l'instruction des affaires : C.E.f. 4 juillet 1962, *Paisnel*, *Rec.*, tables, p. 1077. Mais le juge administratif ne peut pas décider *ultra petita* : C.E.f. 27 juillet 2005, *Dép. Essonne*, n° 267499.

²⁷⁹⁰ L'impossibilité pour le juge administratif d'enjoindre l'administration était considérée comme la conséquence fondamentale de l'indépendance de l'administration qui ne pouvait que s'enjoindre à elle-même : « *Jusqu'en 1872, sous le régime de la justice retenue, le Conseil d'État n'avait pas hésité, malgré les progrès du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active dans la doctrine et dans le droit positif, à employer des formules d'injonction et de substitution très efficaces* », Jacques CHEVALIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *A.J.D.A.* 1972, p. 69.

procès juridictionnel²⁷⁹¹. Deuxièmement, hormis les moyens et conclusions que le juge peut soulever d'office, celui-ci ne pourra pas réaliser un contrôle intégral de la légalité des actes, au risque de faire acte d'administrateur et de nuire à l'indépendance de l'administration²⁷⁹². Troisièmement, la juridiction administrative française ne pourra être saisie que de la légalité des actes, donnant ainsi la possibilité à l'administration de prononcer une première décision sur l'affaire²⁷⁹³. Or, en droit colombien lorsqu'il est question de la responsabilité extracontractuelle de l'administration, l'administré pourra demander la « *réparation directe* » à la juridiction du contentieux administratif²⁷⁹⁴. Quoi qu'il en soit, l'indépendance de l'administration ne se voit pas diminuée par le contrôle juridictionnel : l'administration est indépendante dans l'exercice de ses compétences ; mais, cela ne l'autorise pas à méconnaître la juridicité. Dès lors, l'activité contentieuse de l'administration est une fonction soumise au contrôle juridictionnel.

La fonction contentieuse de l'administration est compatible avec la séparation entre la juridiction et l'administration à une double reprise : celle-ci ne constitue pas une intromission dans les fonctions de la juridiction, étant entendu que les décisions contentieuses de l'administration ne disposent pas des effets de chose jugée. De même, cela ne constitue pas une atteinte à l'indépendance réciproque de la juridiction et de l'administration, dans la mesure où l'activité contentieuse de l'administration ne sera l'objet que d'un contrôle juridictionnel suite à l'exercice des recours juridictionnels. L'activité contentieuse de l'administration étant entièrement compatible avec le droit administratif, une adaptation du langage du droit administratif est néanmoins nécessaire.

B. Le langage du droit administratif

« *Le droit est avant tout langage* »²⁷⁹⁵. Les expressions utilisées ont un contenu normatif puisqu'elles reflètent des réalités et entraînent des conséquences. Tel est le cas de l'adjectif « *active* » qui est couramment attribué à l'administration française et qui, malheureusement, commence parfois à être utilisé en droit colombien. Cela cherche à la

Dans le système de la justice retenue, « *il n'existe pas, il ne peut exister, de moyens de contraindre l'administration à s'exécuter ; il n'y a pas de contrainte contre qui en détient le monopole légal. Dès lors, l'injonction risquerait fort de demeurer tout aussi dénuée d'effets pratiques que l'annulation pure et simple : si l'administration refuse d'en tenir compte, qui l'y obligera ?* », Jean RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *loc. cit.*, p. 575. Or, la loi du 8 fév. 1995 a franchi l'obstacle en reconnaissant à la juridiction administrative le pouvoir d'enjoindre l'administration.

²⁷⁹¹ Cf. Alix PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Thèse, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2009, p. 784.

²⁷⁹² « Or, l'indépendance de la juridiction administrative implique la nécessité d'une limite à ses pouvoirs de contrôle sur l'action administrative. Il est logique que le gouvernement revendique lui aussi des garanties d'indépendance vis-à-vis d'une juridiction « devenue étrangère à l'administration active », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, *op. cit.*, p. 284.

²⁷⁹³ « (...) c'est parce que le juge administratif donne ainsi à l'administration active un moyen d'éviter la censure juridictionnelle, en l'invitant à examiner avant lui le litige et à lui donner une solution conforme au droit et à l'équité : le principe d'indépendance de l'administration active joue une dernière fois à plein, avant que d'être limité par l'intervention du juge administratif », *ibidem*, p. 274.

²⁷⁹⁴ Art. 140 C.P.A.C.A.

²⁷⁹⁵ Soazick KERNEIS, « Autorité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Paris, 2003, p. 112.

différencier de l'autre administration, celle qui n'agit pas, c'est-à-dire la juridiction administrative. Même si l'histoire a laissé la juridiction administrative française au sein de l'administration, le caractère juridictionnel de celle-ci ne fait plus des doutes²⁷⁹⁶. Mais l'expression administration active n'est pas naïve : dire que l'administration est active signifierait, semble-t-il, qu'elle n'exerce pas la fonction contentieuse, ce qui est faux ; « *on s'habitue d'abord aux mots, puis aux représentations qu'ils véhiculent, et on finit par trouver normales les situations qu'ils proposent d'instaurer* »²⁷⁹⁷. Ni l'expression administration active ni l'idée qu'elle prétend véhiculer ne sont acceptables. Dès lors, le compromis historique²⁷⁹⁸ qui signifie la juridiction administrative et la réalité des fonctions exercées par l'administration, demande de parler d'une administration juridictionnelle ou juridiction administrative, face à une administration non juridictionnelle.

En Colombie, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne a forcé l'application du terme « *administration active* », pour l'opposer aux organismes constitutionnels de contrôle dont elle a considéré qu'il s'agit d'organes administratifs, nonobstant son caractère d'organes constitutionnellement autonomes²⁷⁹⁹. Là encore, l'administration dépendante ou hiérarchisée n'est pas seulement active et l'adjectif est mal utilisé. Plus largement, la reconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration demande la précision dans l'utilisation des termes contentieux et juridictionnel (1) de même qu'à l'égard des termes contentieux et non contentieux (2).

1. Contentieux et juridictionnel

Le langage couramment utilisé dans le droit administratif ne permet pas d'accorder une définition correcte à l'activité contentieuse de l'administration. Les expressions qui sont actuellement utilisées sont source de maladroites : l'administration tranche des litiges par la voie des recours administratifs ; mais, ceux-ci ne seraient pas contentieux. L'administration non juridictionnelle mène une procédure conforme à la fonction contentieuse ; mais, il s'agirait d'une procédure non contentieuse.

En effet, le langage du droit administratif français oppose les recours administratifs aux recours dits « *contentieux* »²⁸⁰⁰ y incluant, au présent, le recours pour excès de

²⁷⁹⁶ « *Organisme créé au sein de l'administration, mais ayant compétence pour juger l'administration, le Conseil d'État a tous les attributs d'une autorité administrative indépendante. Comme la Cour des comptes, il ne peut être rangé dans cette catégorie en raison de son caractère juridictionnel* », Michel GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1994, p. 35.

²⁷⁹⁷ Danièle LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-P.U.F., Paris, 1989, p. 277.

²⁷⁹⁸ Cf. Roland DRAGO, « Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'État », *loc. cit.*, p. 388.

²⁷⁹⁹ L'administration active « (...) *c'est une fonction dont les fonctionnaires publics décident et exécutent et c'est pour cette raison que la doctrine montre l'existence d'une autre administration, passive ou de contrôle dont sa fonction n'est pas celle d'exécuter des actions administratives, mais de vérifier la légalité et, le cas échéant, l'efficacité et l'efficacité de la gestion de l'administration active* », C.c.c. Sentence C-189-98, 6 mai 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ.

²⁸⁰⁰ Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.* 1909, p. 667-695. Par l'intitulé « *recours contentieux* », les auteurs expliquent les recours juridictionnels : Yves GAUDEMET, *Traité*

pouvoir²⁸⁰¹. À cet égard, tout se passe comme si l'équivalence entre juridiction et contentieux était un acquis du langage face auquel il ne fallait pas se poser des questions. Cependant, l'adjectif contentieux n'a pas, en réalité, de portée réelle dans la mesure où le critère de différence entre les recours administratifs et contentieux n'est pas l'existence d'un litige, mais l'autorité qui est conduite à les résoudre²⁸⁰². Dans la même logique, la procédure contentieuse est celle suivie devant les juridictions, alors que la procédure suivie devant l'administration non juridictionnelle serait une procédure non contentieuse²⁸⁰³. C'est en 1956 que le professeur Jean-Marie AUBY a ajouté avec succès l'adjectif « *non contentieuse* » à la procédure administrative²⁸⁰⁴ dont parlait pour la première fois Georges LANGROD, quelques années auparavant²⁸⁰⁵. Rapidement le terme a été adopté par le Conseil d'État français et la doctrine a généralisé son utilisation²⁸⁰⁶.

Or, l'inexactitude des classifications n'a pas été sans incidences pour l'activité contentieuse de l'administration qui, ne pouvant être expliquée sans maladroites, a continué à être occultée et dépouillée des garanties nécessaires à la fonction de résolution des litiges²⁸⁰⁷. De même, lorsque la jurisprudence reconnaît avec raison que la procédure fiscale menée préalablement devant les autorités administratives est contentieuse²⁸⁰⁸, il y avait des raisons de croire que le Conseil d'État avait voulu dire que les autorités fiscales étaient des juridictions. Mais, tel n'a pas été le cas et, dès lors, il a fallu interpréter que le Conseil d'État avait reconnu l'existence d'une procédure administrative contentieuse non juridictionnelle²⁸⁰⁹.

En revanche, le droit administratif colombien n'utilise pas des expressions qui

de Droit Administratif, t. I., *op. cit.*, p. 441 ; Francis-Paul BENOIT, *Le droit administratif français*, *op. cit.*, p. 373 ; Jean WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 584 ; Georges VEDEL et Pierre DELVOLVE, *Droit administratif*, t. 2, 12^e éd., P.U.F., Paris, 1992, p. 28 ; Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 443 ; Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON et Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 12^e éd. *op. cit.*, p. 62.

²⁸⁰¹ Le caractère contentieux du recours pour excès de pouvoir n'a pas toujours été reconnu à un point tel que l'art. 9 de la loi DUFAYRE du 24 mai 1872 dispose que le Conseil d'État « (...) statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

²⁸⁰² WALINE, de même que les autres auteurs, ne fondent la différence entre recours contentieux et administratifs que principalement à partir de l'autorité qui doit résoudre le recours et des formes procédurales qui l'entourent (Jean WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 584).

²⁸⁰³ Ce terme s'oppose à la procédure administrative contentieuse : Charles DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1962. Aujourd'hui, l'expression est couramment utilisée : Yves GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, t. I., *op. cit.*, p. 459 et 612 ; Jean WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 506 ; Olivier GOHIN, « Regards de travers sur une mal-aimée : la procédure administrative non contentieuse en droit comparé (Luxembourg, Belgique, France) », *loc. cit.*, p. 351-366.

²⁸⁰⁴ Jean-Marie AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.* 1956, chron., p. 27.

²⁸⁰⁵ Georges LANGROD, « Procédure administrative et droit administratif », *R.D.P.* 1948, p. 549-556.

²⁸⁰⁶ Cf. Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1968, p. 59.

²⁸⁰⁷ « (...) l'une des conséquences – et ce n'en est qu'une – de l'abus des classifications formelles est d'avoir poussé à la stérilisation de ce procès, au sens matériel, que le particulier conduit devant l'Administration (...) », Raymond GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 98.

²⁸⁰⁸ C.E.f. Ass. 31 octobre 1975, *Société Coq-France*, *A.J.D.A.* 1976, p. 317.

²⁸⁰⁹ La seule façon de comprendre la décision Coq-France consiste à différencier entre « procédures contentieuses et procédures juridictionnelles, ces dernières étant caractérisées par certaines qualités formelles et par l'autorité de leur aboutissement décisionnel (...) Dès lors, si, du point de vue de sa forme et de son autorité, la décision directoriale apparaît comme un acte de nature administrative, et non juridictionnelle, le « préalable » fiscal constitue néanmoins une procédure contentieuse, et non une procédure d'assiette », Bernard CASTAGNEDE, note sous C.E.f. Ass. 31 octobre 1975, *Société Coq-France*, *A.J.D.A.* 1976, p. 317.

contrarient la fonction contentieuse de l'administration, ni des expressions qui la mettent en valeur : les recours de la « *voie gouvernementale* »²⁸¹⁰ ou les « *recours contre les actes administratifs* »²⁸¹¹ sont les recours administratifs, alors que les recours juridictionnels sont appelés comme des moyens du contrôle devant la juridiction du contentieux administratif²⁸¹². Le droit administratif colombien n'ajoute pas l'adjectif « *non contentieuse* » à la procédure administrative, puisque la juridiction du contentieux administratif n'a pas eu à justifier son existence en dehors de la juridiction. Le droit colombien n'a pas connu l'interdiction de la juridiction ordinaire de connaître le contentieux administratif ou la séparation des autorités administratives et judiciaires, et dès lors, elle n'a pas dû justifier la séparation de l'action et de la juridiction, prétendue synonyme du contentieux²⁸¹³. La juridiction colombienne du contentieux administratif n'appartient pas à l'administration et sa procédure n'est pas administrative ; voici la raison pour laquelle la procédure administrative n'a pas besoin d'ajouter, à tort, qu'elle est dans tous les cas non contentieuse, et non pour une prétendue débilite de la démocratie²⁸¹⁴. Il reste néanmoins que ce langage neutre demanderait des précisions, notamment la différenciation de la procédure administrative contentieuse et non contentieuse.

Puisque l'administration non juridictionnelle exerce une fonction contentieuse, les recours en France sont juridictionnels²⁸¹⁵ et administratifs alors que la procédure administrative est juridictionnelle²⁸¹⁶ ou non juridictionnelle²⁸¹⁷. De surcroît, la juridiction exerce une fonction juridictionnelle qui n'est pas toujours contentieuse, notamment en matière d'homologation²⁸¹⁸. Pour le droit colombien, il y a des recours administratifs et des moyens du contrôle juridictionnel par la voie de l'action²⁸¹⁹ du contentieux administratif.

²⁸¹⁰ Titre II du C.C.A., à partir de l'art. 49, relatif aux recours.

²⁸¹¹ Art. 74 du C.P.A.C.A.

²⁸¹² Titre XI du C.C.A. à partir de l'art. 83 du C.C.A. et titre III, art. 35 et suiv. C.P.A.C.A.

²⁸¹³ « *La législation consulaire de l'an VIII, en séparant l'action de la délibération, a fait aussi une part distincte à la juridiction (...) toutefois il est resté entre les mains des agents de l'administration active, maires, sous-préfets, préfets, ministres, certaines parties de la juridiction contentieuse* », Théophile DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, t. I, 5^e éd. op. cit., p. 228.

²⁸¹⁴ « *La procédure « administrative » n'y est pas nécessairement qualifiée de procédure « non contentieuse », sans doute parce que le contentieux administratif ne s'y présente pas comme une référence obligée en fonction de laquelle devrait s'ordonner les notions et les concepts applicables à l'administration, peut-être aussi parce que la fragilité des systèmes démocratiques ne permet guère d'attendre la lente maturation des solutions jurisprudentielles élaborées par une justice stable et indépendante du pouvoir en place (la stabilité de notre Conseil d'État, tous régimes confondus, n'a-t-elle pas été le facteur primordial de la patiente élaboration de sa jurisprudence ?)* », Frank MODERNE, « Préface » à l'ouvrage *Les principes de la procédure administrative non contentieuse, études de droit comparé (France, Espagne, Amérique Latine)* (Allan R. BREWER-CARIAS), Economica, Paris, 1992, p. 2.

²⁸¹⁵ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, t. II., op. cit., p. 5 ; Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 10 ; René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd. op. cit. p. 373.

²⁸¹⁶ « (...) *procédure administrative* juridictionnelle », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 181.

²⁸¹⁷ « *procédure administrative non juridictionnelle* », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », loc. cit., p. 283.

²⁸¹⁸ Le rapport public du Conseil d'État de 1996 réalise une transformation dans la présentation des fonctions du Conseil d'État et qui est désormais maintenue : celui-ci différencie entre l'activité juridictionnelle et l'activité consultative du Conseil d'État : CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1996*, Études et documents n° 48, La Documentation française, Paris 1997, p. 115 et 153.

²⁸¹⁹ Le système existant avant le C.P.A.C.A. prévoit l'existence de plusieurs actions du contentieux administratif. Le nouveau Code a fait une retouche linguistique d'après laquelle, il n'y a qu'une seule action, pouvant servir à des prétentions diverses : art. 35 C.P.A.C.A.

2. Contentieux et non contentieux

Lorsqu'il est considéré qu'il n'existe pas de contentieux sans juridiction et que le contentieux administratif se caractérise par l'intervention de la juridiction administrative²⁸²⁰ ou de la juridiction du contentieux administratif²⁸²¹, les systèmes français et colombien adoptent une définition pour le moins imprécise du contentieux et du contentieux administratif.

L'activité contentieuse de l'administration présuppose la séparation des concepts de contentieux et de juridiction²⁸²² grâce à une définition matérielle, et non organique du contentieux. Cela ne signifie pas l'adoption de concepts nouveaux, mais la reformulation des contenus. Ainsi, le contentieux devient un élément mobile qui peut être identifié dans tous les organes du pouvoir public, mais aussi en dehors. Dès lors, le contentieux est défini comme une situation caractérisée par le désaccord ou par la contestation et non par l'organe qui le tranche. Il y aura désaccord lorsque deux positions sont opposées sur la base du droit, et contestation lorsque la régularité d'une activité ou d'un acte est mise en cause²⁸²³. La différence entre un désaccord et une contestation n'est pas absolue, car la résistance à la contestation conduit au différend, de même que le différend mène à la base une contestation réciproque²⁸²⁴.

Lorsque le contentieux implique l'action des autorités administratives, celui-ci est un contentieux administratif²⁸²⁵. Cette définition large du contentieux administratif signifie qu'il peut être porté devant l'administration, devant la juridiction administrative/juridiction du contentieux administratif ou devant la juridiction judiciaire²⁸²⁶. De ces faits, il existe un

²⁸²⁰ Dans le même sens, « le contentieux administratif regroupe l'ensemble des règles applicables à la solution juridictionnelle des litiges soulevés par l'activité administrative (...) », Charles DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, 7^e éd., Dalloz, Paris, 1999, p.1. De même, Jean-Marie AUBY et Jean-Bernard AUBY, *Institutions administratives*, 6^e éd. op. cit., p. 219.

²⁸²¹ « Dans le sens strict, le contentieux administratif peut être défini comme l'ensemble des normes et des principes régulateurs des procédures qui sont suivies devant les tribunaux juridictionnels spécialisés dans la résolution des différends, des controverses ou des litiges entre l'administration publique et les administrés et, même, à l'intérieur de l'administration », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, op. cit., p. 62. Cf. Carlos BETANCUR, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 30.

²⁸²² Contre : « (...) dans le langage juridique, le « contentieux » est plus précisément constitué par les actions et recours juridictionnels », Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 15 ; Bernard PACTEAU, *Traité du Contentieux administratif*, op. cit., p. 16.

²⁸²³ « Le phénomène contentieux est fondamentalement un fait d'ordre psycho-social. C'est un différend d'opinion qui est relatif à une conduite, à une activité humaine déterminée apparaissant à autrui comme susceptible de lui faire grief et où est mise en question la régularité de cette activité ou des effets de celle-ci, en vue du redressement du grief causé ou allégué », Léon MOUREAU, « Notion et spécificité du contentieux administratif », loc. cit., p. 187.

²⁸²⁴ « Voyons d'abord les mécanismes pré-juridictionnels : je n'ai pas dit « pré-contentieux », car le contentieux est né ; il y a contestation entre les parties, c'est donc bien un contentieux qui est en cause », Pierre DELVOLLE, « La justice hors le juge », loc. cit., p. 18.

²⁸²⁵ « Le contentieux administratif se compose, fondamentalement, de situations contentieuses, de contestation que fait naître l'activité des administrations publiques (...) », Léon MOUREAU, « Notion et spécificité du contentieux administratif », *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 180. Il sera question de répondre à la question de déterminer si la présence d'une autorité administrative en tant que partie au litige est condition du contentieux administratif non juridictionnel.

²⁸²⁶ En France, le contentieux de l'action administrative, porté devant la juridiction judiciaire, est traditionnellement exclu du champ du contentieux administratif. Pour le professeur DRAGO le juge judiciaire

contentieux administratif judiciaire²⁸²⁷, un contentieux administratif de la juridiction administrative/juridiction du contentieux administratif et un contentieux administratif qui est tranché par l'administration. Tout cela correspond à ce que le professeur Olivier GOHIN qualifie de contentieux administratif au sens large, qu'il différencie du contentieux administratif au sens strict, porté devant la juridiction administrative et devant l'administration non juridictionnelle²⁸²⁸.

La définition de l'activité contentieuse de l'administration entraîne la mise en forme des termes : administration, administration juridictionnelle et administration non juridictionnelle, contentieux, contentieux administratif, juridiction, procédure administrative, procédure juridictionnelle, recours juridictionnels et recours administratifs. Mais, la démarche n'est pas simplement linguistique ; cela entraîne la redéfinition de la fonction administrative.

§ 2. La redéfinition de la fonction administrative

La définition de la fonction administrative n'est pas aisée. Les auteurs ne se mettent pas d'accord sur une définition de celle-ci, à un point tel que certains préfèrent ne pas faire recours à cette notion pour passer directement à expliquer les missions ou les fonctions administratives. La difficulté fait que souvent la fonction administrative est définie de façon résiduelle, comme ce qui n'est ni fonction juridictionnelle ni fonction législative. Puisque la fonction contentieuse exercée par les autorités administratives n'est pas juridictionnelle et, beaucoup moins, législative, force serait de reconnaître qu'il s'agit d'une fonction administrative. Néanmoins, la définition de l'activité contentieuse de l'administration ne doit pas se satisfaire d'un exercice « par défaut ». Cela requiert, au contraire, un effort de détermination de sa nature juridique en tant que telle.

Pour l'identification de la fonction administrative, les auteurs ont recours aux différentes fonctions considérées comme administratives. Celles-ci sont expliquées et classées sans laisser aucune place à la résolution administrative de litiges. L'insuffisance des classifications (A) conduit à élaborer les éléments pour l'inclusion de la fonction contentieuse (B) dans la fonction administrative.

A. L'insuffisance des classifications

« connaît (...) des litiges intéressant l'administration (...) » : Roland DRAGO, « Le juge judiciaire, juge administratif », *R.F.D.A.* 1990, p. 763.

²⁸²⁷ « Si l'on ose pourtant avancer que la Cour d'appel de Paris est une juridiction administrative, c'est que certains contentieux qui lui ont été confiés (...) présentent par leur objet et par leurs solutions un caractère administratif. (...) Il s'agit d'un 'contentieux administratif judiciaire' », Pierre DELVOLLE, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 47-48.

²⁸²⁸ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd. *op. cit.*, p. 1.

Le mot administration fait référence à deux réalités : à des organes et à des fonctions. L'approche fonctionnelle de l'administration répond à la question de ce en quoi consiste la fonction administrative, par l'étude des missions administratives. La réponse traditionnelle des auteurs consiste en un service public et une police administrative (1), alors que l'administration ne se limite pas à cela. Par conséquent, il est possible de penser aux autres missions de l'administration (2).

1. Le service public et la police administrative

La *summa divisio* du droit administratif est celle du service public et de la police administrative. Il s'agit de la présentation la plus classique, la plus répandue et la moins contestée²⁸²⁹. Cependant, l'activité contentieuse de l'administration n'est pas entièrement comprise dans la fonction de service public ou de police administrative.

Si la résolution des litiges était un service public, cela serait en raison de la fonction de paix sociale et de justice que celle-ci remplit. La caractérisation de la justice comme un service public ne fait pas de doute²⁸³⁰ : tant le droit français que le colombien admettent cela. Il s'agit même d'un service public constitutionnel²⁸³¹ dont l'ordre juridique colombien qualifie comme essentiel²⁸³², en déterminant, par conséquent, l'existence d'un régime juridique spécial²⁸³³. Néanmoins, l'activité contentieuse de l'administration n'est pas considérée dans le service public de la justice. Admettre cela impliquerait d'accepter que la justice n'équivaut pas à la juridiction, même si le contraire est couramment approuvé : « *Juridiquement, il n'y a pas de justice hors du juge. À s'en tenir au droit, la justice est la*

²⁸²⁹ Notamment : Georges VEDEL et Pierre DELVOLVE, *Droit administratif*, t. II, 12^e éd., P.U.F., Paris, 1992, p. 28 ; Jean WALINE, *Droit administratif*, 22^e éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 321 et suiv. ; Yves GAUDEMET, *Traité de Droit administratif*, t. I, 16^e éd., L.G.D.J., Paris, 2001, p. 719 et suiv. ; Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd. Montchrestien, Paris, 2010, p. 177 et suiv. ; Jean-Louis AUTIN et Catherine RIBOT, *Droit administratif général*, 5^e éd., Litec, Paris, 2007, p. 167 et suiv. ; Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON et Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 12^e éd., Sirey, Paris, 2011, p. 528 et suiv. Le *Droit administratif* du professeur CHAPUS inclut dans l'activité administrative les actes, les services publics, le pouvoir réglementaire et la police administrative : René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, p. 479 suiv.

²⁸³⁰ Pour le professeur TRUCHET, cela relève de l'évidence : Didier TRUCHET, « Label de service public et statut de service public », *A.J.D.A.* 1982, p. 429. Cf. Didier TRUCHET, « La justice comme service public », in *Le service public de la justice*, éd. Odile Jacob, Paris, 1998, p. 31 ; Bernard VATIER, « La justice est-elle un service public ? », in *Mélanges offerts à Pierre Dray – Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 141.

²⁸³¹ Bien que le Conseil constitutionnel français n'ait jamais reconnu expressément l'existence d'un service public « dont l'existence et le fonctionnement seraient exigés par la Constitution » (C.C.f. Décision n° 86-207 DC § 54), la justice répond aux critères des services publics constitutionnels : d'un côté il s'agit d'une activité exigée par la Constitution (Art. 66 alinéa 2 ; C.c.f. Décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, § 6, *Rec.*, p. 46 ; C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8) et exercée par une autorité publique : Pierre ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 80, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 39. De son côté, l'article 56 de la Constitution colombienne définit l'administration de la justice comme une fonction publique.

²⁸³² L'article 228 Const.c. détermine que les services publics essentiels disposent d'un régime spécial, caractérisé notamment par l'interdiction de la grève. De son côté l'art. 125 de la loi statutaire de l'administration de la justice, loi n° 270 du 7 mars 1996, a disposé que « *l'administration de la justice est un service public essentiel* » au sens de l'art. 228 de la Constitution. Cette norme a été considérée comme constitutionnelle : C.c.c. Sentence C-037-96, 5 février 1996, M.R. Vladimiro NARANJO.

²⁸³³ La qualification de la justice comme service public essentiel « (...) implique, sans aucun doute, que son exercice cherche à assurer la satisfaction d'un besoin d'intérêt général, en vertu duquel, pour assurer le développement d'une vie pleine et satisfaisante en société, on doit garantir l'accès permanent et continu à la justice pour toute la communauté », C.c.c. Sentence T-1165-03, 4 décembre 2003, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

*fonction par laquelle des organes investis d'une autorité étatique tranchent des litiges entre parties ou répriment des manquements à des obligations, par des décisions investies de l'autorité de la chose jugée, ayant force de vérité légale »*²⁸³⁴. Dès lors, le service public de la justice, dans sa considération juridictionnelle, n'est pas un service public administratif²⁸³⁵.

En considérant la justice en dehors des juridictions, l'activité contentieuse de l'administration pourrait être un service public administratif. Premièrement, l'activité contentieuse de l'administration constitue une activité d'intérêt général²⁸³⁶. Deuxièmement, les décisions administratives contentieuses ont pour objet des prestations matérielles²⁸³⁷. Troisièmement, lorsque l'administration tranche des litiges, celle-ci utilise des procédés publics qui la différencient de l'activité des particuliers²⁸³⁸. De surcroît, faute d'une qualification plus précise, l'activité contentieuse serait une activité présumée de service public puisqu'elle est exercée par des personnes publiques²⁸³⁹. En tant qu'activité de service public, l'activité contentieuse de l'Administration est soumise aux lois du service public²⁸⁴⁰ : de continuité, de neutralité et d'adaptation, « (...) *de changement* »²⁸⁴¹ ou de « (...) *fonctionnement efficace* »²⁸⁴².

Mais, il serait factice de dire que, lorsque les auteurs expliquent la fonction administrative de service public ils prennent en considération aussi l'activité contentieuse de l'administration. Au contraire, rendre tributaire l'activité contentieuse de l'administration de la notion de service public serait contribuer à la crise de la notion²⁸⁴³.

La mission de l'administration lorsqu'elle tranche des litiges n'est pas, non plus, celle de la police administrative. Il est vrai que l'activité contentieuse de l'administration vise à garantir, au-delà des finalités de l'autorité administrative, la paix sociale et, par ce moyen, l'ordre public. De ce fait, la résolution administrative des litiges serait un instrument de la fonction de police administrative. Mais, cela impliquerait de forcer la définition afin d'accepter que l'activité contentieuse de l'administrative soit une fonction préventive²⁸⁴⁴, alors qu'elle vise aussi au rétablissement de l'ordre public²⁸⁴⁵. Par ailleurs,

²⁸³⁴ Pierre DELVOLVE, « La justice hors le juge », *loc. cit.*, p. 16.

²⁸³⁵ Il existe un « *service public de la justice* », T.c.f. 27 nov. 1952, *Préfet de Guyane, Rec.*, p. 642, G.A.J.A. 18^e éd., *op. cit.*, n° 67. « *Cependant, l'activité de ce service public n'est pas administrative* », Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 501.

²⁸³⁶ Dans le système constitutionnel colombien, la justice est un « *service public essentiel* », ce qui détermine une exigence d'une continuité spéciale, dont toute interruption dans la prestation du service constitue une violation de la Constitution : C.c.c. Sentence T-1165-03, 4 décembre 2003, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

²⁸³⁷ Jean-François LAUCHAME, et al., *Droit des services publics, op. cit.*, p. 20.

²⁸³⁸ C.E.f. 2 oct. 1985 (2 espèces), *Jeissou et SEM du Pont de Saint-Nazaire-Saint-Brévin, A.J.D.A.* 1986, p. 38 concl. JEANNENEY.

²⁸³⁹ Jean-François LAUCHAME, et al., *Droit des services publics, op. cit.*, p. 9.

²⁸⁴⁰ Louis ROLLAND, *Droit administratif*, 11^e éd., Paris, 1957, p. 18.

²⁸⁴¹ *Idem.*

²⁸⁴² André DEMICHEL, *Droit administratif. Essai de réflexion théorique*, L.G.D.J., Paris, 1978, p. 99.

²⁸⁴³ Cf. Jean-Louis DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1954. En droit colombien, l'art. 365 de la Constitution, prévoit le cadre général des services publics. Cet article dispose notamment, que les services publics sont inhérents à la finalité sociale de l'État (non seulement de l'administration) et qu'ils peuvent être assurés par l'État lui-même (collectivités territoriales y comprises) et pour les particuliers.

²⁸⁴⁴ La prévention des atteintes à l'ordre public caractérise la police : C.E.f. Ass. 24 juin 1960, *Société Frampar et Société France éditions et publications, Rec.*, p. 412 ; *R.D.P.* 1960, p. 815, concl. HEUMANN ; A.J., 1960, 1, p.

lorsque l'activité contentieuse de l'administration consiste en la sanction administrative, les sanctions sont opposées aux mesures de police en raison de la finalité répressive de la sanction²⁸⁴⁶ et de son caractère défini dans le temps²⁸⁴⁷. Cela veut dire que l'activité contentieuse de l'administration n'est pas incluse dans la fonction administrative de police administrative.

2. Les autres missions de l'administration

L'action de l'administration publique ne se restreint pas à la police et au service public, sauf si on élargissait tellement ces notions qu'elles deviendraient banales. La fonction de contrôle, l'intervention dans l'économie et la régulation sont aussi considérées comme des fonctions administratives.

En effet, tout en restant dans une explication binaire²⁸⁴⁸, il est considéré qu'il existe une fonction administrative de contrôle qui est opposée à l'action administrative²⁸⁴⁹. Cette dernière fonction administrative serait exercée en France tant par la juridiction administrative que par l'administration non juridictionnelle, par les mécanismes d'autocontrôle²⁸⁵⁰. Toutefois, l'activité contentieuse de l'administration n'équivaut pas exactement à la fonction administrative de contrôle. Il est vrai que certains mécanismes contentieux sont des instruments de l'autocontrôle, notamment les recours administratifs ou la sanction disciplinaire. Mais, le contrôle n'est pas toujours contentieux²⁸⁵¹, alors que l'administration exerce des fonctions contentieuses ne pouvant pas être caractérisées comme de contrôle et, moins d'autocontrôle. Ainsi, par exemple, lorsque l'administration tranche un litige entre deux opérateurs du marché ou quand elle conteste l'activité des personnes sans lien avec l'administration en vue de les sanctionner, l'administration ne s'autocontrôle pas et elle ne contrôle pas les citoyens²⁸⁵².

154, Chr. COMBARNOUS et GALABERT ; D. 1960, p. 744, note Robert ; S. 1960, p. 348, note DEBBASCH ; J.C.P. 1960, II, 11743, note GOUR ; G.A.J.A. 18^e éd. *op. cit.*, n° 77. Dans ce même sens : C.E.c. Section 3, Sentence du 15 nov. 1977, affaire n° 1582, M.R. Carlos BETANCUR. « (...) la fonction de « police administrative », n'a pas une nature répressive, mais elle est « de caractère éminemment préventive », cherchant à garantir la tranquillité, la sécurité et la liberté des associés », Opinion dissidente des magistrats Alfredo BELTRAN, Fabio MORON et Vladimiro NARANJO à la Sentence C.c.c. Sentence C-189-99, 24 mars 1999, M.R. Carlos GAVIRIA.

²⁸⁴⁵ « (...) qu'il est fonction de la police, la conservation de l'ordre public interne, notamment par la prévention et l'élimination des perturbations de la sécurité, de la tranquillité, de la salubrité et de la moralité publiques (...) », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 9 juillet 1998, affaire n° 4894, C.R. Libardo RODRIGUEZ.

²⁸⁴⁶ « Les sanctions sont d'une nature essentiellement répressive (...) Au contraire, les mesures de police ont une finalité essentiellement préventive (...) », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La Documentation française, 1995, p. 38.

²⁸⁴⁷ Les mesures de police ont vocation à durer le temps nécessaire au rétablissement de l'ordre public : C.E.f. 30 sept. 1960, *Jauffret, Rec.*, p. 504, *R.D.P.* 1961, p. 828, note WALINE.

²⁸⁴⁸ Didier TRUCHET, « La structure du droit administratif peut-elle rester binaire ? », D. 2000, p. 443.

²⁸⁴⁹ Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^e éd. *op. cit.*, p. 491.

²⁸⁵⁰ *Ibidem*, p. 492.

²⁸⁵¹ Les mécanismes de contrôle incluent, par exemple, l'intervention du médiateur de la République et les procédures d'enquête publique.

²⁸⁵² L'idée d'un contrôle administratif des citoyens est même philosophiquement répréhensible.

Le caractère restreint des présentations binaires des fonctions administratives justifie l'inclusion de nouvelles catégories. Tel est le cas de la fonction de concours aux activités privées d'intérêt général²⁸⁵³ et de la fonction administrative de régulation²⁸⁵⁴. « *La régulation est la forme moderne de l'action administrative* »²⁸⁵⁵, qui peut être décrite comme une manifestation de la police économique²⁸⁵⁶, sa spécificité étant supérieure à celle de la notion de police. Or, la définition de cette fonction s'est avérée difficile²⁸⁵⁷, surtout lorsque l'on essaie de donner une définition juridique²⁸⁵⁸ à un phénomène qui dépasse la conception de la formation et du contenu du droit²⁸⁵⁹. Quoi qu'il en soit, la fonction contentieuse est couramment attribuée à des autorités exerçant la fonction de régulation. Les pouvoirs de sanction et de résolution des litiges entre des opérateurs du marché deviennent l'un des instruments mis à la disposition de l'autorité administrative²⁸⁶⁰, à côté, notamment, des pouvoirs réglementaire, de recommandation, d'instruction, d'avis, d'enquête, d'injonction et d'acte individuel²⁸⁶¹. En conséquence, la fonction contentieuse n'est pas à elle seule la fonction de régulation de même que l'activité contentieuse de l'administration est aussi exercée avec des fins autres que la régulation par des autorités administratives qui n'exercent pas la fonction de régulation.

Les classifications binaires et tertiaires ne peuvent pas être limitatives. La fonction administrative ne peut pas être figée dans la mesure où les missions administratives accompagnent la conception du rôle de l'État à un certain moment. Cela explique pourquoi certains auteurs français²⁸⁶² et colombiens²⁸⁶³ préfèrent expliquer les fonctions

²⁸⁵³ Jean-Michel DE FORGES, *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1991, p. 176 ; De même, il est énoncé une fonction d'intervention dans l'économie adoptant différentes formes ; mais, l'explication reste cantonnée aux fonctions classiques de police et de service public : Charles DEBBASCH et FREDERIC COLIN, *Droit administratif*, 10^e éd., Economica, Paris, 2011, p. 278.

²⁸⁵⁴ Henri OBERDOFF, *Les institutions administratives*, 5^e éd., Sirey, Paris, 2006, p. 4 ; Didier TRUCHET, *Droit administratif*, 4^e éd., P.U.F., Paris, 2011, p. 369.

²⁸⁵⁵ Yves GAUDEMET, « La régulation. Introduction », *R.F.A.P.* n°109, 2004, 1, p. 13.

²⁸⁵⁶ *Idem.*

²⁸⁵⁷ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les différentes définitions de la régulation », *P.A.* 10 juillet 1998, n° 82, p. 5.

²⁸⁵⁸ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610 ; Laurence BOY et al, « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, p. 3031-3038.

²⁸⁵⁹ Jacques CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 827 ; Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.* n° 3, 1998, p. 659.

²⁸⁶⁰ La Cour constitutionnelle colombienne a considéré les fonctions des commissions de régulation, relatives à la résolution des litiges entre des opérateurs du marché, comme étant inhérentes à leur fonction de régulation : « *Dans ces conditions, les fonctions de résolution des litiges sont matériellement comprises dans la fonction de régulation des services publics domiciliaires, exercée par les Commissions de régulation afin de déterminer la politique générale de l'administration et d'exercer le contrôle d'efficacité des services publics, conformément à l'art. 370 de la Constitution (...)* », C.c.c. Sentence C-1120-05, 1 nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO.

²⁸⁶¹ « *La régulation implique d'abord la réunion et le cumul de compétences juridiques habituellement dissociées (...)* », Jacques CHEVALLIER, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *R.A.* n°301, p. 47.

²⁸⁶² « *Ce n'est pas à dire qu'il n'existe pas d'autres procédés d'action de la puissance publique sur lesquels on doit s'interroger. On citera notamment les procédés de l'imposition, de la conscription, de la coopération avec les entreprises privées, de la planification, de la gestion directe d'entreprises de type socialiste* », Francis-Paul BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968, p. 737, n° 1348. Cf. Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 18^e éd., L.G.D.J., Paris, 2005 p. 303.

²⁸⁶³ Pour le professeur SANTOFIMIO, il existe des activités de l'administration publique : de police ou de limitation de la liberté, d'encouragement de l'économie, de services publics, d'intervention, de contrôle et de surveillance, de régulation et normative, de planification et de programmation et l'activité économique et de banque centrale : Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 3^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003, p. 38 et suiv.

administratives à titre simplement énonciatif, sans inclure, néanmoins, une explication propre à l'activité contentieuse de l'administration. La doctrine espagnole inclut la fonction arbitrale de l'administration²⁸⁶⁴ ; mais, cela n'est qu'une des possibles manifestations de l'activité contentieuse de l'administration. Ce caractère non limitatif des fonctions administratives permet de poser la question de l'inclusion de la fonction contentieuse dans la fonction administrative.

B. L'inclusion de la fonction contentieuse

Admettre que la juridiction administrative française appartienne à l'administration pourrait, de prime abord, faire croire qu'il est déjà acquis que la fonction contentieuse est une fonction administrative à un point tel qu'elle aurait déjà été l'objet d'une thèse sur « *la fonction administrative contentieuse* »²⁸⁶⁵. Cependant, cette étude réalisée dans les années 70 présuppose que la fonction administrative contentieuse est exercée par la juridiction administrative²⁸⁶⁶ et, qu'en dehors de celle-ci, l'administration n'exercerait qu'une fonction de dissuasion²⁸⁶⁷ à l'égard d'un contentieux potentiel²⁸⁶⁸, dont l'administration chercherait à obtenir un règlement concerté²⁸⁶⁹. En revanche, admettre que la résolution administrative des litiges est une fonction administrative qui est exercée par l'administration non juridictionnelle emporte une construction différente. À cette fin, il est question d'avoir recours aux critères organique et résiduel des fonctions administratives (1), tout en précisant le lien qui existe entre la fonction contentieuse et la satisfaction des finalités de l'État (2).

1. Les critères organique et résiduel des fonctions administratives

Prétendre définir matériellement la fonction administrative sans tenir compte de la fonction juridictionnelle c'est comme mesurer l'extension de la mer sur une seule rive de la côte. Ainsi, la définition de la fonction administrative rencontre des difficultés lorsqu'un critère exclusivement matériel est utilisé et cela rejoint nécessairement l'impossibilité de définir matériellement la fonction juridictionnelle. Dès lors, ce sont des critères formels qui sont déterminants, en tout état de cause, pour l'identification des fonctions et des organes

²⁸⁶⁴ « *L'administration publique exerce des activités de service public, d'encouragement de l'économie et de police ; il existe aussi une activité arbitrale de l'administration qui s'exerce lorsque l'administration tranche des litiges entre des administrés* », José MORENO, *Procedimiento y proceso administrativo práctico*, t. 2, éd. La ley, Madrid, 2006, p. 927.

²⁸⁶⁵ Marc GJIDARA, *La fonction administrative contentieuse – étude de science administrative* -, thèse, L.G.D.J., Paris, 1972.

²⁸⁶⁶ Même si cette étude reconnaît que « *L'équation, contentieux = recours porté devant le juge est déformante, car a contrario cela signifierait qu'il n'y a pas de contentieux là où aucun juge n'intervient* », *ibidem*, p. 66, l'étude ne porte que sur la juridiction administrative, *ibidem*, p. 71.

²⁸⁶⁷ Concernant le préalable fiscal « *Lorsque cette dissuasion, qui vise à mieux éclairer les contribuables sur leurs droits et les limites de ceux-ci, n'a pas été pleinement efficace, les requérants se heurtent à l'interprétation stricte des textes par le juge, à supposer qu'ils se soient adressés à lui* », *ibidem*, p. 111.

²⁸⁶⁸ « *La distorsion entre le contentieux « déclaré » (le nombre des procès ouverts) et le contentieux « potentiel » qui est fait de situations conflictuelles mais n'émergeant pas (...)* », *ibidem*, p. 72.

²⁸⁶⁹ « *(...) le particulier a les plus grandes chances de devenir plaideur étant donné l'absence d'autres moyens de règlement concerté des litiges* », *ibidem*, p. 70.

administratifs²⁸⁷⁰.

C'est l'identification formelle des fonctions et des organes juridictionnels et législatifs qui va déterminer, par exclusion, la nature administrative des organes et des fonctions²⁸⁷¹. L'administration est, dans cette mesure, une catégorie qui renferme le pouvoir public²⁸⁷². Ce caractère résiduel de l'administration est cohérent avec l'adaptabilité des fonctions administratives à l'égard des fonctions de l'État puisque, quand les fonctions assumées par le pouvoir public ne sont ni formellement législatives ni formellement juridictionnelles, il s'agit d'une fonction administrative. La richesse de cette fonction s'explique de cette façon²⁸⁷³, même si cela génère des controverses²⁸⁷⁴.

N'étant pas législative ni juridictionnelle, l'activité contentieuse de l'administration est une fonction administrative²⁸⁷⁵. La seule façon de nier la nature administrative de la fonction contentieuse de l'administration consiste à considérer, à tort, que la fonction juridictionnelle est la fonction contentieuse²⁸⁷⁶.

Le critère résiduel se complémente par un autre critère formel, cette fois-ci organique. Celui-ci peut être appliqué de deux façons : soit en considérant que la fonction

²⁸⁷⁰ Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit. p. 785.

²⁸⁷¹ « L'administration est l'ensemble des organismes de l'État qui n'ont pas la qualité d'autorité législative ni d'autorité juridictionnelle, c'est-à-dire qui ne sont ni le Parlement, ni des juridictions. C'est d'autre part, l'activité de ces personnes ou de ces organismes », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., Sirey, Paris, 1963, p. 4.

²⁸⁷² Lorsque la nature juridictionnelle est niée à un organe, il n'est pas nécessaire d'affirmer qu'il s'agit d'un organe administratif, car cela va de soi. C'est grâce à cette méthode que le Médiateur a pu être considéré comme une autorité administrative alors que ses actes ne sont pas l'objet du contrôle de la juridiction administrative : C.E.f. 10 juin 1981, *Retail*, A.J.D.A. 1981, p. 486 ; D. 1981, p. 622 note GAUDEMET.

²⁸⁷³ « (...) nonobstant l'apparente simplicité de ce critère, celui-ci a le mérite de mettre en évidence la complexité du phénomène administratif et la difficulté qui existe pour identifier les activités qui en font partie (...) », Alberto MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2010, p. 92.

²⁸⁷⁴ Jean-Paul COSTA, « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », A.J.D.A. 1987, p. 341 ; Yves GAUDEMET, « Toujours à propos du Médiateur », A.J.D.A. 1987, p. 520. En prétendant renverser le qualificatif administratif donné par la décision *Retail*, la loi du 13 janv. 1989 a ajouté que le médiateur était « de la République », tout en le qualifiant comme une autorité indépendante. Nonobstant cela, la nature administrative du médiateur et de sa fonction est aujourd'hui acquise. Tel est aussi le cas des agences de régulation aux États-Unis qui ont pu être qualifiées comme un quatrième pouvoir sans tête (Louis BROWNLOW, *Rapport du President's Committee on Administrative Management*, Washington, 1937) ou la Contaloría colombienne qui, nonobstant sa nature constitutionnellement indépendante, a été qualifiée comme administrative, en raison de la méthode résiduelle : C.c.c. Sentence C-189-99, 24 mars 1999, M.R. Carlos GAVIRIA.

²⁸⁷⁵ « (...) quand un administrateur exerce une fonction contentieuse hors des formes et de l'organisation juridictionnelles, ou quand une juridiction remplit par exception une fonction non contentieuse, ils font acte d'administration, et non de juridiction », Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », loc. cit., p. 289.

²⁸⁷⁶ « (...) la construction du concept de fonction administrative doit respecter la théorie de la division des branches du pouvoir et, par conséquent, il faut reconnaître sans hésitation, que les fonctions judiciaire et législative n'ont pas été, ne sont pas et ne peuvent pas être l'objet du droit administratif », Alberto MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de Derecho administrativo*, op. cit., p. 96. Or, il est aussi reconnu « la vocation occasionnelle et contentieuse de la fonction judiciaire », *ibidem*, p. 101. Il s'agit donc d'une vocation et non d'une fonction exclusive. L'assimilation de la fonction contentieuse à la fonction juridictionnelle, pour l'exclure de la fonction administrative, est faite par le professeur Bertrand SEILLER : « Les juges, qu'ils soient judiciaires ou administratifs, interviennent pour trancher des litiges pouvant impliquer l'administration (...) le pouvoir de juger, c'est-à-dire d'appliquer la règle de droit à des litiges et d'en énoncer les conséquences, se distingue de la mission d'administrer, qui, si elle aussi est soumise au droit, y est soumise comme à un cadre et non comme à un but », Bertrand SEILLER, *Droit administratif*, t. 1, 3^e éd., Flammarion, Paris, 2010, p. 14.

administrative est celle exercée par les organes administratifs, c'est-à-dire ceux qui ne sont ni législatifs ni juridictionnels ; soit en identifiant les fonctions administratives comme celles qui font l'objet du contrôle de la juridiction administrative/juridiction du contentieux administratif²⁸⁷⁷. Mais, ce critère n'est pas absolu dans la mesure où la fonction administrative peut aussi être exercée notamment par des particuliers²⁸⁷⁸, alors que les juridictions judiciaires qui contrôlent l'action administrative sont considérées à cette fin comme des juridictions administratives²⁸⁷⁹. Quoiqu'il en soit, l'activité contentieuse est une fonction organiquement administrative, dans la mesure où les actes contentieux feront l'objet du contrôle de la juridiction administrative/juridiction du contentieux administratif, car ceux-ci sont administratifs, ce qui veut dire, qu'ils n'ont pas des effets de la chose jugée.

Or, il se pose néanmoins la question de savoir si la fonction administrative contentieuse pourrait être exercée par des particuliers. La réponse est donnée par l'argument *a fortiori* : si la fonction juridictionnelle, c'est-à-dire la fonction d'adopter des décisions ayant force de chose jugée peut être confiée à des particuliers, notamment par l'arbitrage, à plus forte raison la fonction administrative contentieuse, dans la mesure où elle s'exerce par la voie de décisions administratives pouvant être l'objet du contrôle juridictionnel. Certes, l'arbitrage exige l'accord des deux parties ; mais, cela s'explique par les effets définitifs de la décision sur le litige. Or, il est nécessaire de rappeler que l'activité contentieuse de l'administration est une fonction accessoire, un instrument pour la réalisation des missions administratives. Par conséquent, les particuliers ne sauraient se voir confier la fonction administrative contentieuse que comme un moyen pour la réalisation des missions administratives et dans la mesure nécessaire pour cette fin. La nature administrative de la fonction exercée par les particuliers exige la détermination préalable de la fonction administrative principale que le particulier exerce²⁸⁸⁰.

2. La fonction contentieuse et la satisfaction des finalités de l'État

L'activité contentieuse de l'administratif est une fonction administrative en raison des critères résiduel et organique. La fonction administrative contentieuse répond aussi aux critères matériels.

²⁸⁷⁷ L'acte administratif est considéré « *comme l'acte d'une autorité administrative qui peut être attaqué devant le juge administratif* », Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 290.

²⁸⁷⁸ En droit colombien cela est reconnu par l'art. 210 Const.c. En France, par exemple, les ordres professionnels exercent des fonctions administratives dans la mesure où elles contrôlent l'accès à la profession : Yves Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 771 et 773. Cf. Jean-François LACHAUME, « Quelques remarques sur les critères de l'acte administratif exécutoire, émanant d'organismes privés gérant un service public administratif », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 95.

²⁸⁷⁹ Pierre DELVOLLE, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *loc. cit.*, p. 47.

²⁸⁸⁰ Par exemple, en droit colombien, les entreprises des services publics domiciliaires se voient confier le pouvoir d'adopter des sanctions administratives à l'égard des usagers et ces décisions sont, par conséquent, l'objet du contrôle de la juridiction du contentieux administratif : C.E.c. Section 3, Ordonnance du 1^{er} avril 2004, affaire n° 26145, C.R. María GIRALDO. De même, les entreprises décident des recours administratifs contre les actes administratifs qu'elles adoptent : C.E.c. Section 1, Sentence du 10 août 2001, affaire n° 70001-23-31-000-2001-0891-01(AC), C.R. Gabriel MENDOZA.

Il est courant de définir la fonction administrative comme celle qui cherche à la réalisation des finalités de l'État. L'administration publique serait une fonction de satisfaction des intérêts que l'activité privée ne peut pas ou ne veut pas satisfaire²⁸⁸¹. Afin d'éviter l'impasse consistant au fait que d'une manière ou d'une autre tous les organes du pouvoir visent à satisfaire aux finalités de l'État, il y est ajouté que le propre de la fonction administrative consiste à le faire de façon directe ou immédiate et concrète²⁸⁸². Cela présuppose que, par exemple, la juridiction ne satisfait aux intérêts de l'État que par l'intermédiaire de la satisfaction des intérêts de la partie devant l'instance²⁸⁸³.

L'activité contentieuse de l'administration est liée à la satisfaction des intérêts de l'État, qui se concrétisent dans les fonctions administratives. Il s'agit d'un des instruments dont dispose l'administration pour la satisfaction de l'intérêt général, des finalités publiques et, particulièrement, des missions confiées à chaque autorité administrative en particulier. Administrer c'est précisément la disposition de différents procédés, tels que le service public, la police, l'intervention dans l'économie ou la résolution des litiges, pour la satisfaction des finalités de l'État²⁸⁸⁴. La résolution des litiges est l'une des fonctions administratives et l'une des formes de la gestion qu'implique la fonction administrative²⁸⁸⁵. Il est question de reconnaître que la paix sociale est aussi l'une des finalités de l'État auxquelles l'action administrative doit pourvoir par des moyens contentieux et non contentieux²⁸⁸⁶.

La fonction contentieuse de l'administration est une fonction administrative ordinaire, courante, et ce n'est pas une exception dans les fonctions administratives. Celle-ci répond à la même nature que les autres fonctions administratives, dans la mesure où l'administration, tout en restant impartiale, exerce la fonction contentieuse pour la réalisation directe des intérêts publics, des finalités de l'État²⁸⁸⁷. En tant que fonction

²⁸⁸¹ « Ces nécessités auxquelles l'initiative privée ne peut répondre, et qui sont vitales pour la communauté toute entière et pour chacun de ses membres, constituent le domaine propre de l'administration ; c'est la sphère de l'intérêt public », Jean RIVERO, *Droit administratif*, 2^e éd., Dalloz, 1962, p. 10. « Il existe, dans la vie en société, des besoins collectifs que l'activité privée est incapable de satisfaire suffisamment. C'est l'Administration du pays qui va en être chargée », Paul DUEZ et Guy DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 1952, p. 1.

²⁸⁸² Alberto MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de Derecho administrativo*, op. cit., p. 100.

²⁸⁸³ Ce qui n'est pas complètement vrai, dans la mesure où dans l'instance juridictionnelle de deux parties, il y en aurait une dont les intérêts ne sont pas satisfaits. Cela signifie que l'intérêt de l'État consistant en la justice se satisfait directement, par la décision juridictionnelle, sans qu'il soit important que, dans le cas particulier les intérêts d'une partie soient satisfaits ou non.

²⁸⁸⁴ « (...) administrer consiste à prendre les mesures et à exercer les activités nécessaires pour la conduite de l'État dans la pratique et pour réaliser les finalités de celui-ci, conformément aux règles générales produites par le législateur », Libardo RODRIGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 16^e éd., Temis, Bogota, 2008, p. 19.

²⁸⁸⁵ « Mais il reste un trait commun à l'administration publique et l'administration privée : dans les deux cas, il s'agit des méthodes de gestion d'entreprises », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd. op. cit., p. 2.

²⁸⁸⁶ « (...) l'administration apparaît donc comme l'activité par laquelle les autorités publiques pourvoient, en utilisant le cas échéant les prérogatives de la puissance publique, à la satisfaction des besoins d'intérêt public », Jean RIVERO, *Droit administratif*, 2^e éd. op. cit., p. 10.

²⁸⁸⁷ La doctrine présente cette caractéristique de la fonction administrative comme la transformation de l'État en partie : Alberto MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de Derecho administrativo*, op. cit., p. 101. Cette caractéristique de l'activité contentieuse de l'administration est expliquée par la doctrine italienne comme une

administrative, l'activité contentieuse de l'administration doit aussi respecter les principes et les finalités de l'action administrative²⁸⁸⁸.

Conclusion du Chapitre

Il existe plusieurs façons de méconnaître l'activité contentieuse de l'administration ; la considérer comme une fonction matériellement juridictionnelle, exceptionnellement attribuée aux organes administratifs, reste l'une des principales manières de le faire. En revanche, pour reconnaître l'activité contentieuse de l'administration il est question de l'étudier en soi, comme une expression de l'exercice multi-organique du pouvoir. Il est des théories qui tentent la reconnaissance de la fonction administrative de résolution des litiges : la fonction arbitrale de l'administration, la fonction administrative processuelle et la fonction administrative décisionnelle. Chacune a des vertus, mais aussi des défauts faisant qu'aucune de ces théories ne correspond véritablement à la nature de la fonction administrative contentieuse. Ces théories s'avèrent parfois trop limitées, parfois imprécises ou parfois celles-ci prétendent dénaturer la fonction administrative contentieuse par la reconnaissance des effets de chose jugée.

La reconnaissance de l'activité contentieuse comme une activité ordinaire des autorités administratives entraîne non seulement un redimensionnement de la fonction administrative, mais aussi de la notion d'administration et d'acte administratif²⁸⁸⁹. La fonction administrative contentieuse, l'administration contentieuse et les actes administratifs contentieux font l'objet en propre de l'étude du droit administratif.

fonction impartiale, mais non neutre. Cf. Francesco BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, op. cit., p. 332.

²⁸⁸⁸ « La fonction administrative est au service des intérêts généraux. Celle-ci s'exerce conformément aux principes d'égalité, de moralité, d'efficacité, d'économie, de célérité, d'impartialité et de publicité et par la voie de la décentralisation, la délégation et la déconcentration des fonctions », art. 209 Const.c.

²⁸⁸⁹ Les actes administratifs contentieux sont reconnus par une partie de la doctrine italienne : cf. Guido ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, 8^e éd., Giuffrè, Milano, 1958, p. 266. (Dans la version en langue espagnole: *Curso de derecho administrativo*, trad. Héctor MASNATTA, éd. Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 340).

Conclusion du Titre

La relation entre le contentieux et l'administration n'a jamais été, à proprement parler, niée. Il est acquis que l'action administrative génère des contestations et que ces contestations appellent une décision. Mais, la relation entre l'administration et le contentieux est déformée lorsque l'on considère que la décision du contentieux doit nécessairement être juridictionnelle. De ce point de vue, l'administration qui est qualifiée comme active prévient le litige, le contourne et lorsqu'elle n'est pas arrivée à une solution à l'amiable, celle-ci prépare le litige pour être porté devant le juge.

Or, la relation entre le contentieux et l'administration est beaucoup plus que cela. L'administration est quotidiennement portée à trancher des litiges divers qui naissent et sont décidés en dehors des juridictions. L'administration engendre du contentieux, le prévient, parfois le prépare pour le juge, le concilie à l'amiable, mais le tranche aussi par des décisions administratives qui ne sont pas définitives, car elles pourront être l'objet d'un contrôle juridictionnel ultérieur, cette fois-ci à des effets de chose jugée.

Conclusion de la Première partie

Le contentieux de l'administration peut être l'objet de diverses formes de résolution : par des actes administratifs ou par des actes juridictionnels ; par des actes définitifs ou par des actes qui peuvent être l'objet d'un contrôle juridictionnel de l'excès du pouvoir. Lorsque le contentieux est décidé par un acte administratif, celui-ci relève du contentieux administratif non juridictionnel.

L'activité contentieuse de l'administration consiste en la résolution de litiges, par la voie d'actes administratifs. Cela ne relève ni du modernisme ni de l'intégrisme : nonobstant la prétention de juridictionnalisation complète du contentieux, l'administration a toujours exercé la fonction contentieuse. Lorsque sont adoptés des modèles de régulation d'inspiration étrangère, dont la fonction contentieuse est ordinaire, ce n'est qu'une autre forme de l'activité contentieuse de l'administration qui est mise en place.

Or, les différentes fonctions contentieuses de l'administration ont, en commun, le caractère accessoire, dans la mesure où ce sont des moyens mis à la disposition des autorités administratives pour la réalisation des finalités de l'action publique.

SECONDE PARTIE. L'IDENTIFICATION DE L'ACTIVITÉ CONTENTIEUSE DE L'ADMINISTRATION

L'administration n'exerce la fonction contentieuse que lorsqu'elle se trouve dans la position juridique de trancher un litige par une décision administrative. Cela entraîne plusieurs conséquences :

- premièrement, la fonction contentieuse existe lorsque l'administration décide le contentieux de façon unilatérale. Inversement, il n'y a pas d'activité contentieuse dans les cas où l'administration n'émet qu'un avis sur la question contentieuse, tel que celui émis par la Commission d'accès aux documents administratifs (C.A.D.A.), alors même que l'avis est le préalable obligatoire de la saisine juridictionnelle¹ ou lorsque l'autorité administrative exerce une fonction de rapprochement entre les parties². De même, la solution du litige qui intervient par l'accord de l'administré avec l'administration, dans le cadre d'une conciliation, ne relève pas de la fonction contentieuse de l'administration³. L'activité contentieuse de l'administration ne signifie pas que l'administration intervienne dans le contentieux⁴, mais qu'elle soit portée à le trancher. En d'autres termes, trancher un litige est l'une des formes de le résoudre⁵ et, dans ce cas, l'administration exerce la fonction contentieuse.

- deuxièmement, il est nécessaire qu'il existe un contentieux qui se matérialise devant l'autorité administrative. Cela signifie qu'il existe une opposition d'intérêts ou une contestation qui seront décidées par l'autorité administrative, en prenant en considération

¹ L'article 20 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 dispose que la Commission d'accès aux documents administratifs émet un avis lorsqu'elle est saisie par un administré sur le refus de communication d'un document.

² Le Défenseur des droits peut tenter le rapprochement des parties par la voie de la médiation (art. 26 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits), il peut proposer une amende transactionnelle qui une fois acceptée par les parties devra être validée par le Procureur (art. 28, II de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011) et il peut aussi saisir le Procureur de la République. Le Défenseur des droits, de même que le médiateur de la République, avant lui, n'exerce pas la fonction contentieuse : « *c'est pourquoi nous ne partageons pas le regret, communément exprimé, que la saisine du Médiateur ne suspende pas le délai du recours contentieux. Le médiateur n'est ni un premier juge, ni le destinataire d'un recours administratif. Il n'intervient pas dans un cadre contentieux, ni même pré-contentieux* », Yves GAUDEMET, « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? À propos des rapports du Médiateur et du juge administratif », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur R.-E. Charlier*, Paris, Éditions de l'Université et de l'Enseignement moderne, 1981, p. 129, note 13.

³ La Commission de surendettement n'exerce pas la fonction contentieuse. Sa fonction consiste à proposer des accords entre les banquiers et leurs clients afin de trouver un arrangement dans le litige. Cf. Guy RAYMOND, « Nature juridique de la commission de surendettement », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 12, décembre 2009, comm. 301. En outre, les comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics « (...) ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable », art. 127, al. 2 du Code des marchés publics.

⁴ Par exemple, l'Autorité de la concurrence peut être saisie par une juridiction dans une affaire de pratiques anticoncurrentielles afin de demander son avis : art. L. 462-3 du Code de commerce.

⁵ Pierre DELVOLVE, « Rapport général », in : *Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées : conciliation, médiation et arbitrage*, Actes de la conférence multilatérale, Lisbonne, 31 mai-2 juin 1999, éditions du Conseil d'Europe, 2000, p. 13.

qu'il s'agit d'un contentieux. Ainsi, lorsqu'un administré conteste la régularité d'un acte administratif, l'autorité administrative dispose de la liberté pour ne pas instruire la contestation, examiner l'affaire et décider, la contestation ne se matérialise pas dans les faits et l'administration n'exerce aucune fonction contentieuse. De même, l'administration n'exerce pas la fonction contentieuse lorsque l'autorité administrative entame une procédure de sanction où l'administré ne connaît pas préalablement les griefs qui sont retenus ou lorsqu'il ne peut pas les contester de façon efficace.

- troisièmement, l'administration exerce l'activité contentieuse par des décisions qui n'ont pas d'effets de chose jugée. Il s'agit de l'exercice de la fonction administrative par actes administratifs pouvant, dès lors, être déférés au juge afin de réaliser un contrôle juridictionnel de légalité⁶. La possibilité du recours juridictionnel ultérieur constitue une condition de la constitutionnalité des compétences contentieuses de l'administration⁷.

Cela veut dire que l'administration affronte le contentieux à des moments différents :

- soit au préalable de la saisine juridictionnelle, pour décider la contestation ; mais aussi pour préparer le litige à l'instance juridictionnelle ;
- soit l'administration est portée à décider le litige à la place de la juridiction.

Certes, l'administration se voit aussi confrontée à un contentieux post-juridictionnel ou de l'exécution des décisions juridictionnelles. Néanmoins, dans ce cas, l'administration n'exerce pas la fonction contentieuse, car elle n'émet que des avis⁸.

En conséquence, il n'existe qu'une activité contentieuse pré-juridictionnelle (**TITRE I**) et une activité contentieuse parajuridictionnelle (**TITRE II**), ce qui, selon les termes du professeur DELVOLVE équivaut à une « *justice avant le juge* » et une « *justice à la place du juge* »⁹.

⁶ Le recours pour excès de pouvoir « *est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité* », C.E.f. 17 fév 1950, Dame Lamotte, *Rec.*, p. 110 ; *R.D.P.* 1951, p. 478, conclusions DELVOLVE et note WALINE.

⁷ C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 6 et 22, *Rec.*, p. 8 ; C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, § 31, *Rec.*, p. 18 ; C.c.c., Sentence C-921-01, 29 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO ; C.c.c. Sentence C-540-97, 23 octobre 1997, M.R. Hernando HERRERA ; C.c.c. Sentence C-560-04, 1^{er} juin 2004, M.R. Jaime CORDOBA ; C.c.c. Sentence C-1120-05, 1 nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO.

⁸ Le Code de justice administrative prévoit la possibilité pour le Conseil d'État « *d'éclairer l'administration sur les modalités d'exécution de la décision de justice* », art. R. 931-1, al. 1^{er} C.J.A. Cette compétence est exercée par la section du rapport et des études (art. R. 931-1, al. 2 C.J.A.). Or, le Conseil d'État n'exerce pas, dans ce cas, une fonction contentieuse. En outre, le Médiateur de la République française et le Défenseur des enfants pouvaient enjoindre l'administration pour l'exécution de la décision juridictionnelle (art. 11, al. 2 de la loi du 3 janvier 1973 et art. 10 de la loi du 6 mars 2000). Mais, ne disposant pas d'un moyen de rendre l'injonction effective, ce pouvoir n'est qu'un « *démembrement de la médiation* » exercée par ces organes : Olivier GOHIN *Contentieux administratif*, 6^e éd. Litec, Paris, 2009, p. 361, note 245. L'absorption de ces autorités par le nouveau défenseur des droits a signifié la disparition de la référence expresse à cette compétence, sauf à considérer que l'inexécution de la décision juridictionnelle lèse un des droits protégés par le défenseur. Cf. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

⁹ Pierre DELVOLVE, « La justice hors le juge », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1984, p. 16-17.

ITRE I. L'ACTIVITE CONTENTIEUSE PRE-JURIDICTIONNELLE

L'activité contentieuse de l'administration s'exerce par des actes administratifs qui peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel et, par conséquent, toute l'activité contentieuse de l'administration serait pré-jurisdictionnelle. Cependant, le terme *pré-jurisdictionnel* fait référence aux situations où la décision administrative contentieuse est une condition de l'accès au juge, prépare l'accès à la juridiction ou l'évite. En revanche, lorsque la compétence contentieuse de l'administration aurait pu aussi être attribuée directement à une juridiction, l'activité contentieuse de l'administration n'est pas pré-jurisdictionnelle, mais parajurisdictionnelle. Concernant le pré-jurisdictionnel, il est question de déterminer si la procédure de la décision préalable relève de l'activité contentieuse de l'administration, ce qui permettra d'établir les bases pour l'identification de l'activité contentieuse de l'administration, autour de la décision préalable (**Chapitre 1**). Grâce à ces éléments, il sera possible d'aborder ensuite l'étude de l'activité contentieuse pouvant se manifester dans les recours administratifs (**Chapitre 2**).

apitre 1. Les bases pour l'identification de l'activité contentieuse de l'administration : autour de la décision préalable

Toute décision administrative antérieure à la saisine juridictionnelle est une décision préalable. Tel est le cas de celle décidant les recours contre les actes administratifs et de toute décision administrative pouvant être l'objet d'un recours juridictionnel. Mais, l'expression *décision préalable* est usuellement utilisée dans le droit français pour expliquer la règle d'après laquelle, pour pouvoir saisir le juge administratif, il est nécessaire d'avoir obtenu, au préalable, une première¹ décision administrative dont sa légalité sera l'objet du recours juridictionnel². Cela veut dire, qu'en principe, l'administré ne pourra pas poser une question au juge, sur laquelle l'administration n'a pas encore eu à se prononcer et ceci, théoriquement, pour les besoins de la liaison du contentieux.

Même si le droit colombien n'a pas formulé une règle équivalente à celle de la décision préalable, l'administration colombienne est aussi conduite à prendre des décisions avant la saisine de la juridiction. Or, cela ne veut pas dire que les administrations française et colombienne exercent une fonction contentieuse chaque fois qu'elles se prononcent avant le juge. Cela mérite des précisions qui sont au cœur de l'identification de l'activité contentieuse de l'administration. À cette fin, il est nécessaire de préciser les fondements de la règle de la décision préalable (**Section I**), pour ensuite aborder la question de l'existence du contentieux sans décision administrative (**Section II**), qui serait tranché par la décision administrative préalable.

Section I. Les fondements de la règle de la décision préalable

S'intéresser aux fondements de la règle de la décision administrative préalable permet la détermination de la fonction de la décision administrative à l'égard du contentieux : la prévention, la résolution ou, en revanche, la formation même du contentieux. En outre, l'identification du fondement de la règle de la décision préalable permet d'expliquer la raison pour laquelle le droit colombien n'a pas formulé une règle équivalente à celle du droit français. La règle de la décision administrative préalable est expliquée en France pour des raisons historiques (**Sous-section 1**), mais aussi des raisons techniques (**Sous-section 2**) sont présentées au soutien de la règle.

¹ Les recours administratifs obligatoires sont aussi une condition d'accès à la juridiction ; mais, à la différence de la décision préalable *stricto sensu*, les recours administratifs ont pour objet que l'administration se prononce une nouvelle fois sur l'affaire.

² Alors que le recours administratif a un objet différent, consistant à la modification ou au retrait d'une décision administrative. Dans le cas de la décision préalable *stricto sensu*, l'administration n'a pas encore eu à se prononcer sur la question.

Sous-section 1. Des raisons historiques

De même que, pour la juridiction administrative française, l'explication historique est primordiale, la recherche des fondements de la règle de la décision administrative préalable ne pourrait pas être faite sans des repères historiques. La décision administrative préalable est une règle liée à la théorie du ministre-juge (§ 1), s'inscrivant dans le processus de construction de la séparation entre l'administration non juridictionnelle et la juridiction administrative (§ 2).

§ 1. Une règle liée à la théorie du ministre-juge

La théorie du ministre-juge a accompli une double fonction à l'égard de la règle de la décision administrative préalable :

- d'une part, les traits fondamentaux de la règle ont été élaborés au sein de la théorie du ministre-juge ;

- d'autre part, la détermination ultérieure de la nature administrative des décisions rendues par les administrateurs a permis d'affirmer que la saisine juridictionnelle devait être précédée, dans tous les cas, d'une décision administrative. Ainsi, la formulation de la théorie du ministre-juge a permis la construction de la règle (A) de la décision préalable, alors que son dévoilement (B) a été possible en raison de la négation de la théorie du ministre-juge.

A. La construction de la règle

Le ministre était envisagé comme un juge parce qu'il décidait des matières considérées comme contentieuses et sa décision est obligatoirement requise. Dans un premier temps, des décisions préalables sont considérées comme juridictionnelles (1), mais, dans un deuxième temps, l'exclusion de certaines décisions de la théorie de l'administrateur-juge (2) annonce la délimitation des contours de la règle de la décision préalable.

1. Des décisions préalables considérées comme juridictionnelles

Dès la Constituante française de 1789, différentes affaires contentieuses³ et non contentieuses étaient confiées à la décision des autorités administratives. Les autorités administratives décidaient sur des demandes et des réclamations des administrés, mais, aussi, sur

³ L'art. 12 de la loi du 30 mars 1792 attribue aux directoires de département, la décision des contestations relatives à l'administration des biens des émigrés. « (...) il ne saurait être question pour les conventionnels de laisser les juges ordinaires s'immiscer dans les affaires relatives aux émigrés dont la " liste fatale " a été dressée ; toutes les réclamations contre les inscriptions sur cette liste doivent se vider administrativement », Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, P.U.F., 2002, p. 36.

des recours contre des actes administratifs. Ainsi, en matière contentieuse, la résolution des contestations relatives à l'action administrative était attribuée à des autorités administratives⁴. De ce fait, les ministres étaient chargés de la résolution des recours contre les décisions des autorités inférieures et contre leurs propres actes⁵.

En matière envisagée en principe comme non contentieuse, la Constituante enlève la compétence du roi pour la déclaration de l'État débiteur⁶ et dispose que l'État ne peut être déclaré débiteur que par la décision de l'Assemblée nationale⁷. « *Cette mesure ne pouvait pas se maintenir longtemps dans nos lois ; les questions de liquidation se posaient en grand nombre à cette époque* »⁸. De ce fait, la Convention a fait un retour vers la compétence administrative, en déterminant que les créances seront réglées administrativement⁹. Le Directoire attribue cette fonction aux commissaires du Directoire exécutif près les administrations¹⁰. Ultérieurement, les ministres seront chargés de liquider les créances, en raison d'un principe confirmé à plusieurs reprises¹¹.

La déclaration de l'État débiteur, suite à la demande du prétendu créancier, n'est pas en principe une compétence contentieuse¹², mais une décision administrative ne tranchant aucun litige et qui est exigée normativement pour des raisons budgétaires. Cette compétence s'apparente à celle des ministres pour la liquidation des pensions civiles et militaires¹³. Dans le cas des pensions, comme dans celui de la reconnaissance des dettes, l'administré présente une demande à l'administration pour qu'elle prenne une première décision constitutive ou déclarative. On se pose néanmoins la question de savoir pourquoi le ministre avait été considéré comme juge en matière de déclaration d'État débiteur, alors même que la théorie du ministre-juge est fondée, en principe, sur une

⁴ L'article 17 de la loi de 27 avril – 25 mai 1791 attribue au Conseil des ministres la résolution en dernier ressort, des recours contre les décisions des autorités administratives.

⁵ Les articles 193 et 196 de la Constitution du 5 fructidor an III attribuent la compétence à chaque ministre pour trancher les contestations sur les actes des administrations départementales et sur leurs propres actes.

⁶ « *Sous l'Ancien Régime, c'était le roi en Conseil des finances qui, du moins depuis la suppression de la charge de surintendant, déclarait l'État débiteur (Édit du 15 septembre 1661)* », Achille MESTRE, *Du principe en vertu duquel l'administration seule est compétente pour déclarer l'État débiteur*, Berger-Levrault, Paris, 1899, p. 4.

⁷ Art. 1 de la loi des 17 juillet-8 août 1790 « *L'assemblée nationale décrète comme principe constitutionnel que nulle créance sur le Trésor public ne peut être admise parmi les dettes de l'État qu'en vertu d'un décret de l'Assemblée nationale sanctionné par le roi* ».

⁸ Achille MESTRE, *Du principe en vertu duquel l'administration seule est compétente pour déclarer l'État débiteur*, *op. cit.*, p. 5.

⁹ « *La Convention nationale décrète que toutes les créances sur l'État seront réglées administrativement. Elle charge ses comités de liquidation et des finances de lui proposer dès demain un décret à cet égard* », décret du 26 septembre 1793, *Bulletin des lois*, n° 35, p. 31, in Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, t. 6, A. Guyot et Scribe éditeurs, Paris, 1825, p. 234.

¹⁰ Loi du 19 nivôse an IV. En application de ce principe, le Directoire a considéré que « (...) le tribunal qui prend sur lui, en pareil cas, de fixer une indemnité, et d'en ordonner le paiement, s'arroge, contre tous les principes, le droit de créer une créance contre la République, tandis que toute indemnité en faveur de ceux qui ont travaillé pour le Gouvernement doit être le résultat d'une liquidation qui est exclusivement réservée au pouvoir exécutif », Arrêté du Directoire exécutif du 2 germinal an V (22 mars 1797) in Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, t. 9, 2^e éd., A. Guyot et Scribe éditeurs, Paris, 1835, p. 330.

¹¹ « (...) les dépenses (...) seront liquidées (...) par les ministres », art 23 de la loi du 23 sept. 1814. Confirmé par l'art. 39 de l'ordonnance du 31 mai 1838 disposant qu'« aucune créance ne peut être liquidée à la charge du trésor que par l'un des ministres ou par ses délégués ». De même l'art. 62 du décret du 31 mai 1862 disposant qu'« aucune créance ne peut être liquidée (...) que par l'un des ministres ».

¹² Comme n'est pas non plus contentieuse, la demande qu'un particulier adresse à un autre de reconnaître une dette.

¹³ Art. 1^{er} du décret du 13 septembre 1806 ; art. 25 de la loi du 11 avril 1831 ; art. 27 de la loi du 18 avril 1831 et art. 24 de la loi du 9 juin 1853.

conception contentieuse de la juridiction¹⁴.

Tout d'abord, la fonction des ministres dans la liquidation des dettes de l'État ne se limitait pas à une opération non contentieuse d'acceptation ou de rejet de la créance, d'enregistrement comptable et de liquidation. La fonction du ministre pour la liquidation des dettes emportait aussi « *l'examen de toute demande sur le trésor public susceptible de contestation ou de difficulté* »¹⁵, instituant un véritable droit de décision sur le contentieux lié à la créance du trésor public¹⁶. Ensuite, la déclaration de l'État débiteur était le critère adopté par la jurisprudence pour la détermination de la compétence de la juridiction administrative¹⁷ et, par conséquent, pour la délimitation du contentieux administratif¹⁸. En raison de ce critère de la compétence de la juridiction administrative, les ministres seraient appelés à décider, en premier ressort, du contentieux administratif, c'est-à-dire à déclarer l'État débiteur¹⁹. Les ministres sont considérés comme des juges de droit commun dans ces matières, en tant que les seuls ordonnateurs des fonds publics, et le Conseil d'État n'est envisagé que comme un juge d'appel²⁰. Enfin, le caractère contentieux et juridictionnel de la décision du ministre en matière de déclaration de l'État débiteur est confirmé pour la comparaison de la situation d'un particulier obligé de saisir la juridiction pour déclarer créancier un autre particulier, alors qu'il doit se porter devant l'administration lorsque le prétendu créancier est une personne publique²¹. De ce fait, l'administration qui substituerait la juridiction serait nécessairement contentieuse et, par conséquent, juridictionnelle.

¹⁴ Sur l'ensemble de la question voir les développements consacrés à l'administrateur-juge au XIXe siècle, dans la première partie de cette recherche.

¹⁵ Loi du 8 août 1790.

¹⁶ « *Du principe général que la liquidation des dettes de l'État appartient à l'autorité administrative, (...) il suit : Que cette attribution comprend la reconnaissance, la vérification et le règlement de la créance, l'application des déchéances et autres exceptions, et la fixation du mode, des époques et des valeurs du paiement (...) Que lorsqu'il s'élève des contestations entre l'État et les créanciers, sur la nature et sur l'origine de la dette, c'est à chaque ministre à prononcer sur les actes dont la cause rentre dans les attributions de son département (...)* », Louis Marie De CORMENIN, *Droit administratif*, 5^e éd., t. II, Gustave Thorel, Paris, 1840, p. 4-5.

¹⁷ « (...) *que c'est à l'autorité administrative qu'il appartient (à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par des lois spéciales) de statuer sur les demandes qui tendent à constituer l'État débiteur ; que ce principe, (...) est devenu une des bases de notre droit public et la règle générale de compétence pour les instances introduites contre l'État, puissance publique, par les particuliers qui prétendent être créanciers (...)* », C.E.f. 6 décembre 1855, *Rothschild, Rec.*, p. 707. Le critère de l'État débiteur est aussi énoncé dans un décret sur conflit du 11 mai 1870. Cf. Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, Berger-Levrault, Paris, 1887, p. 383.

¹⁸ Ce critère abandonné par l'arrêt du T.c.f. 8 fév. 1873, *Blanco, Rec.*, p. 61, *D.* 1873, III, p. 20, concl. DAVID, *S.* 1873, III, p. 29 ; G.A.J.A., 18^e éd., n° 1. Le commissaire du gouvernement a conclu dans cette affaire : « *Cette règle, qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de constituer l'État débiteur, outre qu'elle ne repose pas sur une base solide, a donc, si on la prend dans un sens absolu, le grave inconvénient d'exagérer singulièrement la doctrine du Conseil d'État, à laquelle elle a malheureusement prêté sa formule (...) elle n'est plus que l'application à une certaine catégorie d'actions de la première règle plus générale, d'après laquelle l'autorité judiciaire serait incompétente pour connaître de toutes les réclamations formées contre l'État par les particuliers à l'occasion des services publics* », Conclusions du commissaire du gouvernement DAVID sur T.c.f. 8 fév. 1873, *Blanco, Rec.*, p. 61, *S.* 1873, p. 29.

¹⁹ « *Ces textes, destinés à écarter la compétence judiciaire en consacrant la théorie de l'État débiteur (...) affirmèrent, en même temps, la compétence des ministres pour régler le « contentieux administratif », c'est-à-dire les opérations qui s'exécutent avec les fonds publics, puisque les ministres sont ordonnateurs. Ainsi apparut la théorie du ministre-juge (...)* », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, Paris, 1992, p. 581.

²⁰ « *Il semble qu'on ne puisse expliquer autrement cette compétence du ministre pour toutes les affaires contentieuses, c'est-à-dire celles qui tendent à faire déclarer l'État débiteur, la compétence du Conseil d'État, juge d'appel, étant de même nature que celle du ministre* », Roland DRAGO, « L'État débiteur », *Revue de Science et de législation financière*, 1952, p. 808.

²¹ « *Il est bien certain que le ministre n'a jamais pu être un juge mais il agissait comme un juge puisqu'il était seul compétent pour déclarer l'État débiteur* », *idem*.

Le caractère juridictionnel des actes des ministres, exigés au préalable de la saisine du Conseil d'État²², est accepté implicitement par la jurisprudence ayant utilisé pour la rédaction des arrêts, des expressions typiquement réservées aux organes et aux actes juridictionnels²³.

2. L'exclusion de certaines décisions de la théorie de l'administrateur-juge

La théorie de l'administrateur-juge considère que le ministre prend des actes juridictionnels dans toutes les matières pouvant donner lieu à un recours au Conseil d'État²⁴. À partir de ce critère, aucune différenciation fondée sur l'existence ou non du contentieux n'était faite au sein des compétences des ministres. Néanmoins, il est des auteurs qui plaident déjà la mise en valeur de l'élément contentieux des décisions ministérielles pour limiter le label juridictionnel à ces décisions²⁵.

La différenciation des fonctions des ministres acquiert des effets pratiques dans le décret du 2 novembre 1864 introduisant des éléments de procédure dans les décisions ministérielles. Au lieu d'entériner la théorie du ministre-juge²⁶ par une utilisation quelconque d'expressions traditionnellement réservées aux juges²⁷, le décret s'attaque au fond de la théorie par la distinction des compétences des ministres. Ainsi, l'article 7 du décret prévoit que le silence gardé par le ministre pendant quatre mois fait présumer l'existence d'une décision de rejet pouvant être l'objet d'un recours au Conseil d'État²⁸. Mais cette fiction n'opère qu'en matière contentieuse, c'est-à-dire « lorsque les ministres statuent sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées »²⁹, alors que la délivrance d'un récépissé de réception et d'enregistrement et l'obligation de prendre des « décisions spéciales » s'appliquent sans distinction aux compétences ministérielles³⁰.

La présomption de décision négative du ministre donne lieu à une application stricte du

²² Par exemple, en matière de recours : « (...) toutes les contestations qui s'élèvent entre l'administration des domaines et ses préposés (...) doivent être soumises d'abord à la décision de notre ministre des Finances, sauf le recours au Conseil d'État », C.E.f. 22 mai 1813, *Chenantaïs c. Régie des domaines*, in Jean-Baptiste SIREY, *Jurisprudence du Conseil d'État depuis 1806*, t. II, Cour d'Harlai, Paris, 1818, p. 344-345.

²³ C.E.f. 26 février 1823, *Mouton c. le Domaine*, Rec., p. 164 ; C.E.f. 31 décembre 1844, *Arnaud c/ ministre de la guerre*, Rec., p. 700 ; C.E.f. 17 août 1825, *Boyer c. le Ministre de la guerre*, Rec., p. 493 ; C.E.f. 29 août 1834, *Andral*, Rec., p. 595.

²⁴ « Pour que l'acte d'un administrateur actif puisse être regardé comme juridictionnel, il n'est pas suffisant qu'il soit susceptible d'un recours devant le Conseil d'État », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1899, p. 185.

²⁵ Tel est le cas d'Alfred TROLLEY, *Traité de la hiérarchie administrative*, t. I, G. Thorel, Paris, 1844, p. 222.

²⁶ La théorie du ministre-juge était déjà combattue dès 1862 : Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif, ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Cosse et Marchal, Paris, 1862, p. 611 ; « Les Ministres sont-ils juges ordinaires du Contentieux administratif ? », *R.P.D.F.* 16 avril et 1^{er} mai 1863, p. 25.

²⁷ « Le Conseil d'État, qui a rédigé le décret, a eu soin de ne pas qualifier de jugement les actes auxquels il faisait allusion, précisément parce qu'il ne voulait pas consacrer la théorie qu'attribue aux ministres le pouvoir de juges, dans tous les cas où leurs décisions sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État », Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, t. I, Dunod, Paris, 1869, p. 476.

²⁸ Cette présomption de décision était en soi une négation du fait que le ministre pouvait être juge, alors qu'il n'est pas obligé de décider.

²⁹ Art. 7 du décret du 2 nov. 1864.

³⁰ Art. 5-6 du décret du 2 nov. 1864.

Conseil d'État, refusant d'élargir la décision implicite aux cas où le silence du ministre se présente par une première demande adressée à lui³¹ et même du silence à l'égard des recours contre ses propres actes³². Néanmoins, le Conseil d'État avait admis que le silence à l'égard d'une demande présentée devant une autorité subordonnée au ministre peut être tenu pour une décision implicite, aux seuls effets de pouvoir saisir le ministre³³. C'est seulement dans le cas du silence gardé par le ministre en matière de recours, que la présomption opère³⁴.

La différenciation des compétences des ministres est aussi entamée par les auteurs. Pour Léon Aucoc le ministre n'est juge que lorsqu'il tranche un contentieux³⁵, ce qui permet à Théophile DUCROCQ d'affirmer que les ministres n'exercent aucune fonction juridictionnelle lorsqu'ils reconnaissent, liquident et ordonnent les dettes de l'État, ou des pensions civiles et militaires³⁶ : « *Les ministres statuent, en ces matières, non comme juges, mais comme administrateurs* »³⁷.

La différenciation des compétences ministérielles est finalement adoptée par la jurisprudence : la décision du ministre à l'égard d'une demande d'indemnisation n'est pas juridictionnelle et, par conséquent, la motivation n'est pas obligatoire³⁸. De même, la décision des préfets en matière de liquidation des pensions³⁹ peut être déférée au Conseil d'État, *omisso medio* la décision du ministre⁴⁰, car les ministres ne sont pas des juges en matière de liquidation des pensions⁴¹.

Lorsque la décision du ministre est exigée préalablement à la saisine du Conseil d'État, notamment en matière des dettes de l'État et de pensions, les auteurs avaient cru y voir une

³¹ « (...) que l'art. 7 du décret du 2 novembre ne s'applique qu'au cas où le ministre n'a pas statué, dans le délai de quatre mois, sur les recours formés contre les décisions des autorités qui lui sont subordonnées ; qu'ainsi les sieurs Guimard et consorts ne peuvent pas invoquer ledit article pour saisir directement le Conseil d'État de la requête qu'ils avaient présentée au Min. des fin. (...) », C.E.f. 21 mars 1879, Guimard, Rec., p. 240.

³² C.E.f. 19 juillet 1872, Drouard, Rec., p. 438.

³³ Dans le cas d'une requête dirigée au préfet : « si le sieur et la dame Abeille voulaient former un recours contre ce refus, c'était devant notre min. de l'Int. que ce recours devait être porté ». C.E.f. 21 mai 1867, Abeille Rec., p. 510.

³⁴ « (...) que le préfet n'ayant fait aucune réponse à ladite sommation, le sieur Chabanne s'est pourvu devant notre ministre de l'Intérieur, et lui a demandé de décider que l'alignement réclamé serait délivré au requérant dans le plus bref délai ; qu'il n'est intervenu aucune décision dans le délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation du sieur Chabanne au ministre de l'Intérieur ; que, dès lors, (...) il peut considérer sa réclamation comme rejetée et par suite qu'il est recevable à se pourvoir devant nous en notre conseil d'État », C.E.f. 11 janvier 1866, Chabanne, Rec., p. 22.

³⁵ Léon Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, t. I, Dunod, Paris, 1869, p. 459.

³⁶ « (...) faut-il reconnaître ce caractère qu'aux décisions ministérielles qui prononcent sur un litige, c'est-à-dire sur un débat entre deux parties, ou sur la réclamation dirigée contre un acte d'une autorité inférieure, lorsqu'elle est fondée sur la violation d'un droit ? », Théophile DUCROCQ, *Cours de Droit administratif*, t. I, 5^e éd., Ernest Thorin, Paris, 1877, p. 366.

³⁷ *Ibidem*, p. 369.

³⁸ « Les prescriptions de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 ne s'appliquent qu'aux jugements (...) », Frédéric Eugène LEVAVASSEUR de PRECOURT, conclusions sur C.E.f. 30 avril 1880, Harouel et Horin, Rec., p. 419. Le Conseil d'État décide dans l'affaire « (...) que la décision par laquelle le min. de la Guerre a refusé d'allouer une indemnité aux requérants n'est pas de celles auxquelles s'applique l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 ».

³⁹ Les décrets du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861 habilent les préfets pour statuer sur les liquidations des pensions.

⁴⁰ La décision du préfet a « (...) le caractère d'une décision de nature à être déféré directement au Conseil d'État par la voie contentieuse », C.E.f. 24 juin 1881, Bougard, Rec., p. 648.

⁴¹ « Spécialement en ce qui concerne les pensions, nous estimons que c'est en qualité d'administrateur que chaque ministre procède à leur liquidation, et la décision qu'il prend n'est pas plus un jugement que ne l'est le décret du chef de l'État qui accorde une pension », Conclusions GOMEL sur C.E.f., 24 juin 1881, Bougard, Rec., p. 648, cit. par Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, P.U.F., Paris, 2002, p. 205.

compétence juridictionnelle et la jurisprudence avait fourni des arguments pour y croire. Néanmoins, l'évolution a permis de restreindre les cas où le ministre était considéré comme juge à ceux où il existait un contentieux, notamment pour la contestation d'un acte administratif. Dans les autres cas, la décision continue d'être requise, mais non à titre juridictionnel. Cette différenciation rend possible le dévoilement de la règle de la décision administrative préalable.

B. Le dévoilement de la règle

La règle de la décision préalable à la saisine juridictionnelle se construit sous-couvert de la théorie de l'administrateur-juge. Cette règle est dévoilée par la négation de la théorie du ministre-juge et elle est maintenue par l'inertie jurisprudentielle (1). Pouvant être ultérieurement anéantie, la confirmation normative (2) a néanmoins inscrit durablement la règle de la décision préalable, dans le système français.

1. L'inertie jurisprudentielle

En niant que le ministre devait être préalablement saisi de tous les recours qui seraient portés au Conseil d'État, notamment lorsque celui-ci n'était pas le supérieur hiérarchique de l'autorité qui a pris la décision⁴², la jurisprudence a déclaré que des actes administratifs des autorités, comme le maire, pouvaient être directement déférés à la juridiction administrative. Au fond, le Conseil d'État continue à n'être saisi que de la décision prise préalablement par une autorité administrative ; mais, cette autorité n'est plus nécessairement le ministre. En apparence, la décision *Cadot* en date du 13 décembre 1889 n'aurait modifié en rien la situation antérieure, dans la mesure où le Conseil d'État se serait reconnu juge de droit commun du contentieux administratif⁴³ ; mais, il ne pourrait toujours pas être saisi *de plano*⁴⁴.

Par conséquent, la décision préalable est expliquée comme une continuation de l'état de droit antérieur, maintenu en raison du « poids de l'inertie jurisprudentielle »⁴⁵, car « une habitude était prise »⁴⁶ par le Conseil d'État de ne pas être saisi directement ; la décision du ministre serait remplacée, dans certains cas, par la décision d'une autre autorité administrative. Inconsciemment le Conseil d'État aurait considéré que la décision préalable était nécessaire, alors même qu'elle n'aurait plus la nature d'une décision juridictionnelle de première instance⁴⁷. Pour ARTUR, « (...) cette

⁴² C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot*, *Rec.*, 1148, concl. JAGERSCHMIDT ; S. 1892, 3, 17, note HAURIU.

⁴³ « C'est depuis que le Conseil d'État l'a formulée qu'on peut vraiment le dire juge de droit commun en premier ressort en matière administrative », Maurice HAURIU, note sous C.E.f. 29 avril 1892, *Wotting c/Ville de Limoges*, S. 1892, III partie, p. 17.

⁴⁴ « (...) la suppression de la théorie du ministre-juge ne modifie en rien l'obligation de s'adresser au ministre avant de pouvoir porter un recours devant le Conseil d'État (...) les Conseils de préfecture continuant cependant à être saisis directement par les particuliers », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., Paris, 1970, p. 273.

⁴⁵ Patrick MINDU, *La règle de la décision administrative préalable*, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁶ René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd., Montchrestien, Paris, 2008, p. 532.

⁴⁷ « Pour nous, la raison est historique et accidentelle : c'est que, le ministre ayant été longtemps considéré comme un juge de première instance, une décision de sa part était nécessaire, et qu'on a inconsciemment maintenu cette nécessité tout en prétendant que le ministre n'était pas juge », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *R.D.P.* 1900, novembre-décembre, p. 466.

prétendue nécessité d'une décision ministérielle n'est qu'une conséquence, inconsciemment gardée, de la théorie du ministre-juge »⁴⁸. La règle de la décision préalable ne serait qu'une survivance de la théorie du ministre-juge⁴⁹ dans la mesure où elle garderait la conséquence la plus « *funeste* » de la théorie condamnée⁵⁰ : « *si le Conseil d'État était un véritable juge de droit commun on pourrait porter directement devant lui les actions tendant à faire déclarer l'État débiteur* »⁵¹.

Par ailleurs, la continuité serait encore plus frappante, dans la mesure où, de même qu'avant la décision *Cadot*, la décision préalable d'une autorité administrative n'est toujours pas exigée devant les conseils de préfecture⁵², même lorsqu'il s'agit de constituer l'État débiteur. Que la juridiction administrative inférieure puisse, avant et après 1889, être saisie directement d'une demande d'un administré, mettrait en évidence que la règle de la décision préalable n'est en principe qu'une habitude prise exclusivement par le Conseil d'État, dépourvue d'un fondement garantissant sa pérennité.

L'exigence de la décision préalable à la saisine juridictionnelle ne serait qu'un des exemples des changements graduels de la jurisprudence française⁵³, insérée dans une évolution marquée par « *l'inertie naturelle de la règle initialement adoptée* »⁵⁴. Dès lors, afin de démanteler complètement le système de l'administrateur-juge, la jurisprudence aurait tout d'abord nié le caractère absolu de la règle, par l'admission des cas où le Conseil d'État pouvait être directement saisi⁵⁵. Ensuite, la jurisprudence aurait démenti que la décision prise au préalable de la saisine du juge était de nature juridictionnelle⁵⁶. Par conséquent, enfin, il y aurait des raisons de croire que la jurisprudence finirait par admettre que la décision préalable n'est pas nécessaire pour accéder au juge⁵⁷. Le maintien transitoire de la règle de la décision préalable assurerait la transition complète entre le système de l'administrateur-juge et celui de l'administrateur et son juge⁵⁸.

⁴⁸ Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *R.D.P.* 1900, sept.- oct., p. 250.

⁴⁹ « (...) *Sous une apparence différente, cette théorie s'est maintenue jusqu'à nos jours (...) puisque dans toutes les affaires contentieuses, principalement dans les affaires de responsabilité, le Conseil d'État exige constamment une décision préalable* », Rolland DRAGO, « L'État débiteur », *loc. cit.*, p. 808.

⁵⁰ « *Le Conseil d'État croit avoir rompu avec le système du ministre-juge ; il en a gardé la conséquence la plus funeste, la nécessité pour le plaideur de s'adresser au ministre et d'en obtenir une décision avant de pouvoir aborder le tribunal* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *loc. cit.*, p. 280.

⁵¹ Roland DRAGO, « L'État débiteur », *loc. cit.*, p. 809.

⁵² C.E.f. 21 déc. 1937, *Bermond, Rec.*, p. 1075.

⁵³ « *Aussi, la vie de la règle jurisprudentielle, son évolution, sont-elles finalement dominées, tout entières par cette sorte de pesanteur de la règle créée ; et la tâche modificatrice du juge en porte nécessairement la marque. La méthode qu'il utilise à cet égard doit allier la conscience de la nécessité du mouvement au souci d'une relative stabilité du droit ; l'œuvre jurisprudentielle sera un perpétuel compromis entre ces deux exigences contradictoires* », Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 1972, p. 255.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ En matière de liquidation de pensions : C.E.f. 12 août 1868, *Pétiaux, Rec.*, p. 913. La décision du préfet peut être attaquée directement devant le Conseil d'État : C.E.f. 7 avril, 1869, *Ville de Nîmes, Rec.*, p. 326. Le retrait de l'acte peut être objet d'un recours sans besoin de recours préalable au ministre : C.E.f. 13 juin 1873, *Commune de Liévin c/ la compagnie des mines de Liévin, Rec.*, p. 522. Voir : », C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 430, concl. LEVAVASSEUR DE PRECOURT. Confirmé par C.E.f. 14 janv. 1887, *L'union des gaz, Rec.*, p. 43. C.E.f. 28 avril 1882, *Ville de Cannes c/ la Société de Marie, Rec.*, p. 389. C.E.f. 4 avril 1884, *Rivier, Rec.*, p. 217 ; C.E.f. 24 juin 1881, *Bougard, Rec.*, p. 648, concl. GOMEL.

⁵⁶ C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot, Rec.*, 1148.

⁵⁷ C'est pour cela qu'ARTUR prédit la disparition future de la règle de la décision préalable.

⁵⁸ Pour Artur, le système de l'administrateur-juge ne serait vraiment fini qu'une fois que la décision préalable ne serait plus obligatoire : « *si la décision du ministre est nécessaire, ce n'est pas comme décision administrative : il ne s'agit plus là d'administrer, mais de juger, de statuer sur le droit en vue d'en assurer le respect* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit.*, p. 495.

2. La confirmation normative

Le maintien de l'exigence d'une décision préalable à la saisine du Conseil d'État s'avérait conflictuel : il est vrai que les autorités administratives n'étaient plus considérées comme des juges et, surtout, comme les juges de droit commun du contentieux administratif. Toutefois, la règle de la décision préalable reconnaissait aux autorités administratives le droit de bloquer l'accès au juge par la prérogative du silence gardé à l'égard de la demande d'un administré. Obligés d'obtenir une décision de l'autorité administrative pour avoir accès au Conseil d'État, les administrés se trouvaient sans moyens de contraindre l'administration négligente, surchargée ou de mauvaise volonté.

Le décret de 1864 avait instauré une présomption de décision en cas de silence du ministre ; mais, ce correctif était limité aux cas où il décidait des recours contre des actes des autorités inférieures⁵⁹. Même si la jurisprudence avait admis la présomption de décision de l'acte de l'autorité subordonnée, aux seuls effets de saisir le ministre⁶⁰, cette présomption devient moins utile lorsque la jurisprudence décide que le recours au ministre n'est pas obligatoire. Ainsi, le problème du silence administratif s'avérait insurmontable : le silence indéfiniment gardé n'avait pas été considéré comme un déni de justice à l'époque où l'administrateur est considéré comme juge et, à plus forte raison, le silence gardé par une autorité désormais considérée comme administrative, ne saurait être fautif. La juridiction administrative demande une décision administrative pour pouvoir être saisie ; mais, elle ne dispose pas des moyens d'enjoindre l'autorité administrative à décider.

La loi du 17 juillet 1900 donne une réponse au pouvoir de blocage des autorités administratives, en gardant le silence : « *Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme de recours contre une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'État* »⁶¹. La décision implicite de rejet débloque l'accès au Conseil d'État en cas de silence ; mais, elle a entériné la règle jurisprudentielle de la décision préalable, jusqu'alors dépourvue de fondement normatif et vouée à la disparition⁶². L'interprétation *a contrario* de la norme de 1900 signifie qu'il y aurait des affaires contentieuses pouvant être introduites au Conseil d'État autrement que comme un recours contre une décision administrative. Néanmoins, cette forme d'interprétation est désormais négligée.

La confirmation normative, opérée en 1900, s'inscrivait dans la même logique de la jurisprudence qui réservait la règle aux recours portés au Conseil d'État. Cependant, lors de la

⁵⁹ Art. 2 du décret du 2 nov. 1864.

⁶⁰ C.E.f. 11 janvier 1866, *Chabanne, Rec.*, p. 22 ; C.E.f. 21 mai 1867, *Abeille Rec.*, p. 510.

⁶¹ Art. 3 de la loi du 17 juillet 1900.

⁶² L'article 3 de la loi de 1900 « *S'il n'a pas résolu la difficulté juridique soulevée par la pratique dont il corrige les abus il donne, semble-t-il, une adhésion tacite au système de la décision préalable* », Joseph LABAYLE, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, thèse, Arthur Rousseau éd., Paris, 1907, p. 17.

création des tribunaux administratifs, la règle a été étendue à ces juridictions de droit commun⁶³ et, par conséquent, les commentateurs n’y voient plus une exception propre au Conseil d’État, mais un principe attaché à la « *conception française d’un droit administratif autonome* »⁶⁴, par rapport au droit civil où la décision préalable n’est pas exigée. Ensuite, la loi du 7 juin 1956 généralise l’application de la règle à toutes les juridictions administratives. Le décret du 11 janvier 1965 confirme à nouveau la règle et, en matière de décision implicite, le décret se prononce dans des termes généraux : « *le silence gardé pendant plus de quatre mois sur une réclamation par l’autorité compétente vaut décision de rejet* ». L’article 12 de la loi du 12 avril 2000 réduit à deux mois le délai pour la constitution de la décision implicite. Aujourd’hui, la règle de la décision administrative préalable figure dans le Code de justice administrative⁶⁵.

Avec les différentes dispositions normatives ayant adopté la théorie de la décision administrative préalable, la règle d’origine jurisprudentielle s’est durablement inscrite dans le système français du contentieux administratif. Ainsi, cette règle s’est déliée de ses origines au sein de la théorie du ministre-juge et, par conséquent, elle a dû être justifiée pour d’autres raisons. La règle de la décision administrative préalable aurait contribué à instaurer la séparation entre l’administration non juridictionnelle et la juridiction administrative.

§ 2. La séparation entre l’administration non juridictionnelle et la juridiction administrative

La séparation entre l’administration non juridictionnelle et la juridiction administrative décrit une évolution lente qui n’est pas encore, en France, arrivée au bout de ses conséquences⁶⁶. La règle de la décision préalable s’inscrit dans la conception française de la séparation de l’administration juridictionnelle et de l’administration non juridictionnelle. Elle attribue un domaine à la compétence administrative (A) de même qu’elle garantit une certaine conception de l’indépendance administrative. En raison des fonctions de la décision administrative préalable, elle peut être identifiée comme un privilège ou une prérogative de l’administration (B).

A. La compétence administrative

Dans un système comme le français où le juge administratif est issu de l’administration et où il est compétent sur sa compétence, la détermination du domaine de compétence de la juridiction administrative, par rapport à l’administration non juridictionnelle, ne relève pas de l’évidence. Tel n’est pas le cas colombien où la juridiction du contentieux administratif est constitutionnellement

⁶³ « *Sauf en matière des travaux publics, le tribunal administratif ne peut être saisi que par voie de recours formé contre une décision (...)* », art. 3 du décret législatif du 30 sept. 1953, sur la réforme du contentieux administratif.

⁶⁴ Henri BONNEAU, « La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », *D.* 1955, chron. III, p. 12.

⁶⁵ Art. R. 421-1 du C.J.A.

⁶⁶ Le décret du 6 mars 2008 réduit la représentation des sections administratives à l’intérieur des formations contentieuses du Conseil d’État. Néanmoins, la règle de la double appartenance, établie par le décret du 30 juillet 1963, est seulement affaiblie.

placée dans la branche juridictionnelle du pouvoir⁶⁷ et dont la législation a établi les critères de sa compétence⁶⁸. La règle de la décision préalable fournit un critère pour la détermination du domaine des actes administratifs (1), établi à partir d'une limitation du pouvoir du juge en faveur de l'administration (2).

1. Le domaine des actes administratifs

L'adoption de la théorie de l'administrateur-juge et son abandon ultérieur constituent des efforts visant à établir les frontières entre les deux parties de l'administration française : la juridiction administrative et l'administration non juridictionnelle. Sous la théorie de l'administrateur-juge, les domaines de l'administration non juridictionnelle s'arrêteraient au moment où l'autorité serait portée à prendre une décision pouvant être l'objet d'un recours au Conseil d'État. En revanche, après l'arrêt *Cadot*, la règle de la décision préalable établirait, de prime abord, un domaine non contentieux des actes administratifs dans la mesure où c'est la juridiction administrative qui est le juge de droit commun du contentieux administratif⁶⁹. Néanmoins, l'arrêt *Cadot* n'établit pas une séparation matérielle entre la juridiction administrative et l'administration non juridictionnelle : les autorités administratives continuent d'exercer les mêmes fonctions que sous la théorie de l'administrateur-juge ; mais, elles ne seraient plus qualifiées comme juridictionnelles⁷⁰.

La fin de la théorie de l'administrateur-juge n'a pas signifié un bouleversement des fonctions exercées par l'administration. Dans nombre des cas, lorsque le Conseil d'État considérait qu'il n'était pas correctement saisi parce que l'autorité administrative ne s'était pas prononcée au préalable, cela ne voulait pas signifier que le Conseil d'État était une juridiction de deuxième instance, mais que la matière relevait de la compétence de l'autorité administrative⁷¹. Pour expliquer cela, BOUCHENE-LEFER différencie les demandes des réclamations. Toutes les demandes des administrés devraient être portées nécessairement à l'administration et sa décision pourrait donner lieu à des réclamations. Seules ces dernières auraient un contenu contentieux et elles « (...) *peuvent être portées tantôt devant une autorité supérieure s'il en existe, tantôt devant la juridiction administrative ou judiciaire* »⁷².

⁶⁷ Titre VIII de la Constitution colombienne « *De la branche juridictionnelle* » du pouvoir.

⁶⁸ Art. 82 du C.C.A. et art. 149 et suiv. C.P.A.C.A.

⁶⁹ Maurice HAURIU, note sous C.E.f. 29 avril 1892, *Wotting c/Ville de Limoges*, S. 1892, III partie, p. 17.

⁷⁰ Néanmoins il a été fait retour aux critères matériels de la juridiction. Cf. « Un "élément de contestation préalable" est "nécessaire pour que puisse s'exercer la fonction juridictionnelle" » : C.E.f. 19 fév. 1943, *Bugnet, Droit social* 1943, p. 174. La Commission de contrôle des Banques est une juridiction car statue en matière disciplinaire : C.E.f. 31 mars 1950, *Dame Slaiher, Rec.*, p. 209 ; C.E.f. 12 oct. 1956, *Sieur Desseaux*, concl. LASRY, R.D.P. 1957, p. 144 ; C.E.f. Ass. 7 fév. 1947, *d'Aillières, Rec.*, p. 50, R.D.P. 1947, p. 68 note WALINE et p. 81, concl. ODENT.

⁷¹ « *Considérant qu'il n'a été prononcé par aucune autorité sur ce chef de demande, et qu'il ne peut dès-lors y être statué, par nous, en notre Conseil d'État* », C.E.f. Ordonnance du 20 juin 1821, *Moisant c/ Commune de Tocqueville, Rec. Macarel*, 1821, p. 139. *Considérant « que, sur cette réclamation, c'est à notre Ministre des finances qu'il appartient de statuer en première instance, et que le sieur Colson ne justifie d'aucune décision qui soit intervenue sur ce chef* », C.E.f. Ordonnance du 13 mars 1822, *Colson c/ le Domaine, Rec. Macarel*, 1822, p. 276. « *Considérant que le sieur Frantz, ne produit aucune décision ministérielle qui ait statué sur ce chef de réclamation, lequel ne peut nous être présenté directement* », C.E.f. Ordonnance du 24 janvier 1834, *Frantz, Rec.*, p. 72

⁷² Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER, « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administratives ou du contentieux et du non contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 437.

Dès lors, ce n'est pas le contentieux qui est le critère de différence entre le domaine de l'action administrative et de la juridiction administrative, mais le moment de l'intervention juridictionnelle : celle-ci ne serait possible qu'après une première décision de l'administration, sauf dans les cas où des recours administratifs sont exercés contre la décision. En conséquence, la décision administrative est celle qui, indépendamment de la matière sur laquelle l'administration se prononce, est une première décision qui est prise sur les demandes des administrés. Autrement dit, dès qu'il existe une décision administrative, l'administré est habilité, en règle générale, à se porter devant le juge ou devant l'administration elle-même. Ce principe de la première décision sur l'affaire s'applique aussi lorsque la décision administrative a rétroactivement disparu⁷³ par l'annulation juridictionnelle. Dans ce cas, l'autorité administrative reste compétente pour se prononcer sur l'affaire⁷⁴, cette fois-ci limitée par l'interdiction de reproduire la décision annulée⁷⁵. En outre, lorsqu'une juridiction a condamné une personne publique au paiement d'une somme d'argent, par une décision ayant des effets de chose jugée⁷⁶, cette obligation doit être administrativement mandatée et ordonnancée⁷⁷.

2. Une limitation du pouvoir du juge en faveur de l'administration

La règle de la décision administrative préalable relèverait de l'essence même du système français de séparation entre l'administration non juridictionnelle et la juridiction administrative. Étant née au sein de l'administration, et disposant du pouvoir d'annulation sur ses actes, la juridiction administrative aurait tendance à exercer une emprise toujours plus importante sur l'administration qu'elle contrôle. C'est précisément une précaution semblable à celle qui aurait fait considérer comme insupportable le contrôle exercé par les parlements de l'Ancien Régime, sur l'administration⁷⁸, leur permettant de prendre des actes individuels et des arrêts de règlement. Dès lors, à l'égard de la juridiction administrative, la règle de la décision préalable établit une limite des

⁷³ C.E.f. 26 déc. 1925, *Rodière, Rec.*, p. 1065 ; *R.D.P.* 1926, p. 32, concl. CAHEN-SALVADOR ; *S.* 1925, 3, p. 39, note HAURIUO ; C.E.f. Sect. 25 juin 2001, *Soc. Toulouse football club, A.J.D.A.* 2001, p. 887, note SIMON ; C.E.f. 11 mai 2004, *Association A.C. ! et autres, G.A.J.A.* 18^e éd., n° 112.

⁷⁴ C.E.f. 16 janv. 1874, *Frères de la doctrine chrétienne de Levallois-Perret, Rec.*, p. 43 ; C.E.f. 13 mai 1881, *Brissi, Rec.*, p. 493 ; C.E.f. 9 juin 1899, *Toutain, Rec.*, p. 42. « *La restriction des pouvoirs du juge dans la matière de l'excès de pouvoir tient à l'originalité du contentieux de l'annulation (...) c'est parce que le recours pour excès de pouvoir est une voie de nullité ayant pour objet d'assurer l'application de la légalité ; elle n'a pas pour but de faire valoir les droits des administrés* », Joseph LABAYLE, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif, op. cit.*, p. 53.

⁷⁵ La méconnaissance de la chose jugée présente dans l'annulation d'un acte est un moyen d'ordre public : C.E.f. 6 juin 1958, *Chambre de commerce et d'industrie d'Orléans, Rec.*, p. 315 ; *A.J.D.A.* 1958, II, p. 261, concl. LONG ; C.E.f. 28 juillet 2000, *Commune de Port-Vendres, Rec.*, p. 360 ; *Revue de droit immobilier* 2000, p. 552, obs. MORAND-DEVILLER.

⁷⁶ Cela détermine que le juge des référés ne peut pas condamner des personnes publiques au versement de sommes d'argent.

⁷⁷ Art. 1^{er} de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980, art. L. 911-9 C.J.A.

⁷⁸ « (...) *le Parlement est aussi appelé à statuer sur des requêtes dirigées contre les actes (au sens le plus large du terme) des seigneurs, des communautés et du roi lui-même. C'est devant lui que les sujets contestent les prélèvements seigneuriaux (...) Réunissant les compétences d'un juge et d'une autorité hiérarchique, il surveille également les décisions municipales, notamment en matière de police économique (...) Les élections des autorités municipales peuvent aussi lui être déferées* », Katia WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif, op. cit.*, p. 10. Jean-Louis MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français, op. cit.*, p. 190.

pouvoirs du juge⁷⁹ : « (...) respectant les attributions propres de l'administration active, la juridiction administrative maintient logiquement sa pleine indépendance dans le domaine qui lui est réservé »⁸⁰.

En dépit de la négation de la théorie de la première instance juridictionnelle des ministres et du fait que le Conseil d'État ait été instauré pour « (...) résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »⁸¹, la jurisprudence administrative aurait accepté de ne pas être saisie directement des demandes des administrés, mais des recours contre les décisions administratives en raison d'un certain respect à l'égard de l'autorité administrative sous contrôle⁸². De cette façon, le Conseil d'État s'autolimit et conçoit son rôle à l'instar d'un juge de cassation ou d'un juge de la légalité des actes⁸³. De ce fait, la compétence de l'administration non juridictionnelle serait protégée des invasions du contrôle juridictionnel⁸⁴; mais, aussi, la règle de la décision préalable jouerait en faveur de l'acceptation du contrôle juridictionnel exercé sur l'administration⁸⁵.

La règle de la décision préalable fait partie de la même logique que celle interdisant l'administration de surseoir à statuer afin de demander au juge des décisions qu'elle-même pourrait prendre directement⁸⁶. Dans les deux cas, la compétence juridictionnelle est limitée à l'égard de la compétence administrative : la juridiction ne peut être saisie tant que l'administration ne s'est pas prononcée en ayant fait usage de ses pouvoirs propres⁸⁷. Cela veut dire que les pouvoirs juridictionnels se déterminent négativement par rapport aux fonctions administratives⁸⁸.

⁷⁹ « (...) en général le Conseil d'État se montre beaucoup plus disposé à restreindre qu'à étendre sa propre juridiction », Jean-Baptiste SIREY, *Le Conseil d'État selon la charte constitutionnelle*, imprimerie de Mme Veuve AGASSE, Paris, 1818, p. 154.

⁸⁰ Jacques CHEVALLIER, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *A.J.D.A.* 1972, p. 75.

⁸¹ Art. 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

⁸² Le Conseil d'État « [Il] laisse donc subsister cette formalité d'une décision préalable du ministre par suite d'une sorte de sentiment de respect, parce qu'il craignait de porter une atteinte trop directe au pouvoir de l'autorité », André MOREL, *La juridiction des administrateurs actifs*, thèse, Giard et Brière, Paris, 1904, p. 354.

⁸³ « (...) il semble que le Conseil d'État ait conçu son rôle juridictionnel comme devant être du même genre que celui de la Cour de cassation (...) Le type de la juridiction du Conseil d'État, à cet égard, est fourni par le recours pour excès de pouvoirs, tendant à l'annulation d'un acte administratif vicieux, ou encore par le recours en cassation, tendant à l'annulation de jugements de tribunaux administratifs. Même quand il fonctionne comme tribunal d'appel, le Conseil d'État statue, en un certain sens, sur une décision préalable d'un tribunal administratif, décision qu'il confirme ou réforme », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, op. cit., p. 804.

⁸⁴ Le juge « (...) peut en toute liberté examiner les actes de l'administration, justement parce qu'enfermé dans l'examen d'actes déjà posés, il ne sera pas arrêté par la préoccupation de ne pas empiéter sur les attributions de l'administration active », Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, 1903, 5^e éd., p. 229.

⁸⁵ Les spécificités les plus marquantes de la juridiction administrative française sont fondées sur l'acceptation du contrôle : c'est le rejet du contrôle exercé par les parlements de l'Ancien Régime qui justifient, *a contrario*, l'acceptation du contrôle exercé par des autorités administratives elles-mêmes. Mais, lorsque la juridictionnalisation du Conseil d'État se perfectionne, le pouvoir politique rappelle aussitôt que c'est à lui d'accepter le contrôle : décret du 30 juillet 1963, instaurant la règle de la double appartenance, considérée comme l'« (...) un des symboles de la spécificité du système français de contrôle juridictionnel de l'administration », Roland DRAGO, « Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public - Mélanges offerts à Marcel WALINE*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 388. Or, la restriction de la règle est opérée par le décret du 6 mars 2008.

⁸⁶ C.E.f. 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p. 9, note HAURIU ; C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine*, Rec., p. 338, concl. CHARDEAU ; A.J. 1956, II, p. 312, concl. CHARDEAU et p. 398 chron. FOURNIER et BRAIBANT ; R.D.P. 1957, p. 296, note WALINE.

⁸⁷ C.E.f. 1^{er} juillet 1953, *Ville de Neuilly-sur-Seine*, Rec., p. 331 ; C.E.f. 6 juin 1969, *Ville d'Arcueil*, Rec., p. 291.

⁸⁸ Le pouvoir d'injonction de la juridiction administrative à l'égard des administrés ne peut pas être exercé lorsque l'administration elle-même dispose des moyens nécessaires pour atteindre le même résultat : C.E.f. 27 janvier 1933, *Le Loir*, Rec., p. 136, D. 1934, III, p. 68, concl. DETTON ; S. 1933, III, p. 132, concl. C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine*, Rec., p. 338, concl. CHARDEAU ; A.J. 1956, II, p. 312, concl. CHARDEAU et p. 398 chron.

Sans confirmer que juger l'administration c'est encore administrer, la fonction du juge administratif, par rapport à la décision préalable, serait celle d'un administrateur négatif⁸⁹, ne pouvant que retirer des décisions prises par l'administration⁹⁰. Cela signifierait que le juge administratif ne puisse pas prendre l'acte substitutif de celui qui a été annulé. Or, le juge administratif pourra prendre l'acte substitutif dans le contexte de la pleine juridiction, notamment en matière électorale⁹¹, tout en conservant la possibilité de renvoyer l'affaire devant l'autorité administrative, afin qu'elle prenne la décision substitutive⁹². Ainsi, il est possible d'affirmer que la séparation entre l'administration non juridictionnelle et la juridiction administrative emporterait l'interdiction pour celle-ci d'administrer, c'est-à-dire de se prononcer directement sur les demandes des administrés sans qu'une première décision d'une autorité administrative ne soit prise. Mais, la séparation n'interdit pas à l'administration d'exercer des fonctions contentieuses entrant dans la sphère propre à la compétence administrative⁹³. La compétence de l'administration est garantie par l'autolimitation que s'est imposé le juge administratif, mais qui aurait pu, théoriquement, être mise en place par la défense que l'administration non juridictionnelle exercerait de sa compétence devant le tribunal des conflits⁹⁴. La règle de la décision préalable garantit la compétence de l'administration

FOURNIER et BRAIBANT ; *R.D.P.* 1957, p. 296, note WALINE. Cela veut dire que « le pouvoir d'injonction, assorti d'astreinte, du juge administratif s'arrête aux limites du pouvoir de l'administration elle-même », Marceau LONG, Prosper WEIL et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18^e éd., *op. cit.*, p. 622.

⁸⁹ Hans Kelsen décrit la fonction du tribunal constitutionnel comme un législateur négatif ou dérivé : « Or annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pas pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif », Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *R.D.P.* 1928, p. 224-225. Cf. Hans Kelsen, « Qui doit être de gardien de la Constitution ? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?) die Justiz, 1930-1931, Heft 11-12, Bd. VI, p. 567 et s

⁹⁰ Une telle affirmation ne pourrait pas négliger les pouvoirs acquis par le juge administratif, notamment en matière de substitution des motifs (C.E.f. Sect. 6 fév. 2004, *Mme Hallal, Rec.*, p. 48, concl. de SILVA, *A.J.D.A.* p. 436, chron. DONNAT et CASAS ; *D.A.*2004, n° 51, note CHABANOL ; *R.F.D.A.* 2004, p. 740, concl. de SILVA ; *R.D.P.* 2004, p. 530, obs. GUETTIER ; *P.A.* oct. 2004, n° 208, chron. MELLERAY) ou de base légale (C.E.f. Sect. 27 janv. 1961, *Daunizeau, Rec.*, p. 57, *A.J.* 1961, rec., p. 75 chron GALABERT et GENTOT ; C.E.f. Sect. 3 déc. 2003, *El bahi, Rec.*, p. 479, concl. STAHL, *A.J.D.A.* 2004, p. 202, chron. DONNAT et CASAS ; *R.D.P.* 2004, p. 354, obs. GUETTIER), s'apparentant à la méthode du juge constitutionnel de la conservation du droit, visant à trouver une interprétation permettant de ne pas censurer la loi. Néanmoins, « dans tous les cas, et même en matière de substitution de base légale, son pouvoir s'analyse comme une faculté dont il peut ne pas user », René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, Paris, 2008, p. 1011.

⁹¹ C.E.f. Ass. 13 janvier 1967, *Elect. Mun. d'Aix-en-Provence, Rec.*, p. 16, *A.J.D.A.* 1967, p. 226, concl. DUTHELLET de LAMOTHE ; C.E.f. 9 déc. 1977, *Elect. Mun. De Faches-Thumesnil, Rec.*, p. 496 ; C.E.f. 20 oct. 2004, *Elect. Rég. De Picardie, Rec.*, p. 709, *A.J.D.A.* 2005, p. 155, note MALIGNER. Cf. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 999-1000.

⁹² « Il est admis que le juge, même de plein contentieux, se borne à annuler et à renvoyer l'affaire à l'administration, sans substituer sa propre décision », Damien BOTTEGHI et Alexandre LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *A.J.D.A.* n° 3, 2011, p. 160.

⁹³ « Considérant que notre Ministre des finances s'est réservé de procéder à la liquidation des dits remboursements, et qu'aucun pouvoir n'a pu être introduit par devant nous sur cet objet », C.E.f. Ordonnance du 23 mai 1834, *Compagnie des salines de l'Est, Rec.*, p. 308.

⁹⁴ L'une des manifestations normatives de la séparation entre l'administration non juridictionnelle et la juridiction administrative se trouve dans la compétence du tribunal des conflits pour décider les revendications du ministre concernant des affaires connues par la juridiction administrative et qui appartiendraient, selon le ministre, à l'administration non juridictionnelle : art. 47 de la loi du 3 mars 1849, art. 28-33 du décret 26 octobre 1849 et art. 26 de la loi du 24 mai 1872. Cette compétence n'a jamais été utilisée ; mais, son existence démontre que le rôle du tribunal des conflits ne consiste pas seulement dans la protection de la séparation des autorités administratives et judiciaires, mais aussi à veiller au respect de la séparation entre l'administration non juridictionnelle et la juridiction administrative, par la décision des revendications. Le ministre revendique l'affaire pour l'administration, alors que pour le professeur René CHAPUS « (...) rien n'exclut qu'elle puisse servir à dessaisir

juridictionnelle, mais aussi son indépendance.

B. Un privilège ou une prérogative de l'administration

Les mesures visant à la protection de la compétence de l'administration non juridictionnelle déterminent que les autorités administratives peuvent prendre des décisions sans besoin de faire appel au juge et, dès lors, ce sont des sauvegardes de l'indépendance administrative. Il est des hypothèses où la règle de la décision administrative préalable ne se justifie qu'en tant que privilège de l'administration (1), alors qu'elle peut être envisagée comme une prérogative (2) de l'administration.

1. Un privilège de l'administration

L'exigence d'une décision administrative préalable à la saisine juridictionnelle est conçue comme un privilège de l'administration lorsqu'elle ne se justifie qu'en raison du respect de la juridiction administrative à l'égard des autorités administratives, ou quand cette règle n'est pas accompagnée de garanties pour les administrés.

Pour déterminer l'existence d'un privilège consistant en l'impossibilité d'être porté directement devant le juge, il est question de différencier deux hypothèses : d'un part, la demande adressée à l'administration, visant au prononcé d'un acte administratif concrétisant la loi⁹⁵. D'autre part, la demande d'indemnisation d'un préjudice dont l'administration serait responsable. Ces deux situations ont en commun que l'administration ne s'est pas encore prononcée par une décision administrative. Néanmoins, au fond, il existe une différence essentielle :

- Dans le cas de la demande d'exécution de la loi, par exemple pour l'expédition d'un permis de construire, il n'y a rien de contentieux et la fin de non-recevoir opposée par la juridiction à une telle demande est pleinement justifiée : c'est la compétence administrative qui est protégée. Dans ce cas, la règle de la décision administrative préalable relèverait du « *bon sens* »⁹⁶.

-En revanche, dans le cas de la demande d'indemnisation, il existe une personne affirmant qu'un fait administratif ou une opération administrative lui a violenté un droit et lui a causé tort. Dans cette hypothèse, l'administration serait mise en cause lorsque l'agissement administratif est

le Conseil d'État d'affaires dont le règlement appartiendrait, notamment, à la juridiction judiciaire, ou encore au Conseil constitutionnel », René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., *op. cit.*, p. 1002.

⁹⁵ Par exemple lorsque l'administré demande à l'administration un permis de construire ou de conduire.

⁹⁶ « (...) la nécessité de s'adresser à l'administration, de provoquer une décision afin de pouvoir la dénoncer au juge s'impose au nom du bon sens (...) La loi accorde un droit aux particuliers ; mais, avant que ce droit puisse être exercé, elle réserve à l'administration de vérifier si les conditions qu'elle a mises à son exercice sont réalisées », Joseph LABAYLE, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, thèse, Arthur Rousseau éd., Paris, 1907, p. 91.

considéré comme fautif⁹⁷ ; mais, tel ne serait pas le cas quand la demande d'indemnisation a un fondement objectif, notamment l'égalité devant les charges publiques. C'est dans l'hypothèse de la demande d'indemnisation sur une faute administrative où ARTUR considère que la règle de la décision administrative est un privilège qui n'a pas de justification et que le contentieux pourrait être directement porté à la juridiction⁹⁸. Cela entraînerait, en France, l'adoption d'une définition du contentieux administratif ne consistant pas nécessairement en la légalité des actes administratifs, mais aussi en la régularité des agissements de l'administration et dont le débat serait ciblé directement sur les faits pouvant justifier l'indemnisation⁹⁹.

La règle de la décision administrative préalable à la demande d'indemnisation serait un privilège de l'administration qui se justifierait seulement en raison des particularismes du contrôle juridictionnel français et de l'administration française : « *celle-ci étant une puissance, c'est-à-dire une volonté privilégiée, croit de sa dignité de garder ses distances (...)* »¹⁰⁰ ; « *l'entreprise n'est pas aisée, car il s'agit de pourchasser l'arbitraire sans cependant porter atteinte à la légitime indépendance de l'administration. Il est besoin de quelque artifice* »¹⁰¹. En d'autres termes, dans l'hypothèse de l'indemnisation des préjudices, mise à part la volonté de la juridiction administrative de respecter le privilège de la décision préalable, rien ne ferait obstacle au recours porté directement à la juridiction. Le contentieux peut être lié directement devant le juge par la voie de la défense de fond, face aux prétentions de l'administré, sans que l'administration ait à se prononcer préalablement sur la demande d'indemnisation.

Lorsqu'un particulier prétend l'indemnisation d'un préjudice causé par un autre particulier, il n'est pas obligé de lui demander préalablement l'indemnisation, même si une étape de conciliation préalable peut être entamée¹⁰². Or, la règle de la décision préalable n'est pas une étape de conciliation, dans la mesure où la conciliation implique une véritable discussion entre des égaux pouvant arriver à un arrangement évitant le procès¹⁰³. En revanche, la procédure de la décision administrative préalable relève de l'unilatéralité propre à l'action administrative¹⁰⁴. Conçue en

⁹⁷ La responsabilité pour la faute commise par l'administration des Ponts et Chaussées doit être d'abord demandée à l'administration : C.E.f. 6 janvier 1899, *Hægestrand, Rec.*, p. 1 ; C.E.f. 31 juillet 1896, *Carré, Rec.*, p. 621.

⁹⁸ « (...) obliger le plaideur quand il y a déjà droit violé, au même à en attendre une décision, c'est faire du ministre un juge ; et si l'on veut réellement retirer au ministre l'office du juge, il n'y a pas d'autre moyen que de dispenser les parties de lui demander même une décision », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *R.D.P.* 1900, nov.-déc., p. 499.

⁹⁹ « La matière première du débat contentieux réside dans les faits originaires sur lesquels l'autorité prétendue administrative a prononcé. C'est comme si un particulier refusait de réparer un dommage injuste dont il est l'auteur : son refus de réparation n'est pas ce qui constitue la matière contentieuse, ce sont les faits de violation du droit qu'on lui demandait de reconnaître », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit.*, p. 454-455.

¹⁰⁰ Maurice HAURIU, *Les éléments du contentieux*, Extr. du *Rec. De lég. de Toulouse*, Ed. Privat, 1905, p. 5.

¹⁰¹ Maurice HAURIU, « Droit administratif », in *Répertoire du droit administratif* – (Répertoire Bécquet), t. XIV, Paul Dupont éd., Paris, 1897, p. 16.

¹⁰² Art. 830 C.P.C.f. sur la tentative préalable de conciliation.

¹⁰³ Alors que la décision préalable a été élargie aux tribunaux administratifs afin de tenter une étape de conciliation préalable ; « Si on la maintient, c'est qu'elle est utile, en jouant le rôle d'un préliminaire de conciliation », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., Sirey, Paris, 1963, p. 210.

¹⁰⁴ « Il semble du moins que l'on puisse rattacher celle-ci à notre conception française d'un droit administratif autonome, qui repose sur l'idée fondamentale d'une inégalité entre les administrés et l'Administration incarnant l'intérêt général : cette dernière peut, grâce à son privilège d'action d'office, prendre des décisions qui ont force exécutoire par elles-mêmes, sans qu'elle doive au préalable obtenir du juge un titre exécutoire », Henri BONNEAU, « La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », *D.* 1955, chron. III, p. 12.

principe en faveur de l'administration, la règle de la décision préalable ne s'applique pas au cas où l'administration prétendrait exercer un recours contre un particulier. Dans ce cas, elle n'est obligée ni de demander une décision préalable de l'administré ni de la prononcer elle-même d'office¹⁰⁵.

La règle de la décision administrative préalable a été aussi un privilège de l'administration, dans la mesure où elle n'a pas toujours réalisé un équilibre entre la position de l'administration et les droits des administrés. Avant la loi du 17 juin 1900, la règle de la décision administrative préalable impliquait aussi le privilège pour l'administration d'empêcher, à son gré, l'accès à la juridiction de l'administré. La loi de 1900 a disposé que le silence gardé par l'administration dans un délai de quatre mois¹⁰⁶ est considéré comme une décision négative, pouvant être déférée à la juridiction administrative et cette règle est devenue un principe général du droit à caractère constitutionnel et dont la dérogation relève du législateur¹⁰⁷. Si la loi de 1900 a enlevé le privilège de bloquer l'accès au juge, la technique de la décision implicite n'a pas écarté le privilège de garder le silence ; mais, elle débloque la situation, en permettant l'accès au juge.

2. Une prérogative de l'administration ?

La règle de la décision préalable fait partie du schéma inégalitaire propre du droit administratif français : l'administration dispose des prérogatives qui la placent en une position différente de celle des administrés. Néanmoins, les prérogatives ne sont pas des privilèges dans la mesure où ces pouvoirs ont une justification rationnelle dans le contexte d'une fonction d'intérêt général et que les administrés disposent de garanties face à l'exercice de ces pouvoirs.

Par la règle de la décision administrative préalable, notamment dans le cas de la demande d'indemnisation des préjudices, l'administration dispose de la possibilité d'examiner le fond de l'affaire afin de prendre une décision motivée dans des raisons de droit ou d'équité, pouvant éviter un procès dont les implications financières seraient dommageables pour l'administration¹⁰⁸. Par cette voie, l'administration dispose de la possibilité d'éluder la condamnation juridictionnelle par la prérogative de transformer les faits en décisions administratives, conservant ainsi l'indépendance de l'administration, même à l'égard de ses propres agissements. De même, la décision préalable devient une prérogative de l'administration lorsque cette opportunité est utilisée pour examiner le fond de la demande, ce qui permet d'indemniser plus rapidement l'administré, sans frais juridictionnels et sans contribuer à l'encombrement de la juridiction.

¹⁰⁵ Pour l'évacuation du domaine public indûment occupé, l'administration ne doit pas se pourvoir contre un acte quelconque : C.E.f. 4 fév. 1976, *Elissonde, Rec.*, p. 1047.

¹⁰⁶ Ce délai est aujourd'hui ramené à 2 mois : article 12 de la loi du 12 avril 2000.

¹⁰⁷ « *Considérant que, d'après un principe général de notre droit, le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet et, qu'en l'espèce il ne peut y être dérogé que par une décision législative* », C.c.f. Décision 55 L, 26 juin 1969, § 5, G.D.C.C. 15^e éd, arrêt n° 12, p. 168.

¹⁰⁸ « (...) *c'est parce que le juge administratif donne ainsi à l'administration active un moyen d'éviter la censure juridictionnelle, en l'invitant à examiner avant lui le litige et à lui donner une solution conforme au droit et à l'équité : le principe d'indépendance de l'administration active joue une dernière fois à plein, avant que d'être limité par l'intervention du juge administratif* », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 274.

Néanmoins, l'administration dispose du privilège du silence et, par conséquent, la justification de la règle de la décision préalable n'est, dans tous les cas, ni l'examen que l'administration ferait de la demande de l'administré ni la transformation des faits en actes. Quand l'administration garde le silence, il s'agit du privilège de ne pas être amenée directement devant la juridiction. Cela explique que la jurisprudence considère que le contentieux n'est pas lié quand l'autorité administrative a présenté subsidiairement des conclusions sur le fond à l'égard de la requête juridictionnelle et, comme principal, l'irrecevabilité pour absence de décision préalable¹⁰⁹. Dans cette hypothèse, l'administration a pu examiner le fond de la demande à un point tel qu'elle a présenté des conclusions de fond. Cependant, l'administration entend ne pas renoncer à son privilège lorsqu'elle conclut au principal à l'irrecevabilité de la requête¹¹⁰. D'après HAURIU, dans ce cas, l'administration dispose encore du vieux privilège d'accepter ou de refuser l'instance¹¹¹.

En outre, l'administration seule exerce la prérogative de la décision préalable et, par conséquent, la juridiction administrative ne peut pas intervenir sur son exercice. La juridiction administrative ne pourra pas se substituer à l'administration en décidant, avant elle, des demandes des administrés. Lorsque l'administration française entend garder le silence, la juridiction ne dispose pas des moyens pour l'enjoindre à décider¹¹². LAFERRIERE expliquait que le décret de 1864 ne présumait une décision négative qu'en cas du silence du ministre gardé à l'égard d'un recours contre un acte, car dans cette hypothèse l'administration s'est déjà prononcée une première fois¹¹³ : « *il n'appartient pas à la juridiction contentieuse d'intervenir dans le domaine de l'administration active ; or, à quoi pourrait tendre une réclamation contre l'inaction d'une autorité, sinon à faire juger que cette autorité doit agir, et comment elle doit agir ?* »¹¹⁴.

En conséquence, la présomption de décision négative n'est conçue que comme un

¹⁰⁹ C.E.f. 30 nov. 1932, *Berdon, Rec.*, p. 104 ; C.E.f. 8 fév. 1957, *Dame Lieber, Rec.*, p. 98 ; C.E.f. 17 mai 1968, *Ministre c/ Roulland, Rec.*, p. 320.

¹¹⁰ La jurisprudence « (...) *gagnerait en cohérence si elle décidait que la défense au fond présentée par l'administration à titre subsidiaire, le défaut de décision préalable étant soulevé à titre principal, lie également le contentieux et rend la requête recevable. En effet, en pareille circonstance, l'examen administratif de la réclamation a eu lieu et le fait que les conclusions au fond soient présentées à titre subsidiaire n'y change rien* », Patrick MINDU, *La règle de la décision administrative préalable*, op. cit., p. 318.

¹¹¹ Maurice HAURIU affirme que la règle de la décision préalable est la forme selon laquelle l'administration accepte le contentieux : *Les éléments du contentieux*, op. cit., p. 55.

¹¹² En revanche, en droit colombien, toute demande adressée aux autorités est considérée comme l'exercice du droit constitutionnel fondamental de pétition : « *Objet et modalités d'exercice du droit de pétition devant les autorités. Toute personne a le droit de présenter des pétitions respectueuses devant les autorités dans les conditions prévues par ce Code, dans l'intérêt général ou particulier. Ce droit comprend celui d'obtenir une décision rapide. Sans qu'il soit nécessaire de l'invoquer expressément, toutes les demandes présentées par une personne devant les autorités impliquent l'exercice du droit de pétition, prévu à l'article 23 de la Constitution politique. Par l'exercice de ce droit, l'administré pourra, notamment (...) présenter des recours* », art. 13 du C.P.A.C.A. Même si cette norme a été déclarée inconstitutionnelle à partir du 31 déc. 2014 pour des raisons formelles (C.c.c. Sentence C-818-11, 1er nov. 2011, M.R. Jorge PRETEL), son contenu ne fait que suivre la jurisprudence constitutionnelle dans la matière qui reste, quant à elle, appliquée. Reconnaître la nature de pétition aux recours administratifs entraîne une protection juridictionnelle rapide par la voie de l'action en tutela lorsque l'administration garde le silence. Dans ce cas, la juridiction enjoint l'administration de prendre une décision sur le fond : « (...) *le droit de pétition, ainsi que le droit à la procédure régulière du droit et le droit d'accès à la juridiction sont méconnus lorsque l'administration ne décide pas en temps un recours contre un acte administratif (...) le silence administratif négatif ne fait pas obstacle à une décision expresse. Si on acceptait que le silence administratif soit une réponse, le noyau dur du droit de pétition serait dénaturé* », C.c.c. Sentence T-294-97, 17 juin 1997, M.R. José HERNANDEZ.

¹¹³ « *Il est en effet de principe que le juge, soit administratif soit judiciaire, ne peut contraindre un ministre ou tout autre administrateur à faire un acte ou à prendre une décision* », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, op. cit., p. 385.

¹¹⁴ Henri BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4^e éd., Arthur Rousseau, Paris, 1906, p. 909.

mécanisme processuel permettant l'accès au juge, tout en respectant la décision préalable en tant que privilège. Par conséquent, lorsque la loi du 16 juillet 1980 autorise le Conseil d'État à prononcer des astreintes aux personnes morales de droit public¹¹⁵, et lorsque la loi du 8 février 1995 reconnaît le pouvoir d'injonction et d'astreinte à l'ensemble de la juridiction administrative de droit commun, elle n'autorise le juge à prononcer des injonctions et des astreintes que pour l'exécution de la chose jugée¹¹⁶ et dans la mesure où l'injonction demandée est la conséquence nécessaire de l'annulation de l'acte¹¹⁷. En dehors de ce cas, « *il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration* »¹¹⁸. Dès lors, la juridiction administrative rejette les demandes d'injonction à titre principal au respect de la règle de la décision préalable, notamment lorsqu'un administré demande à un maire d'assurer l'ordre public¹¹⁹, ou lorsqu'un groupe écologiste demande qu'on lui accorde un temps à l'antenne pendant la campagne des élections législatives¹²⁰. Ce sont des demandes devant être adressées préalablement à l'administration et dont le refus réel ou présumé, pourrait être déféré à la juridiction¹²¹. Réciproquement, l'administration ne saurait demander au juge l'adoption de mesures dont elle-même aurait les pouvoirs nécessaires pour le réaliser¹²².

La règle de la décision administrative préalable à la saisine juridictionnelle relève des particularismes du droit administratif français. C'est dans la logique de la théorie de l'administrateur-juge que la juridiction administrative s'est habituée à n'être saisie qu'après la décision de l'administration. L'inertie jurisprudentielle a permis la conservation d'un tel système après la négation de la théorie de l'administrateur-juge. Dès lors, elle s'est assemblée dans le droit administratif français : c'est une règle propre à un système où la juridiction qui contrôle l'administration appartient à l'administration elle-même. La décision préalable établit un mécanisme de séparation entre l'administration juridictionnelle et l'administration non juridictionnelle, car celle-ci devra se prononcer en premier des demandes des administrés. Néanmoins, lorsque l'administration n'examine pas l'affaire ou laisse que la loi présume l'existence d'une décision, par la voie du silence, cette prérogative d'examen préalable devient un privilège difficilement justifiable. La règle de la décision administrative préalable serait aussi justifiée pour des raisons techniques.

¹¹⁵ En application de cette loi, le Conseil d'État avait forcé l'exécution des décisions juridictionnelles, par la voie de l'astreinte : C.E.f. Sect. 17 mai 1985, *Mme Menneret, Rec.*, p. 149 ; *R.F.D.A.* 1985, p. 842, concl. PAUTI ; *A.J.D.A.* 1985, p. 399, chron. HUAC et SCHOETTL ; *D.* 1985, p. 583, note AUBY ; *J.C.P.* 195, II, 20448, note MORAND-DEVILLER ; *R.A.* 1985, p. 467, note PACTEAU ; *G.A.J.A.*, 18^e éd, n° 88.

¹¹⁶ « *Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé* », art. L. 911-2 du C.J.A.

¹¹⁷ « (...) *l'annulation de la décision du Premier ministre, en tant qu'elle refuse de prendre pour l'année 1995 les mesures réglementaires indispensables à l'application de l'article 36 de la loi du 25 juillet 1994, implique nécessairement l'édition de telles mesures* », C.E.f. 28 mars 1997, *Union nationale des associations familiales, Rec.*, p. 124. Cf. Alix PERRIN, *L'injonction en droit public français*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2009, p. 548 et suiv.

¹¹⁸ C.E.f. 28 fév. 1996, *Fauqueaux, Rec.*, p. 52, *R.F.D.A.* 1996, p. 397.

¹¹⁹ C.E.f. 3 avril 1968, *Jardin, Rec.*, p. 233

¹²⁰ C.E.f. 12 mars 1993, *Union nationale écologiste, Rec.*, p. 67, *A.J.D.A.* 1993, p. 375.

¹²¹ « *Le refus jurisprudentiel des injonctions à titre principal peut être justifié par les exigences du principe de séparation des pouvoirs* », René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 973.

¹²² L'administration ne peut renoncer à sa compétence et demander au juge l'adoption de mesures qui peuvent être exécutées par des moyens administratifs : C.E.f. 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure, S.* 1915, 3, p. 9, note HAURIU. L'administration ne peut demander au juge que l'adoption de mesures dont elle se trouve dans l'impossibilité de les adopter : C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine, Rec.*, p. 338, concl. CHARDEAU ; *A.J.* 1956, II, p. 312, concl. CHARDEAU et p. 398 chron. FOURNIER et BRAIBANT ; *R.D.P.* 1957, p. 296, note WALINE.

Sous-section 2. Des raisons techniques

Il n'est pas question ici de démentir les fondements historiques de la règle de la décision administrative préalable ; les explications techniques qui en ont été données sont des efforts doctrinaux visant à effectuer une « *substitution de raison d'être* »¹²³ de la règle de la décision administrative préalable. Par conséquent, il est question de déterminer dans quelle mesure les explications techniques de cette règle correspondent à de véritables besoins du contentieux ou, au contraire, ce ne sont que des descriptions du fonctionnement de la règle. La décision préalable serait nécessaire à la formation du contentieux (§ 1) dans la mesure où le contentieux administratif serait un contentieux de la légalité des décisions (§ 2).

§ 1. La formation du contentieux

Sans décision préalable, il n'y aurait pas de contentieux ou, du moins, ce serait un contentieux difficile à trancher. Le contentieux administratif serait spécifique par rapport au contentieux entre des particuliers, dans la mesure où la liaison du contentieux (A) demanderait une décision préalable de l'administration. Cette décision aurait la vertu de la fixation du litige (B) qui serait porté au juge.

A. La liaison du contentieux

Avant de préciser la manière dont la décision administrative pourrait lier le contentieux ou, du moins contribuer à la liaison du contentieux, il est nécessaire de se demander de quel concept de contentieux il s'agit. Cela veut dire que la règle de la décision préalable est conçue à partir d'une définition particulière du contentieux, déterminant que la compétence de la juridiction c'est le litige entre deux parties (1). À cette fin, la décision préalable permettrait une liaison juridictionnelle du contentieux (2).

1. La compétence de la juridiction, le litige entre deux parties

La nécessité d'une décision administrative pour l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir va de soi, dans la mesure où l'acte administratif est l'objet même de ce recours. En revanche, c'est au plein contentieux où la question de la décision préalable mérite véritablement d'être posée.

À la suite de l'arrêt *Cadot*, le Conseil d'État se considère comme le juge ordinaire du contentieux administratif ; mais, pour juger le contentieux, il est nécessaire qu'il existe. L'arrêt *Cadot* marque, à cet égard, l'adoption d'une conception différente de la fonction juridictionnelle¹²⁴. À la

¹²³ Marcel WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Sirey, Paris, 1952, p. 102.

¹²⁴ « L'arrêt *Cadot* marque ainsi le passage à une conception nouvelle et plus exigeante de l'acte de juridiction », Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *loc. cit.*, p. 85.

base de cette jurisprudence se trouve une définition contentieuse de la juridiction d'après laquelle, en dehors du recours pour excès du pouvoir, le Conseil d'État ne pourrait être saisi que des affaires contentieuses, étant entendu qu'il n'y aurait litige que quand deux parties s'opposent¹²⁵ sur l'existence ou la portée d'un droit subjectif. Or, cela ne pourrait se vérifier qu'une fois que l'administration a pris une décision¹²⁶ : il est dès lors considéré que, lorsque l'administration a causé un préjudice à un administré, aucun droit n'est violé avant que l'administration elle-même refuse de l'indemniser. De ce fait, l'arrêt *Cadot* lui-même affirme que l'ingénieur n'a pas eu à saisir le ministre d'une décision de refus d'indemnisation prononcée par le maire et le Conseil municipal, car « *du refus du maire et du conseil municipal de Marseille de faire droit à la réclamation du sieur Cadot il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'État de connaître* »¹²⁷.

Cette conception de la fonction juridictionnelle emportait diverses conséquences : tout d'abord, la plus évidente, c'est que lorsque un particulier s'est vu refuser sa demande d'indemnisation, la compétence de la juridiction administrative lui est ouverte sans avoir à exercer des recours auprès des autorités administratives. Il reste, néanmoins, la possibilité d'exercer des recours devant l'autorité administrative ; mais, ceux-ci ne sont plus obligatoires¹²⁸. Cela a permis de nier que le recours porté devant le ministre soit juridictionnel, étant entendu que l'autorité administrative ne plaide pas devant le ministre. Ensuite, la nature contentieuse et juridictionnelle du recours pour excès de pouvoir est mise en doute¹²⁹ en raison de l'inexistence d'une discussion entre parties sur un droit subjectif¹³⁰, alors même que le commissaire du gouvernement JAGERSCHMIDT avait clairement conclu sur l'affaire *Cadot* que « (...) partout où il existe une autorité ayant un pouvoir de décision propre, pouvant rendre des décisions administratives exécutoires, un débat contentieux peut naître et le Conseil d'État peut être directement saisi »¹³¹. Enfin, concernant le plein contentieux, la juridiction administrative ne pourrait être saisie que quand les deux parties sont clairement opposées.

¹²⁵ « *Un jugement est une décision sur un litige, et pour qu'il y ait litige, il faut deux parties en cause dont chacune a des prétentions opposées* », Léon AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées*, t. I, *op. cit.*, p. 459. Cette définition de la fonction juridictionnelle était presque unanimement acceptée à la fin du second empire. Cela oppose le contentieux, compétence de la juridiction et fondé sur la violation d'un droit subjectif, au non contentieux fondé sur des intérêts qui ne peuvent donner lieu qu'à des recours administratifs. Pour LAFERRIERE, « *cela est d'ailleurs conforme à la notion même du contentieux administratif, qui naît d'une opposition entre l'action administrative manifestée par un acte de gestion ou de puissance publique, et le droit d'une partie qui se prétend lésée par cette action* », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et du contentieux administratif*, 2^e éd., Berger-Levrault, Paris, 1896, p. 323.

¹²⁶ « (...) on ne peut pas dire qu'il y ait droit violé s'il n'est pas intervenu une décision administrative », Émile BOUVIER, *Pandectes françaises*, 1906, IX, p. 27-28.

¹²⁷ C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot, Rec.*, 1148, concl. JAGERSCHMIDT ; S. 1892, 3, 17, note HAURIU.

¹²⁸ Le caractère facultatif du recours avait déjà été reconnu par l'arrêt du C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 432.

¹²⁹ L'art. 9 de la loi DUBAURE du 24 mai 1872 différencie entre les cas où le Conseil d'État « (...) statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

¹³⁰ C'est grâce à HAURIU que l'exigence d'un droit subjectif a été éliminée de la définition de contentieux. Pour lui, il faut accepter que « *le contentieux de l'annulation réponde à un besoin social fondamental, tel que celui de solutionner pacifiquement des conflits irritants, et que cette circonstance suffise à en faire un véritable contentieux* », Maurice HAURIU, *Les éléments du contentieux*, Extr. Du Rec. De lég. De Toulouse, éd. Privat, 1905, p. 12. À son tour, DUGUIT abandonne la condition des prétentions opposées : Léon DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1906, p. 449 et 453 ; Léon DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, 3^e éd. E. de Boccard, Paris, 1928, p. 423. Cette position est aussi adoptée par Gaston JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.* 1909, p. 667-695.

¹³¹ Henri JAGERSCHMIDT, Conclusions sur l'arrêt du C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot, Rec.*, p. 1152.

Les décisions ayant suivi l'arrêt *Cadot* ont été marquées par l'exigence d'un litige né entre deux parties à la suite d'une décision administrative: « *Considérant que si le Conseil d'État est en principe compétent pour statuer sur une réclamation de cette nature, il ne saurait en être valablement saisi en l'absence de tout litige existant, de ce chef, entre les parties ; qu'il suit de là que le sieur Richard, qui ne justifie pas du refus par la ville de Marseille de lui accorder une indemnité, n'est pas recevable, en l'état, à porter sa demande devant le Conseil d'État (...)* »¹³².

2. La liaison juridictionnelle du contentieux

Si l'on considérait que le contentieux existait au moment même où l'administré adresse une réclamation à l'administration, sans avoir à exiger la présence de deux parties s'opposant et clairement identifiées, il serait nécessaire d'accepter que certaines des requêtes adressées à l'administration soient déjà contentieuses, notamment lorsque l'administré demande l'indemnisation des préjudices causés par l'administration. Néanmoins, l'existence d'une demande potentiellement contentieuse ne garantit pas, en soi, que ce contentieux soit lié. Dès lors, la liaison du contentieux se confond avec l'existence même du litige. La liaison du contentieux consiste en la matérialisation de l'affrontement de la position de l'administration et la prétention de l'administré¹³³.

À cette fin, il est communément considéré que la décision préalable émise par l'autorité administrative permet la liaison du contentieux¹³⁴, dans la mesure où cet acte pourra être opposé au recours juridictionnel de l'administré. De ce point de vue, la liaison du contentieux est un processus complexe où l'administré provoque une décision administrative pouvant être l'objet ultérieur d'un recours juridictionnel. La demande adressée à l'administration a pour finalité de faire produire l'objet de la véritable contestation.

En conséquence, la décision administrative ne ferait pas en soi naître le contentieux, mais elle ne fait que le permettre¹³⁵. De ce point de vue, la liaison du contentieux ne se réalise que par le recours juridictionnel¹³⁶ mettant des deux côtés, l'administration et l'administré, représentés par l'acte et le recours¹³⁷. Ainsi, le juge est d'emblée porté à trancher un contentieux n'ayant plus besoin

¹³² C.E.f. 28 mars 1890, *Drancey, Rec.*, p. 339. La même formule est constamment reprise après : C.E.f. 29 avril 1892, *Wotling, Rec.*, p. 412 ; C.E.f. 23 déc. 1898, *Duchène, Rec.*, p. 847 ; C.E.f. 3 fév. 1899, *Chiroux, Rec.*, p. 96

¹³³ La liaison du contentieux « (...) serait l'acte par lequel les parties échangent des prétentions contradictoires (...) c'est-à-dire d'opérer la formalisation solennelle des termes du litige », Joseph JUGAULT, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, thèse dact. Université de Rennes, 1969, p. 3.

¹³⁴ « La décision préalable sert à lier le contentieux, le principe étant : pas de décision, pas d'action », Olivier GOHIN (compilateur et commentateur), *Le Contentieux administratif : II. Les recours contentieux, Documents d'études*, n° 2.10, La Documentation française, éd. 1997, p. 14. Dans ce sens : Premier ministre, circulaire du 9 fév. 1995, relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, *J.O.* 15 fév. 1995, p. 2522.

¹³⁵ La décision préalable « permet le contentieux », Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^e éd., P.U.F., Paris, 2005, p. 170. C.E.f. 1^{er} fév. 1928, *Olivé, Rec.*, p. 158.

¹³⁶ « L'effet de l'acte est de rendre possible le litige, de créer le contentieux, pour employer une expression consacrée, et qui n'est pas absolument exacte, puisque, une fois l'acte d'administration intervenu et, quoique le procès soit possible, celui-ci ne se produit pas nécessairement », Maurice HAURIOU et Achille MESTRE, « Analyses et comptes rendus – L'État, le droit objectif et la loi positive, par Léon Duguit », *R.D.P.* 1902, p. 362.

¹³⁷ « Si l'autorité administrative conteste soit sa responsabilité, soit le montant du préjudice allégué par la victime, alors le contentieux va se lier par une requête qui déférera au tribunal administratif la décision qui a refusé l'indemnité », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., op. cit., p. 208.

d'attendre le mémoire en défense pour « *la fixation du cadre litigieux de l'instance* »¹³⁸. En raison de la décision préalable, le processus de liaison du contentieux juridictionnel s'est opéré à l'inverse : d'abord la position du défendeur et, ensuite, le recours du demandeur. Or, l'existence d'un contentieux lié ne détermine pas nécessairement que l'instance sera contradictoire, dans la mesure où l'administration sera quand même appelée à faire des observations, faute desquelles la décision sera rendue par défaut¹³⁹.

Dans cette description de la liaison du contentieux, le litige n'existerait que devant la juridiction¹⁴⁰, dans la mesure où c'est le recours juridictionnel qui le fait naître. Cela explique pourquoi la jurisprudence administrative affirme que la juridiction ne peut pas être saisie en absence d'un litige lorsque l'administration ne s'est pas encore prononcée¹⁴¹. Pour la jurisprudence, la décision administrative est nécessaire pour lier le débat¹⁴², lier l'instance¹⁴³ ou pour la liaison du contentieux¹⁴⁴.

Nécessaire à la liaison du contentieux, la décision administrative est ainsi présentée comme un impératif préalable à la saisine juridictionnelle, faute de celle-ci le litige n'existe pas et la juridiction se trouve dans l'impasse de l'impossibilité de prendre une décision sur le fond. Bien que cette explication puisse paraître séduisante, en regardant de plus près elle n'est pas complètement satisfaisante. La règle de la décision administrative préalable ne peut être expliquée que pour des raisons liées à l'histoire du droit administratif français. C'est pour cette raison que cette règle n'est pas absolue et, dans tous les cas où la juridiction est saisie d'un recours sans qu'il existe une décision administrative au préalable, le contentieux est lié autrement que par une décision antérieure. Il est vrai que la décision administrative, lorsqu'elle existe, sert à lier le contentieux ; mais, ce n'est pas parce que le contentieux doit être lié que la décision administrative est préalablement exigée¹⁴⁵. En conséquence, cette théorie de la liaison du contentieux n'explique pas la raison d'être de la règle de la décision préalable. La liaison du contentieux explique la fonction que la décision préalable peut remplir, lorsqu'elle est exigée et lorsqu'elle est effectivement prise. De surcroît de la liaison du contentieux, la décision préalable sert à la fixation du litige.

¹³⁸ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND et Cécile CHAINAIS, *Procédure civile*, 29^e éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 503. En droit civil, la liaison du contentieux est le « *moment où, pour la première fois, les prétentions des deux parties sont confrontées devant le juge* », Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND et Cécile CHAINAIS, *Procédure civile*, 30^e éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 1213.

¹³⁹ Lorsque le défendeur ne produit pas un mémoire en défense, malgré une mise en demeure à cette fin, il est considéré avoir accepté comme vrais les faits de la requête : art. R. 612-6 C.J.A. Cf. Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, L.G.D.J., Paris, 1988, p. 376-377.

¹⁴⁰ Il s'agit du « *litige né de l'action intentée par le requérant et tendant à l'annulation (...)* », C.E.f. 11 mai 1966, *Guigon, Rec.*, p. 315.

¹⁴¹ « *Considérant qu'en l'absence de tout litige sur les mesures à prendre en exécution de la présente décision il n'y a lieu en l'état de statuer sur les dernières conclusions du requérant* », C.E.f. 24 fév. 1899, *Viaud, Rec.*, p. 153.

¹⁴² C.E.f. 7 nov. 1919, *Époux Meresse, Rec.*, p. 804 ; C.E.f. 25 juillet 1934, *Gamen, Rec.*, p. 1556.

¹⁴³ C.E.f. 2 mars 1928, *Ministre des travaux publics c/ Sieurs Wattieau et Cie., Rec.*, p. 309 ; C.E.f. 11 mai 1934, *Sihili, Rec.*, p. 564.

¹⁴⁴ C.E.f. 9 déc. 1949, *Dame Geeverding, Rec.*, p. 543, C.E.f. 12 fév. 1954, *Dame Canat de Chizy, Rec.*, p. 100 ; C.E.f. 6 mars 1968, *Demoiselle Kahn, Rec.*, p. 165 ; C.E.f. 28 mai 1971, *Commune de Chatelaudren, Rec.*, p. 400.

¹⁴⁵ Au cours de l'instance juridictionnelle, l'administration peut aussi substituer la décision préalable pour une autre décision qui, même si elle a le même objet que la première, devra être notifiée au requérant qui pourra la contester dans le délai des deux mois C.E.f. Ass. 23 mai 1973, *Cie d'assurance L'Union, Rec.*, p. 251, A.J.D.A. 1973, p. 430, note ODENT et p. 476, chron. LEGER et BOYON ; R.D.P. 1973, p. 1316, note WALINE et p. 1763, concl. BERTRAND.

B. La fixation du litige

Bien que la décision administrative préalable ne soit plus considérée comme la première instance du recours juridictionnel, l'étape administrative du litige fixe les éléments du débat qui aura lieu devant le juge, à l'instar d'un juge de première instance par rapport au juge de l'appel¹⁴⁶. Ayant abandonné la théorie de l'administrateur-juge, la jurisprudence a entendu conserver un tel régime juridique¹⁴⁷, afin de permettre la détermination précoce des termes du litige¹⁴⁸. Lorsque l'administré adresse une demande à l'administration, il délimite, en principe, tant les prétentions que les arguments qu'il pourra faire valoir devant le juge. Grâce à cette conséquence de la règle de la décision préalable, l'administré sera obligé de dévoiler d'emblée sa stratégie contentieuse et l'administration aura le privilège de ne pas être surprise par son adversaire.

La règle de la décision préalable emporte avant tout la détermination pré-juridictionnelle des parties du litige. Ainsi, l'obligation de demander l'adoption d'une décision à l'administration, préalable à la saisine juridictionnelle, ne sera respectée que si la personne se portant devant l'administration est la même qui saisit le juge et que si elle agit dans la même qualité. Par exemple, lorsqu'une personne demande à l'administration l'indemnisation d'un dommage souffert à titre personnel, celle-ci ne pourra pas ensuite prétendre être le représentant de l'ensemble des victimes. Sauf représentation, l'administré ou l'autorité administrative¹⁴⁹ devra agir à titre personnel, ne pouvant se prévaloir de la décision prise à l'instar d'une autre personne¹⁵⁰, sauf si celle-ci s'est prononcée dans des termes généraux¹⁵¹.

La décision préalable fixe le litige pour les personnes bénéficiant d'une décision administrative préalable ; celle-ci exige l'identité de l'objet (1) et l'identité de la cause (2) de la demande administrative et de la requête juridictionnelle.

1. L'identité d'objet

¹⁴⁶ « Il n'est pas besoin de chercher longuement l'originalité de cette fixation prématurée des termes du litige. Lorsque régnait la théorie du Ministre-juge, elle se justifiait aisément. Dans la mesure où la décision du Ministre, en réponse à la requête de l'administré, était de nature juridictionnelle, le principe de l'interdiction des demandes nouvelles en appel empêchait toute transformation », Joseph JUGAULT, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, op. cit., p. 203. « Cette règle était autrefois la conséquence du caractère juridictionnel de la décision du ministre et de la qualité de juge d'appel attribuée au Conseil d'État ; après la disparition de la juridiction ministérielle elle resta en vigueur comme conséquence de la règle de la décision préalable », Joseph LABAYLE, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, op. cit., p. 238.

¹⁴⁷ Après l'arrêt *Cadot* : C.E.f. 25 mars 1892, *Sieur et dame Viard*, *Rec.*, p. 315 ; C.E.f. 19 janv. 1894, *de Pins*, *Rec.*, p. 54.

¹⁴⁸ « En réalité la règle était une survivance historique de l'ancienne doctrine du ministre-juge. Par la suite elle est apparue comme une procédure pratique, utile pour permettre de préciser la divergence de points de vue des parties (...) », André de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., L.G.D.J., Paris, 1973, p. 497.

¹⁴⁹ L'autorité administrative qui dépose des prétentions juridictionnelles à l'égard d'un administré n'est pas obligée de prendre une décision administrative préalable, alors que cela est exigé lorsqu'elle prétend demander une autre autorité administrative, par exemple : C.E.f. 18 fév. 1959, *Ville de Roubaix*, *Rec.*, p. 125 et C.E.f. 1^{er} juin 1984, *Comm. De Vieux-Boucuau*, *Rec.*, p. 195.

¹⁵⁰ La veuve qui exerce un recours juridictionnel contre une décision de refus de pension à son mari, devrait exercer un recours personnel demandant la pension pour elle : C.E.f. 22 janvier 1919, *Messal*, *Rec.*, p. 50

¹⁵¹ La décision administrative se prononçant dans des termes généraux à l'égard de toutes les personnes affectées sert à lier le contentieux pour tous ceux qui ne se sont pas adressés à l'administration: C.E.f. 26 oct. 1939, *Consorts Galey*, *Rec.*, p. 545 ; C.E.f. 13 juillet 1967, *Département de la Moselle*, *Rec.*, p. 341.

Par la règle de la décision préalable, le requérant n'est pas autorisé à muter l'objet de la demande, préalablement adressée à l'autorité administrative, ayant donné lieu à la décision objet du recours juridictionnel¹⁵². L'objet de la demande et du recours consiste en la prétention de l'administré. Cela veut dire que le contentieux se lie par des prétentions¹⁵³ ou, en termes du contentieux administratif, par des conclusions¹⁵⁴ ne pouvant pas être modifiées une fois qu'elles ont été l'objet de la demande préalable à l'administration. L'administré ne pourra pas demander à l'administration l'interdiction d'une activité et, ensuite, attaquer devant le juge administratif la négative implicite de réglementation de l'activité¹⁵⁵. Aussi, constitue un changement d'objet une demande de pension, suivie d'un recours juridictionnel visant la réintégration dans le service¹⁵⁶. Tout recours juridictionnel ayant un objet différent de la demande de décision préalable sera considéré comme irrecevable¹⁵⁷. Par conséquent, il n'est pas possible de muter un recours pour excès de pouvoir en plein contentieux en cours d'instance juridictionnelle, pour lequel il n'y aurait pas eu de décision administrative préalable¹⁵⁸.

L'exigence d'identité d'objet de la demande administrative et du recours juridictionnel met en valeur la prétention originale de l'administré au-delà de la décision administrative qui est, pourtant, l'objet du recours juridictionnel : d'un côté, c'est le contenu de la demande initiale qui va déterminer le contenu de la décision implicite obtenue en cas de silence gardé par l'autorité administrative¹⁵⁹. D'un autre côté, même dans le cas de la décision explicite de l'administration, c'est la demande de l'administré qui fixera l'objet du litige, et non la décision, notamment dans le cas où l'administration rejeterait le bien-fondé de l'obligation de responsabilité¹⁶⁰. Dans ce cas, même si l'administration ne s'est pas prononcée sur les chefs d'indemnisation, ce sera par rapport à la demande que se circonscrira le recours juridictionnel. La juridiction condamne et liquide l'indemnisation et fera seulement renvoi à l'autorité administrative lorsqu'elle ne dispose pas des éléments pour procéder elle-même à la liquidation¹⁶¹.

Dans le cas de la demande d'indemnisation, il est intéressant de déterminer ce qui est considéré comme l'objet immuable de la demande et d'apprécier notamment si le montant de

¹⁵² Par ex. C.E.f. 9 janvier 1952, *Société coopérative « Les planteurs de Sassandra »*, *Rec.*, p. 20 ; C.E.f. 12 fév. 1960, *Caisse de crédit municipal d'Alger*, *Rec.*, p. 110.

¹⁵³ « L'objet de la demande, c'est ce que le justiciable désire obtenir, ce à quoi il sera fait droit dans le dispositif de la décision juridictionnelle », Jacques MOREAU, « La cause dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 89.

¹⁵⁴ Notamment l'annulation ou l'indemnisation du préjudice.

¹⁵⁵ C.E.f. 23 oct. 1959, *Doublet*, *R.D.P.* 1959, p. 1235, concl. BERNARD, *R.D.P.* 1960, p. 802, note WALINE.

¹⁵⁶ C.E.f. 9 mars 1906, *Lambin*, *Rec.*, p. 221.

¹⁵⁷ C.E.f. 21 déc. 1937, *Bert*, *Rec.*, p. 1069 ; C.E.f. 6 mars 1953, *Angeli*, *Rec.*, p. 125 ; C.E.f. 9 mars 1955, *Syndicat national de la recherche scientifique, technique et atomique*, *Rec.*, p. 145 ; C.E.f. 26 fév. 1960, *Dame veuve Delaye*, *Rec.*, p. 98.

¹⁵⁸ C.E.f. 9 fév. 1968, *Soc. « La foncière des Champs-Élysées »*, *Rec.*, p. 109. Mais, la jurisprudence a admis la possibilité de cumuler dans un même recours des conclusions de nullité et de réparation C.E.f. 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bèzie*, *Rec.*, p. 407, S. 1912, III, p. 129, note HAURIU, *D.* 1914, III, 49, concl. PICHAT. Or, les conclusions de réparation, de réintégration et autres similaires, différentes à l'annulation de l'acte, doivent être l'objet d'une demande préalable adressée à l'administration : C.E.f. 6 mars 1953, *Angeli*, *Rec.*, p. 125.

¹⁵⁹ Pour savoir ce qui a été implicitement nié, il est nécessaire de savoir ce qui a été demandé.

¹⁶⁰ C.E.f. 3 août 1900, *Leclère*, *Rec.*, p. 529. Il est possible de préciser le montant de l'indemnisation d'un préjudice dont l'administration nie être obligée de le réparer : C.E.f. 9 déc. 1949, *Dame Geeverding*, *Rec.*, p. 543.

¹⁶¹ C.E.f. 16 mars 1900, *Brown*, *Rec.*, p. 213, C.E.f. 17 fév. 1905, *Auxerre*, *Rec.*, p. 71.

l'indemnisation fait partie de l'objet immuable. Premièrement, il est vrai qu'il est conseillé de chiffrer le montant de l'indemnisation demandée ; mais, en l'absence de cet élément, la jurisprudence considère que le contentieux est quand même lié¹⁶². Deuxièmement, il est possible de demander à l'administration une forme de réparation non pécuniaire du préjudice et, ensuite, prétendre juridictionnellement une indemnisation dont le montant n'a pas été évidemment soumis à la décision administrative¹⁶³. Troisièmement, même si la demande administrative a été chiffrée, il est possible d'augmenter le montant de l'indemnisation¹⁶⁴.

C'est lorsqu'un fait préjudiciel a été présenté à l'autorité administrative que le montant de son indemnisation pourra être augmenté dans le recours juridictionnel¹⁶⁵. Cependant, la jurisprudence reconnaît qu'entre la présentation de la demande à l'administration et la présentation du recours juridictionnel, et même au cours de la première instance, d'autres faits préjudiciels auraient pu arriver donnant lieu à réparation et pour lesquels il ne sera pas nécessaire de revenir auprès de l'autorité administrative, car il s'agit d'un complément de la demande initiale¹⁶⁶, notamment lorsque les préjudices se sont poursuivis après la demande administrative¹⁶⁷. Ces nouveaux chefs d'indemnisation peuvent être présentés même en appel¹⁶⁸.

En conséquence, il est possible d'affirmer que le montant de l'indemnisation ne fait pas partie de l'objet intangible de la demande et du recours et, à cet égard, il est possible de conclure avec le professeur Jacques MOREAU que l'objet de ce genre de demande c'est la réparation intégrale du préjudice¹⁶⁹ qui aura lieu à la condition que les faits connus au moment de la demande initiale aient été présentés à l'autorité administrative. Les faits présentés à l'autorité administrative peuvent donner lieu à la demande juridictionnelle de chefs de préjudice n'ayant pas été présentés dans la demande préalable¹⁷⁰.

¹⁶² C.E.f. 9 déc. 1949, *Dme. Geeverding, Rec.*, p. 543 ; C.E.f. 30 juillet 2003, *AP-HP c/ Benoit, Rec.*, p. 899.

¹⁶³ Considérant « que le sieur de Pins, se fondant sur la diminution de jouissance et la dépréciation causées à sa propriété par les exercices de tir du polygone de Castres, a demandé au ministre de l'indemniser par l'achat ou la location de cette propriété par l'État ; que si, devant le Conseil d'État, et sur le refus du ministre de consentir à ce mode de réparation du préjudice allégué, le sieur de Pins réclame, pour les mêmes causes, une indemnité annuelle ou définitive, ces conclusions, qui se trouvaient comprises dans la réclamation originaire, rejetée par la décision attaquée, ne constituent pas une demande nouvelle ; qu'ainsi le ministre n'est pas fondé à prétendre qu'elles ne sont pas recevables », C.E.f. 19 janv. 1894, *de Pins, Rec.*, p. 54.

¹⁶⁴ C.E.f. 25 avril 1958, *Ministre des travaux publics c/ Société Boguet, A.J.D.A.* 1958, II, p. 192, note MONTMERLE.

¹⁶⁵ « Cons. Que si la dame veuve Claret soutient avoir droit au remboursement des frais funéraires et d'achat de vêtements de deuil qu'elle a exposés et dont le montant s'élèverait à 50 000 francs, ce chef de réclamation ne figurait pas dans la demande qu'elle a adressée au ministre et n'a donné lieu à aucune décision au fond de la part de ce dernier, que, dès lors, lesdites conclusions sur lesquelles le contentieux n'est pas lié devant le Conseil d'État, ne sont pas recevables », C.E.f. 28 juillet 1950, *Dame Veuve Claret, Rec.*, p. 472.

¹⁶⁶ Les conclusions qui ne « constituent qu'un développement et un complément de la demande », sont admises C.E.f. 12 déc. 1951, *Ville de Revel, Rec.*, p. 589.

¹⁶⁷ « Considérant que ces demandes sont fondées sur la persistance des dommages qui ont donné lieu aux réclamations des sieurs Crespel et consorts rejetées par les décisions ministérielles susmentionnées (...) qu'ainsi elles ne constituent pas des réclamations nouvelles et que les sieurs Crespel et autres sont recevables à les présenter devant le Conseil d'État sans qu'elles aient été au préalable soumises au Ministre de la guerre et qu'elles aient fait l'objet d'une nouvelle décision du Ministre », C.E.f. 7 mars 1902, *Crespel et autres, C/L'État, Rec.*, p. 177

¹⁶⁸ Le Conseil d'État français admet même la majoration du montant de l'indemnisation en appel, lorsque le préjudice s'est aggravé entre-temps : C.E.f. 5 juillet 1939, *Commune de Brignoles, Rec.*, p. 455 ; C.E.f. 30 juillet 1948, *Commune de Calluire et Cuire, Rec.*, p. 361 ; C.E.f. 18 déc. 1957, *Hospices civils de Laon c/ Demoiselle Chevreuil, Rec.*, p. 688.

¹⁶⁹ « (...) les conclusions du recours en indemnité sont considérées comme tendant à la réparation intégrale du dommage subi et ne sont pas enfermées dans tels chefs de préjudice », Jacques MOREAU, « La cause dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle », *loc. cit.*, p. 90.

¹⁷⁰ C.E.f. 12 déc. 1951, *Ville de Revel, Rec.*, p. 589 ; C.E.f. 18 oct. 1967, *Soc. Blomet-Convention, Rec.*, p. 900.

2. L'identité de cause

La règle de la décision administrative préalable serait contournée s'il était possible de présenter une demande à l'administration ayant le même objet que la requête juridictionnelle, mais fondée sur une cause différente. L'administration ne peut réaliser un véritable examen du bien-fondé de la prétention de l'administré, que si elle connaît la raison d'être de cette demande. La règle de la décision administrative préalable implique que l'administré ne pourra pas modifier la cause de sa demande, car cela signifierait que la demande présentée à l'administration n'est pas la même dont il a saisi la juridiction. Afin de préciser la portée de l'identité de la demande administrative et du recours juridictionnel, il est question de s'intéresser au concept de cause de la demande (a) pour mettre en exergue, ensuite, la rigueur excessive de l'identité de cause dans la pleine juridiction (b).

a. Le concept de cause de la demande

La cause de la demande c'est le fondement juridique de l'objet de la demande. Il s'agit du titre juridique, norme ou principe, qui justifie la prétention¹⁷¹. Dans le contentieux de l'annulation, la cause juridique c'est la légalité interne ou externe de l'acte dont l'annulation est demandée¹⁷². Dans le contentieux de pleine juridiction, la cause c'est toujours le fondement juridique de la demande, consistant notamment en la faute du service, l'imprévision, l'égalité devant les charges publiques¹⁷³ ou le risque¹⁷⁴. La notion de cause de la demande est unique : l'illégalité interne ou externe est la cause de la demande du recours pour excès de pouvoir, alors que cette même illégalité, devenue faute du service, est l'une des possibles causes de la demande en responsabilité¹⁷⁵.

Il est nécessaire de différencier la cause de la demande, c'est-à-dire « *le principe juridique spécial sur lequel est fondé la demande* »¹⁷⁶, des arguments présentés par le requérant visant à expliquer la cause juridique et à convaincre du bien-fondé de la demande. À l'égard des arguments

¹⁷¹ « *La cause, c'est le fait juridique qui justifie la demande, la catégorie de droit qui sert de fondement à la prétention (...)* », GUIONIN, conclusions sur C.E.f. 12 juillet 1955, *Sieur Grunberg, Rec.*, p. 407.

¹⁷² L'irrégularité de la composition de la Commission nationale des accidents du travail et la méconnaissance des normes sur lesquelles devrait se fonder la décision sont des causes juridiques distinctes : C.E.f. Sect. 20 fév. 1953, *Soc. Inter-copie, Rec.*, p. 88, S. 1953, III, p. 78, note M.L. Sur le concept de cause du recours pour excès de pouvoir Cf. KAHN conclusions sur C.E.f. 23 mars 1956, *A.J.D.A.* 1956, II, p. 164.

¹⁷³ C.E.f. 18 mai 1955, *Ministre des anciens combattants et victimes de la guerre c/ Biwand, Rec.*, p. 267 ; C.E.f. 29 juin 1956, *sieur Rodolphe, Rec.*, p. 282. « *La cause apparaît alors comme la tradition, en termes de procédure, d'un régime de responsabilité ; le fondement juridique du recours en indemnisation serait donc l'ensemble des conditions de mise en œuvre de la responsabilité de la puissance publique. (...)* c'est le statut juridique sous la protection duquel la victime entend se placer pour engager la responsabilité de la puissance publique (...) », Jacques MOREAU, « *La cause dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle* », *loc. cit.*, p. 94.

¹⁷⁴ C.E.f. Ass. 10 février 1961, *Cons. Chauche, Rec.*, p. 108.

¹⁷⁵ « *En sorte qu'invoquer à l'appui d'une requête la faute dans un acte juridique (...) ou invoquer l'illégalité de cet acte, c'est la même allégation (...)* », Marcel WALINE, note sous C.E.f. 3 déc. 1958, *Boutin, R.D.P.* 1959, p. 756, *Notes d'arrêts de Marcel Waline*, t. I, Dalloz, 2004, p. 309.

¹⁷⁶ Jean-Paul GILLI, *La cause juridique de la demande en justice*, L.G.D.J. Paris, 1962, p.93.

ou des moyens, il n'existe pas de restriction et ils peuvent être modifiés ou développés dans le recours juridictionnel¹⁷⁷, à la condition qu'il s'agisse toujours de la même cause. Ainsi, dans le contentieux de la légalité, la présentation d'un seul moyen d'illégalité interne ou externe ouvre la possibilité de la présentation ultérieure d'autres moyens relatifs à la catégorie dont relève le moyen soulevé¹⁷⁸. De même, en matière de responsabilité, il est possible de développer les arguments juridiques concrétisant la cause juridique invoquée, par exemple, la faute du service ou le risque. Mais, l'indication d'une faute du service n'autorise pas à présenter ultérieurement toute autre faute, car les différentes fautes doivent relever de la même cause¹⁷⁹. Cela indique que la cause est une notion plus large que celle des moyens du recours¹⁸⁰; la cause fait référence à un fait juridique, notamment l'illégalité, l'occupation temporaire, le risque ou la faute, et non aux différentes raisons données au soutien de la prétention.

b. La rigueur excessive de l'identité de cause dans la pleine juridiction

L'exigence d'identité de la cause de la demande administrative et de la requête juridictionnelle implique que l'administré devra réaliser un exercice de qualification juridique du fondement de sa demande, qui ne pourra pas être modifié lors du recours juridictionnel. Ainsi, il ne sera pas possible de fonder la demande administrative sur la cause de l'inexécution du contrat et, ultérieurement, soulever des vices donnant lieu à l'annulation du même contrat¹⁸¹. Dans ce cas, soit l'administration n'a pas exécuté, soit l'acte était vicié. De même, il ne sera pas possible de demander l'indemnisation en raison de la responsabilité contractuelle et fonder le recours juridictionnel sur la responsabilité extracontractuelle¹⁸², ou la responsabilité pour faute et après présenter des moyens tirés de l'imprévision¹⁸³. Or, de même qu'à l'égard des conclusions nouvelles issues des faits n'existant pas au moment de la demande de décision préalable, il est évidemment possible de soulever des moyens tirés de l'illégalité de la décision administrative se prononçant sur la demande de l'administré¹⁸⁴. Lorsque l'administré saisit la justice d'un refus de demande d'indemnisation, la cause étant par exemple la faute du service, forcé à demander une décision administrative, il devra présenter une autre cause tirée de l'illégalité du refus d'indemnisation.

En matière de responsabilité, même si la jurisprudence a sanctionné comme irrecevable une requête fondée sur un régime de responsabilité différent de celui allégué devant l'autorité

¹⁷⁷ « (...) en opposant au refus du ministre des moyens nouveaux, le requérant n'a pas pour autant formé une demande nouvelle », C.E.f. 22 fév. 1946, *Di Grazia, Rec.*, p. 58.

¹⁷⁸ C.E.f. 20 fév. 1953, *Société Intercopie, Rec.*, p. 483.

¹⁷⁹ C.E.f. 21 avril 1971, *Lefèvre, req. N° 78379*.

¹⁸⁰ « Un seul point est certain : la cause ne s'identifie pas avec le moyen qui en est le support, elle le dépasse et le déborde, puisqu'elle constitue la catégorie dont le moyen n'est qu'un élément ou, si l'on veut, un mode particulier d'expression (...) Lors donc que la cause est jugée, elle s'impose, même à l'égard des moyens nouveaux invoqués au soutien de la même cause », GUIONIN, conclusions sur C.E.f. 12 juillet 1955, *Sieur Grunberg, Rec.*, p. 407.

¹⁸¹ C.E.f. 16 mai 1924, *Jourda de Vaux, Rec.*, p. 438. Dans l'espèce, il y a tant un changement de cause que d'objet.

¹⁸² C.E.f. 13 nov. 1936, *Pichelin et autres, Rec.*, p. 986 ; C.E.f. 4 nov. 1970, *Boyer, Rec.*, p. 1162, *A.J.D.A.* 1971, II, p. 305, obs. LANDON.

¹⁸³ C.E.f. 3 mars 1937, *Soc. Des grands travaux de Paris, Rec.*, p. 271 ; C.E.f. 10 fév. 1950, *Ville de Commercy, Rec.*, p. 96 ; C.E.f. 19 déc. 1955, *Delgorge, Rec.*, p. 600.

¹⁸⁴ C.E.f. 22 fév. 1946 *Di Grazia, Rec.*, p. 58.

administrative¹⁸⁵, elle a néanmoins accepté qu'une demande fondée sur la faute de l'administration, donne lieu à un recours juridictionnel fondé sur la responsabilité sans faute de l'administration. Cette situation a conduit le professeur Jacques MOREAU à affirmer qu'en matière de responsabilité la cause de la demande n'est pas le régime de la responsabilité qui sera laissée à la détermination du juge¹⁸⁶. Bien qu'une telle souplesse puisse paraître souhaitable, le juge n'accepte les mutations de cause juridique qu'en s'agissant de la responsabilité sans faute¹⁸⁷, étant entendu qu'il s'agit d'un moyen d'ordre public face auquel le juge ne saurait pas opposer une conclusion d'irrecevabilité tirée de l'absence de décision préalable.

En dehors des hypothèses de responsabilité sans faute, la fixation définitive de la cause juridique du recours, dès la demande adressée à l'administration, semble être d'une rigueur excessive. Les arcanes des différents fondements de la responsabilité ne sont pas à la portée d'un administré¹⁸⁸ réalisant une première demande d'indemnisation devant l'autorité administrative et dont il n'est pas obligatoire de se pourvoir par l'intermédiaire d'un avocat. Dès lors, il est compréhensible que la demande administrative puisse être fondée sur un principe juridique, alors que la jurisprudence entend fixer cette hypothèse sur un autre régime de responsabilité. Hormis le cas de la responsabilité sans faute, la demande préalable sera, en même temps, un privilège pour l'administration et un fardeau pour le demandeur¹⁸⁹. La règle de la fixation de la cause juridique implique que le demandeur averti soit porté à déployer devant l'autorité administrative différents fondements juridiques, dans l'espoir qu'il pourrait ultérieurement rattacher la requête juridictionnelle à l'un de ces fondements, à l'aide d'un avocat¹⁹⁰. De ce fait, la demande préalable abandonne sa fonction de précision du litige pour devenir un pas formel où le contentieux, au lieu de se fixer, va se déployer en plusieurs directions visant à éviter l'irrecevabilité de la requête juridictionnelle.

Celui ou celle¹⁹¹ qui prétend saisir la juridiction administrative, en l'absence d'un acte administratif pouvant être attaqué, est obligé de soumettre préalablement à l'administration tant les prétentions que les principes juridiques à l'appui de celles-ci et le litige sera fixé dès lors¹⁹². Cela n'implique pas que le demandant renonce à présenter des faits non encore réalisés au moment de la

¹⁸⁵ C.E.f. 17 mai 1968, *Ministre des anciens combattants c/ sieur Roulland, Rec.*, p. 320.

¹⁸⁶ « D'une part, en effet, toute autre solution traduirait une excessive sévérité vis-à-vis des victimes, puisque le domaine d'application propre à chacun des régimes de responsabilité n'est pas toujours facile à déterminer de manière précise », Jacques MOREAU, « La cause dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle », *loc. cit.*, p. 83.

¹⁸⁷ C.E.f. 28 mars 1919, *Regnault- Desroziers, R.D.P.* 1919, p. 239, concl. CORNEILLE, note JEZE, *G.A.J.A.* 18^e éd., n° 34 ; C.E.f. 30 nov. 1923, *Cuitéas, S.* 1923, III, p. 57, concl. RIVET, note HAURIUO, *G.A.J.A.* 18^e éd., n° 40 ; C.E.f. 24 juin 1961, *Chevalier, Rec.*, p. 431 ; C.E.f. 30 juin 1999, *Foucher, Rec.*, p. 232 ; *R.F.D.A.* 1999, p. 1210, concl. BERGEAL.

¹⁸⁸ La simplicité de la cause dans le contentieux de l'annulation contraste avec la complexité des causes dans le plein contentieux de la responsabilité.

¹⁸⁹ En raison de cela, le professeur COLLY plaide l'abandon de la notion de cause dans le plein contentieux : François COLLY, « Aspects de la notion de cause juridique dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *R.F.D.A.* 1987, p. 798.

¹⁹⁰ Il semble, par conséquent, qu'il est conseillé de formuler systématiquement le moyen de la responsabilité par faute ne pouvant pas être soulevé d'office par le juge.

¹⁹¹ L'administré ou l'autorité administrative à l'égard d'une autre autorité.

¹⁹² Cela est l'une des applications du principe de fixation de l'instance : François COLLY, « Aspects de la notion de cause juridique dans le contentieux administratif de pleine juridiction », *loc. cit.*, p. 787.

présentation de la demande¹⁹³ ou à développer l'argumentation devant le juge. Or, encore une fois, la fixation du litige et la liaison du contentieux ne constituent pas le fondement de la règle de la décision préalable. Il s'agit de la description des effets que cette règle peut entraîner. Il est aussi prétendu que la règle de la décision préalable est requise dans la mesure où le contentieux administratif est un contentieux de la légalité des actes.

§ 2. Un contentieux de la légalité des décisions

Puisqu'il est considéré que le contentieux administratif français ne peut pas avoir lieu sans une décision administrative, celui-ci se caractériserait par la règle de la décision administrative préalable. Le contentieux administratif aurait une identité propre : il serait défini comme un contentieux de la légalité des décisions administratives. En réalité, cet effort théorique (A) visant à expliquer la règle de la décision préalable consiste en une théorie critiquable (B).

A. Un effort théorique

La règle de la décision administrative préalable serait fondée sur les spécificités techniques du contentieux administratif français : la juridiction administrative ne pourrait être saisie que de la légalité des décisions administratives. De cette manière il est prétendu donner une explication rationnelle à la construction historique de la règle de la décision préalable. L'exigence de principe de la décision administrative déterminerait que le contentieux administratif soit un procès fait à un acte et un procès par l'acte (1). Cela constituerait la spécificité du contentieux administratif français (2).

1. Le procès fait à l'acte et le procès par l'acte

La règle de la décision administrative se justifierait dans la mesure où, par principe, les recours juridictionnels du contentieux administratif ne se dirigent pas contre la personne publique ou contre les fonctionnaires publiques, mais contre leurs actes. C'est de cette manière que Maurice HAURIOU entend expliquer la règle de la décision administrative préalable au recours juridictionnel¹⁹⁴ : « *Du moment qu'il est entendu que c'est contre l'acte d'administration qu'on recourt, il faut pour*

¹⁹³ Cons. « *que, ces réclamations, fondées sur la persistance et l'aggravation des dommages causés aux requérants par la continuation des exercices de tir, ne constituent pas des demandes nouvelles ; que, d'ailleurs, les requérants ont, dans leur demande précitée du 22 juil. 1888, déclaré expressément réserver tous leurs droits à raison du préjudice que pourrait encore leur causer dans l'avenir le voisinage du champ de tir ; que, dès lors, la fin de non-recevoir opposée par le ministre ne saurait être accueillie* », C.E.f. 25 mars 1892, *Sieur et dame Viard, Rec.*, p. 315.

¹⁹⁴ « (...) il est rare que la puissance publique puisse être traduite directement devant les tribunaux (...) le principe est qu'elle ne comparait devant le juge, qu'en tant qu'elle est condensée dans un acte d'administration. En d'autres termes, les actions ou recours qui sont à la disposition des particuliers (...) ne sont pas en principe des actions contre la personne administrative, ni des actions contre l'administrateur, ce sont des recours contentieux contre l'acte », Maurice HAURIOU, « Droit administratif », in *Répertoire du droit administratif* – (Répertoire Bécquet), t. XIV, Paul Dupont éd., Paris, 1897, p. 16.

créer le contentieux que cet acte existe »¹⁹⁵. De ce point de vue, l'objet des recours juridictionnels n'est pas la condamnation des personnes publiques ou de leurs agents, mais le rétablissement de la légalité, et le rétablissement des droits de l'administré ne serait qu'indirectement l'objet du recours juridictionnel. Sans acte administratif, le contentieux administratif ne serait pas possible. L'acte administratif serait l'objet du débat juridictionnel¹⁹⁶ et le recours pour excès de pouvoir serait un « un procès fait à l'acte »¹⁹⁷.

C'est avec Édouard LAFERRIERE que cette théorie sera considérée comme l'explication de la règle de la décision préalable. D'après lui, la décision préalable ne fait pas seulement référence à celle provoquée par l'administré, mais à toute décision administrative. La décision préalable serait prise par l'initiative de l'administration ou de l'administré¹⁹⁸. Par conséquent, LAFERRIERE viendrait affirmer que la juridiction administrative « (...) a pour objet non de simples prétentions des parties, mais l'opposition qui se produit entre ces prétentions et une décision administrative qui devient le véritable objectif de l'instance contentieuse »¹⁹⁹. Par conséquent, la différence entre le recours pour excès de pouvoir et le recours de pleine juridiction ne pourrait donc être fondée sur l'existence ou non d'une décision administrative dont l'administré attaque la présomption de légalité²⁰⁰.

Or, cette explication de la règle de la décision préalable rencontre l'objection du contentieux de pleine juridiction où l'objet du recours n'est pas borné à la légalité de l'acte ; mais, il comprend l'examen des faits donnant lieu à la demande préalable²⁰¹ ; il serait artificiel d'affirmer, dans ce cas, que le recours de plein contentieux est aussi un procès fait à un acte. En conséquence, Maurice HAURIOU différencie entre le procès fait à un acte, propre du contentieux de l'annulation, du procès entre des parties, propre au plein contentieux, où la décision administrative n'est pas l'objet du

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ « On a fait le procès à l'acte comme le Moyen Âge faisait le procès au cadavre. Ça a été d'abord une sorte de droit pénal, car l'excès de pouvoir est un vice et comme une faute de l'acte, c'est l'acte qui est vitupéré et amendé au nom de la moralité administrative, l'annulation ou l'anéantissement de l'acte sont les pénalités », Maurice HAURIOU, *Précis de droit public et administratif, à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès sciences politiques*, Sirey, 1914, p. 102

¹⁹⁷ Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Sirey, 1933, rééd. Dalloz, Paris, 2002, p. 394.

¹⁹⁸ « L'objet du débat contentieux est une décision préalable prise par un administrateur et que la partie critique comme contraire à son droit. Cette décision est en quelque sorte la matière première du débat contentieux ; si elle n'existe pas, il faut que la partie la provoque afin de pouvoir dénoncer au juge » (...) « L'expression de « juge ordinaire du contentieux administratif » doit donc être comprise comme si l'on disait : « Juge ordinaire des décisions administratives qui donnent lieu à réclamation contentieuse », Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et du contentieux administratif*, 2^e éd., *op. cit.*, p. 323.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 462. « N'y-a-t-il pas de partie dans le procès administratif ? Afin de nier l'existence des parties dans le procès devant le juge administratif il est dit qu'il s'agit d'un « procès fait à un acte » et non un procès à une personne. Si cela était vrai, il faudrait accepter que l'acte soit partie et l'objet du contrôle en deviendrait un sujet. La finalité des procédures est la détermination d'une obligation ou d'un droit et cela n'est possible qu'à l'égard des personnes. L'acte c'est l'objet du procès, objet passif qui ne peut pas être sujet. Il n'y a que les personnes pouvant être concernées par les effets juridiques d'une décision judiciaire », Gabriel ROJAS, *El espíritu del derecho administrativo*, éd. Temis, Bogota, 1972, p. 137.

²⁰⁰ « La décision préalable, si profondément incrustée dans notre procédure juridictionnelle administrative, et si longtemps sans texte, contredit, par sa seule existence, l'existence de la « distinction » entre le contentieux de l'annulation et du plein contentieux « le contentieux de la pleine juridiction n'est qu'un cas particulier du contentieux de l'annulation », Raymond GUILLIEN, « Décision préalable et distinction des contentieux en droit administratif français », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 260 et 265.

²⁰¹ À la condition que ces faits soient présentés dans la demande préalable, en raison de la fixation de la cause du litige.

procès, mais l'élément qui permet la liaison du contentieux²⁰² : c'est-à-dire que le contentieux de pleine juridiction serait un contentieux par un acte.

2. La spécificité du contentieux administratif

Le Code de justice administrative dispose que « *La juridiction administrative ne peut être saisie que par recours contre une décision* »²⁰³, alors que le Code français de la procédure civile dispose que « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions des respectives parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense* »²⁰⁴. L'existence de ces normes en vigueur suffirait pour admettre que le contentieux administratif est spécifique par rapport au contentieux judiciaire, et pour donner ainsi un argument additionnel à l'autonomie du droit administratif tout entier²⁰⁵.

Cette spécificité du contentieux administratif français²⁰⁶ est construite sur l'idée qu'en dehors des actes administratifs, l'administration ne pourrait pas violer les droits des administrés. Ainsi, lorsqu'un administré considère qu'un fait administratif lui a causé tort, cette considération ne pourrait pas donner lieu à un contentieux administratif car, pour celui-ci, aucun droit n'a été violé avant que l'administration ne se prononce sur la demande de l'administré²⁰⁷. Au-delà de l'évidence du préjudice, par exemple des blessures causées à un administré par un fait administratif, l'administré devrait accepter qu'aucun de ses droits n'ait pas encore été violé : la spécificité du droit administratif français exigerait une décision administrative permettant de considérer que le droit à l'intégrité physique a été violé et que, dès lors, un contentieux administratif peut naître²⁰⁸, étant entendu que celui-ci est un contentieux d'actes²⁰⁹ : « *Pour que le recours contentieux existe, il faut*

²⁰² « *Les recours contentieux de pleine juridiction, bien qu'ils soient normalement engagés à l'occasion d'une décision contentieuse et bien qu'ils soient délimités dans une certaine mesure par le contenu de cette décision, ne sont plus en réalité un procès fait à l'acte, mais un procès fait à la personne morale administrative, de partie à partie* », Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Sirey, 1933, rééd. Dalloz, Paris, 2002, p. 395.

²⁰³ Art. R. 421-1 C.J.A.

²⁰⁴ Art. 4 du C.P.C.f.

²⁰⁵ « (...) *le juge administratif continue à se différencier procéduralement du juge judiciaire, l'autonomie du droit administratif ne pouvant pas logiquement concerner le seul droit substantiel sans toucher aussi au droit juridictionnel, lequel n'est jamais que le droit substantiel appliqué à la procédure juridictionnelle* », OLIVIER GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Litec, Paris, 2009, p. 43.

²⁰⁶ « *Car, le contentieux administratif suppose, en principe et par définition même, selon le droit positif français, une opposition entre la prétention du réclamant et une décision administrative, qui forme à la fois la matière première et l'élément générateur de ce contentieux* », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, Sirey, 1920, rééd. Dalloz, Paris, 2004, p. 804.

²⁰⁷ Cela n'équivaut pas à une certaine immunité du style du principe *king can't do wrong* (le roi ne peut pas causer tort). En réalité, le principe serait que l'administration ne peut causer tort que par l'intermédiaire des décisions administratives.

²⁰⁸ Pour qu'il y ait du contentieux administratif « *il faut en outre que la violation du droit résulte d'un acte administratif déjà accompli ; contrairement à ce qui existe en droit privé, en droit administratif le particulier ne peut pas, du moins en règle générale, citer une administration publique devant une juridiction administrative pour faire juger de plano ses prétentions (...)* Ainsi, un litige né de la violation d'un droit, résultant d'un acte administratif réellement accompli, telles sont les conditions générales de la formation du contentieux administratif », René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, 1891, p. 191-192.

²⁰⁹ Sans décision administrative, la requête n'est pas examinée : C.E.f. 30 juin 1905, *Département de la Mayenne, Rec.*, p. 476, *Pandectes françaises*, 1906, IX, p. 28, note BOUVIER ; C.E.f. 29 avril 1921, *Société premier et Henry, Rec.*, p. 424, S. 1923, III, note HAURIOU ; C.E.f. 2 juin 1938, *Lambert, Rec.*, p. 1216 ; C.E.f. 9 janv. 1952, *Soc. Les planteurs de Sassandra, Rec.*, p. 20.

qu'un acte administratif ait entraîné la violation d'un droit »²¹⁰.

Avant l'introduction de la règle de la décision implicite, l'administration disposait du privilège de décider, en prenant une décision explicite, ou même négative, qu'un droit a été violé²¹¹. En gardant le silence, aucun droit des administrés ne pourrait pas être violé²¹². Auparavant, était discuté la possibilité d'introduire devant le juge un contentieux ordinaire²¹³ qui pourrait naître lorsque l'administré portait directement sa demande à la juridiction. Cependant, le décret du 2 novembre de 1864 a donné des arguments pour soutenir que la décision administrative était tellement nécessaire qu'elle serait présumée dans le cas où le ministre garderait le silence devant un recours contre l'acte d'un inférieur. Il est vrai que la règle de 1864 ne s'appliquait qu'à une seule hypothèse ; mais, la loi du 17 juillet 1900, en généralisant la présomption, aurait ainsi confirmé que le contentieux administratif requiert d'une décision administrative, même implicite²¹⁴.

La règle de la décision administrative a été expliquée théoriquement comme une caractéristique propre au contentieux administratif français. Sans démentir que cette règle soit une spécificité, il s'agit d'une théorie critiquable.

B. Une théorie critiquable

Lorsqu'est posé la question de savoir pourquoi le contentieux administratif français exige la présence d'une décision administrative préalable, la réponse ne peut pas être que le contentieux administratif est un contentieux d'actes et que, par conséquent, la décision administrative est exigée. Cela n'est pas une explication, mais un constat qui, en tant que tel, est aussi critiquable. Il s'agit d'une théorie construite à partir d'une généralisation (1), laissant de côté l'importance réduite de la décision administrative dans le contentieux subjectif (2).

1. Une théorie construite à partir de la généralisation

Faute d'une décision administrative pouvant être déférée au juge, le recours pour excès de

²¹⁰ Henri BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 909.

²¹¹ « (...) qu'un tel système était contraire aux principes les plus élémentaires du droit commun qui faisait dépendre une instance contentieuse, la satisfaction due au droit violé, d'une réponse que l'administration, redoutable adversaire, n'était point tenue de fournir ? », Joseph LABAYLE, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 8.

²¹² « La raison en est que, pour qu'il y ait contentieux administratif, il ne suffit pas que la partie agissante invoque une violation dommageable de son droit, mais il faut encore que cette violation résulte d'une décision expresse et régulière d'une autorité administrative compétente (...) Donc, pour pouvoir former un recours devant le Conseil d'État, il ne suffit pas d'avoir à se plaindre d'un fait administratif, il faut avoir une décision en forme à lui déférer », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 804.

²¹³ Aujourd'hui le recours pour excès de pouvoir est aussi un recours ordinaire qui « (...) est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité », C.E.f. 17 fév 1950, *Dame Lamotte*, *Rec.*, p. 110 ; R.D.P. 1951, p. 478, conclusions DELVOLLE et note WALINE.

²¹⁴ Même si la loi fait référence aux « (...) affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'État que sous la forme de recours contre une décision administrative (...) », art. 3 de la loi du 17 juillet 1900. Cela a été interprété largement dans le sens que toutes les affaires devant le Conseil d'État devraient être l'objet d'une décision administrative. Les exceptions, notamment celle du contentieux des travaux publics, relevaient de la compétence des conseils de préfecture.

pouvoir n'a pas d'objet²¹⁵. Pour expliquer cela, il n'est pas nécessaire de faire appel à la théorie de la liaison de l'instance ou de la fixation du litige ; l'exigence est de l'essence même du recours pour excès de pouvoir. Affirmer que dans le recours pour excès de pouvoir la décision administrative est préalable est, dès lors, une précision inutile²¹⁶. Ainsi, la théorie du contentieux administratif comme un contentieux des actes est conduite à faire l'assimilation du contentieux de l'annulation au contentieux de pleine juridiction pour montrer que, puisque dans les deux hypothèses une décision dite préalable est requise, cela serait de la nature même du contentieux administratif²¹⁷.

La véritable décision préalable est celle que l'histoire a demandée de l'administration, pour qu'elle puisse se prononcer préalablement sur les prétentions de l'administré. Mais il était techniquement possible que le contentieux administratif passe autrement que par la décision préalable de l'administration, à un point tel qu'au moment où est construite l'explication du contentieux administratif comme un contentieux d'actes, la règle se circonscrivait au Conseil d'État²¹⁸. La prétendue nécessité de la décision préalable afin de pouvoir considérer qu'un droit a été violé est issue de la généralisation du cas des actes administratifs causant tort à un droit. Par là, en dépit de la réalité, il serait considéré que seules les décisions administratives peuvent violer les droits des administrés. Cela méconnaît notamment que des droits violés sans acte administratif étaient soumis à la juridiction des conseils de préfecture. Par conséquent, les explications données comme étant de la nature du contentieux administratif sont fausses²¹⁹, sauf si on considérait, à tort, que le contentieux des conseils de préfecture ne relevait pas du contentieux administratif, sinon « *faut-il faire une différence entre les éléments du débat contentieux suivant qu'on est devant ces tribunaux ou devant le Conseil d'État ?* »²²⁰.

La théorie de la nécessité de la décision préalable comme une exigence du contentieux administratif est une argumentation circulaire : tout d'abord, elle constate que la décision préalable est exigée, tout en fermant les yeux à l'égard des cas où cela n'est pas exigé. Ensuite, elle transforme le constat en règle. Enfin, elle expose la règle comme la raison d'être de l'exigence de la décision préalable : « *on prend l'effet pour la cause* »²²¹.

²¹⁵ Ce n'est pas le cas de l'acte administratif « inexistant » qui, existant, d'un point de vue matériel, peut être l'objet d'un recours en déclaration d'inexistence en raison de la gravité de son illégalité ou même d'un recours pour excès de pouvoir, mais dont la déclaration sera l'inexistence : C.E.f. 13 juillet 1966, *Guigon, Rec.*, p. 476. Cf. René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, t. 1, 15^e éd., *op. cit.*, p. 970.

²¹⁶ Le recours pour excès de pouvoir n'est pas un recours suspensif de l'action administrative, pouvant empêcher la production d'un acte qui serait illégal. Il s'agit d'un mécanisme opérant après coup et qui n'a pas en soi des effets suspensifs de l'acte : « *Sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction* », art. L. 4 C.J.A.

²¹⁷ Avec le critère de l'existence d'une décision administrative, le professeur CHAPUS propose la différence entre deux types de contentieux : le contentieux des recours ou formé contre une décision administrative et le contentieux des poursuites : René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 211.

²¹⁸ « *Il en est autrement que pour les créanciers qui ont la mauvaise fortune (mauvaise fortune à ce point de vue spécial) de ressortir au Conseil d'État* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit.*, p. 440.

²¹⁹ La décision administrative ne constitue pas la violation du droit « (...) *la décision administrative qui repoussera la demande ne fera que confirmer la violation du droit ; ce n'est pas elle qui la créera ; dès lors, on ne voit pas pourquoi cette décision serait nécessaire pour intenter l'action* », Léon MARIE, *Le droit positif et la juridiction administrative*, t. II, Chevalier-Maresq, Paris, 1903, p. 683.

²²⁰ Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit.*, p. 443.

²²¹ Léon MARIE, *Le droit positif et la juridiction administrative*, t. II, *op. cit.*, p. 685.

Conscient de la véritable nature historique de la règle de la décision administrative préalable, CARRE de MALBERG n'hésite pas à la qualifier comme « *une anomalie, qui doit demeurer restreinte au Conseil d'État* »²²². Mais au-delà de ne pas élargir la règle aux autres juridictions administratives, CARRE de MALBERG n'hésite pas à demander la suppression de l'exigence de la décision administrative préalable pour que « *la partie qui a subi une lésion, puisse directement faire valoir ses droits au contentieux, sans avoir besoin de s'adresser d'abord au ministre* »²²³. Au lieu d'être supprimée, la règle de la décision administrative préalable a été justifiée pour les fonctions qu'elle pourrait remplir, elle a été élargie aux tribunaux administratifs²²⁴ et, en général, à toutes les juridictions administratives²²⁵.

2. L'importance réduite de la décision administrative dans le contentieux subjectif

Au-delà d'affirmer que la décision administrative objet d'un recours pour excès de pouvoir est une décision préalable, la généralisation de la décision administrative comme étant de la nature même de l'ensemble du contentieux administratif mésestime la véritable fonction de la décision administrative dans le contentieux subjectif.

En effet, en matière de l'excès de pouvoir, le débat est centré autour de l'acte administratif étant l'objet du contrôle de légalité, à un point tel qu'il est obligatoire de joindre au recours une copie de celui-là²²⁶. En revanche, la décision administrative a une importance réduite dans les contentieux subjectifs, notamment celui de la responsabilité : le débat ne se circonscrit pas à la décision administrative, bien que formellement le juge ne puisse exercer ses pouvoirs qu'une fois qu'il a annulé la décision administrative²²⁷.

Tout d'abord, l'obligation de porter la demande préalablement à l'autorité administrative fixe le contentieux par rapport à la cause et quant à l'objet demandé, mais non par rapport à la décision administrative. La décision est, à cet égard, un élément tellement accessoire qu'il est possible que l'administration nie le bien-fondé de l'obligation d'indemniser et, par conséquent, le débat quant aux chefs d'indemnité sera déterminé par la demande initiale, alors même que l'administration ne s'est pas prononcée sur ce point²²⁸. Bien qu'il soit loisible de critiquer la rigueur de la fixation du litige²²⁹, il faut reconnaître que quand l'administration a pris une décision expresse, se prononçant sur la cause de la demande et sur son objet, le litige sera circonscrit aux deux

²²² Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 805.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ Art. 2 du décret législatif du 30 sept. 1953.

²²⁵ La loi du 7 juin 1956 a généralisé l'application de la règle à toutes les juridictions administratives. Le décret du 11 janvier 1965 confirme à nouveau la règle.

²²⁶ Art. R. 412-1 C.J.A.

²²⁷ « *Limiter en ces matières les pouvoirs du juge à l'annulation de la décision attaquée sans lui reconnaître celui de réformer cette décision et de condamner au paiement d'indemnités serait inconcevable et rendrait inutile l'instance juridictionnelle* », Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, t. II, Dalloz, 2007, p. 9.

²²⁸ C.E.f. 9 déc. 1949, *Dame Geeverding, Rec.*, p. 543.

²²⁹ « *Enfin, la règle selon laquelle tout recours doit être entrepris contre une décision préalable oblige à cristalliser le litige sur un acte déterminé, artificiellement coupé de son contexte, alors que c'est souvent un ensemble de comportements administratifs étroitement liés qui constitue la source du litige* », Jean-Marie, WOEHRLING, « *Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins* », *loc. cit.* p. 349.

positions : celle de la demande et celle de la décision, tout en ajoutant les éléments à l'encontre de la légalité de la décision. Néanmoins, le fait que le litige soit fixé par rapport à la demande et à la décision préalable, ne signifie pas que l'objet du litige soit la décision administrative, explicite ou implicite²³⁰ ; cette affirmation serait imprécise.

Ensuite, lorsque l'administration a gardé le silence et que la décision implicite s'est configurée de ce fait, la décision préalable n'est qu'une condition formelle, un élément de procédure permettant l'accès à la juridiction et fondé sur l'idée que le contentieux administratif est constitué par des recours contre un acte²³¹. Ainsi, de même que dans le cas où la décision administrative nie le bien-fondé de l'obligation de réparer, dans l'hypothèse du silence, le contentieux est déterminé par les prétentions de l'administré. La présomption de décision implicite est-elle une véritable décision ? La volonté de l'administration est présumée par la loi et, évidemment, la décision implicite sera nécessairement non motivée²³² : « *Il n'y avait aucune fiction à dire que le ministre n'avait pas donné satisfaction à l'intéressé, puisque c'était la vérité* »²³³. La décision implicite de rejet ne serait ainsi qu'une présomption formelle visant exclusivement l'accès à la juridiction.

Enfin, le recours de plein contentieux peut être introduit sans avoir obtenu une décision expresse de l'autorité administrative, ou sans que celle-ci ne soit présumée par la loi. Il est même possible d'introduire le recours sans avoir porté la demande à l'administration, à la condition qu'une décision expresse ou implicite intervienne avant la décision de premier ressort²³⁴. Dans ce cas, affirmer que le contentieux administratif est un contentieux de la légalité des décisions emporterait l'absurde d'affirmer que, pendant toute l'instance se déroulant sans décision administrative, il n'y avait pas de contentieux administratif et que seulement la décision expresse ou implicite a pu faire naître le contentieux d'une instance d'ores et déjà engagée.

L'affirmation que le contentieux administratif est un contentieux d'actes est dès lors imprécise et, surtout, elle n'a pas la vertu de fonder la règle de la décision administrative préalable : dans le contentieux administratif « *tout recours est un recours entre parties, y compris dans le*

²³⁰ Alors même que la règle de la décision préalable implique que le juge doit annuler la décision administrative afin de procéder à la condamnation niée par l'administration, « *On peut aisément se rendre compte que la décision du ministre ne constitue pas la matière contentieuse, n'ajoute rien à la matière contentieuse, n'absorbe ni ne transforme la matière contentieuse, et n'est pas ce sur quoi le Conseil d'État prononce : il prononce sur les faits sur lesquels le ministre a prononcé lui-même (...)* », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit.*, p. 468.

²³¹ « (...) l'administration a tendance à se réfugier dans le silence quand elle entend ne pas donner satisfaction à une demande. Cette tendance parut même encouragée avec la loi de 1900, puisque, désormais, les particuliers semblaient ne plus souffrir de cette attitude. C'était là une déformation due à l'optique purement contentieuse », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, L.G.D.J., Paris, 1968, p. 317.

²³² Lorsque la décision administrative était censée être motivée, la décision implicite de rejet était considérée comme illégale de ce seul fait : C.E.f. 7 nov. 1975, *Dlle. Laglaine, Rec.*, p. 549 ; C.E.f. 17 nov. 1976, *Soc. Pour le développement de l'hospitalisation, Rec.*, p. 486. Néanmoins, la loi sur la motivation des actes administratifs a renversé la donne : « *Une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation (...)* », art. 5 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979. Or, l'absence de motivation entache d'illégalité la décision implicite, lorsque la motivation est issue d'une norme spéciale : C.E.f. 12 juillet 1993, *Entreprise Thot Communication, Rec.*, p. 212, *R.D.P.* 1995, p. 559, note GOHIN ; *R.F.D.A.* 1993, p. 1030 ; *D.A.* 1993, n° 442.

²³³ Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit.*, p. 471.

²³⁴ C.E.f. 8 juillet, 1970, *Andy, Rec.*, p. 470. Le recours est recevable, même si le requérant présente des conclusions à l'encontre de la légalité de la décision administrative qui n'existe pas encore : C.E.f. 20 fév. 2002, *Pfirmsmann, Rec.*, p. 841.

contentieux de l'excès de pouvoir »²³⁵. Même si l'on acceptait, pour le caractère parlant de l'expression, qu'existant deux parties l'excès de pouvoir est un procès « fait à un acte »²³⁶, cela ne serait pas le cas du plein contentieux de l'indemnité où l'on ne peut parler que d'« *un procès fait à une personne publique* »²³⁷, contrariant par là la thèse d'HAURIOU, que les personnes publiques ne comparaissent devant le juge que par la voie de ses actes²³⁸.

Il est vrai que quand la décision administrative existe préalablement au contentieux indemnitaire, le recours de plein contentieux est formellement un recours dirigé contre un acte, alors même que l'acte n'est pas l'objet même du contentieux ; il est vrai aussi que quand la décision administrative est exigée, elle sert à lier le contentieux et à fixer le litige par rapport à sa cause et à son objet ; il est vrai de même que grâce à l'exigence d'une décision préalable de l'administration, la juridiction administrative a établi un critère de séparation avec l'administration non juridictionnelle, tout en favorisant l'indépendance de l'administration, par le respect de la prérogative de la décision préalable²³⁹. Mais, en dehors de toutes les fonctions et conséquences de la règle de la décision administrative préalable, le fondement de la règle reste avant tout historiquement lié à la théorie du ministre-juge²⁴⁰. La généralité de la règle, son acceptation, sa confirmation successive et son apparence de nécessité absolue donnent l'impression que le contentieux administratif ne peut pas exister sans acte administratif. La réalité est inverse.

Section II. Le contentieux sans acte administratif

La prérogative de la décision préalable signifierait que la décision administrative est requise pour qu'un contentieux juridictionnel puisse avoir lieu ; l'administration n'exercerait qu'une fonction précontentieuse ou de préparation du contentieux en fournissant l'élément manquant ; mais, elle ne serait pas portée à trancher aucun contentieux, qui n'est d'ailleurs pas encore né. En dehors des cas des recours hiérarchiques contre des actes administratifs, le ministre aurait été considéré comme un juge de première instance parce qu'il se prononçait avant la saisine du Conseil d'État. Or, la règle de la décision administrative préalable aurait nettement éclairci la situation : la décision du ministre ou de toute autorité administrative ne serait pas juridictionnelle, mais un acte administratif nécessaire à la naissance du contentieux. Cependant, il est question de mettre en doute l'absolu de ces affirmations. Il s'agit de répondre à la question de savoir si le contentieux pouvait exister, avant ou après la saisine de la juridiction, sans l'intervention d'une décision administrative. Dès lors, il sera

²³⁵ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 205.

²³⁶ Cette affirmation devient moins absolue après l'arrêt *Boussuge* : C.E.f. 29 nov. 1912, *Boussuge, Rec.*, p. 1128 ; S. 1914, 3, p. 33, concl BLUM, note HAURIOU ; R.D.P. 1913, p. 331, note JEZE ; G.A.J.A. 18^e éd., arrêt n° 26.

²³⁷ Daniel CHABANOL, *La pratique du contentieux administratif*, 8^e éd., Litec, Paris, 2009, p. 245.

²³⁸ Maurice HAURIOU, « Droit administratif », *loc. cit.*, p. 16.

²³⁹ « La règle de la décision préalable n'obéit pas à une explication unique ainsi que l'ont pensé nombre d'auteurs. Elle emprunte au contraire sa justification à plusieurs thèses dont il convient de dégager la complémentarité plutôt que de chercher à les opposer », Patrick MINDU, *La règle de la décision administrative préalable*, *op. cit.*, p. 62.

²⁴⁰ Alors même que ce n'est pas la théorie de l'État débiteur qui peut justifier la règle de la décision préalable dans la mesure où, avant 1953, celle-ci n'était pas exigée devant les conseils de préfecture et cela, même dans les cas où la liquidation d'une dette était nécessaire. De même, il est des cas où la règle est exigée alors même que la décision n'emporte pas des conséquences sur le patrimoine public. Il est ainsi des plein contentieux où la décision préalable est exigée et le recours n'a pas d'objet pécuniaire.

question de s'intéresser tantôt au contentieux juridictionnel sans décision préalable (**Sous-section 1**), tantôt au contentieux non juridictionnel sans décision préalable (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Le contentieux juridictionnel sans décision préalable

La règle de la décision administrative préalable sert à lier le contentieux et à fixer le litige ; mais, cela ne signifie pas qu'en l'absence d'une décision administrative, le contentieux ne puisse pas avoir lieu et que l'office du juge soit impossible dans la mesure où le contentieux ne pourrait pas être lié. La décision préalable est une règle qui n'est pas absolue (**§ 1**), ce qui conduit à s'intéresser à l'office du juge (**§ 2**).

§ 1. La décision préalable : une règle qui n'est pas absolue

La décision administrative préalable au recours juridictionnel est une règle énoncée de façon générale : le contentieux administratif ne pourrait avoir lieu que quand l'administration s'est préalablement prononcée par une décision administrative. Or, la règle de la décision administrative consiste en une autre réalité, toute différente. Celle-ci pourrait être énoncée de la façon suivante : dans le contentieux administratif français, l'administration doit être invitée à se prononcer préalablement, par une décision administrative, sur les prétentions de l'administré. Cette règle connaît des assouplissements (**A**) dans son application et de nombreuses exceptions (**B**).

A. Des assouplissements

Au bout de ses conséquences, la règle de la décision administrative préalable emporte l'irrecevabilité de la requête juridictionnelle portée *de plano* à la juridiction, c'est-à-dire sans avoir obtenu, préalablement, une décision de la part de l'administration. Si la décision préalable était la condition de la naissance du contentieux, l'irrecevabilité serait inéluctable, car le recours sans décision à attaquer n'aurait pas d'objet. Or, la jurisprudence admet que la régularisation d'une telle requête serait possible quand l'administration accepte l'instance (1) ou quand le requérant redresse son recours (2).

1. L'administration accepte l'instance

La règle de la décision préalable n'est pas rigoureusement appliquée ; même si le requérant a omis de porter préalablement la demande devant l'autorité administrative, celle-ci peut néanmoins accepter une instance déjà entamée par le requérant. Pour Maurice HAURIUO, grâce à la décision préalable l'administration accepte l'instance²⁴¹. Cette explication est

²⁴¹ Maurice HAURIUO, *Les éléments du contentieux*, op. cit., p. 55.

conforme à l'état du droit avant l'intervention de l'article 3 de la loi de 1900 où il était permis à l'administration de bloquer l'accès au juge en gardant le silence²⁴². Mais, la présomption de décision implicite de rejet en raison du silence enlève à l'administration le droit d'accepter ou de ne pas accepter l'instance : au bout du délai prévu de silence, le requérant pourra saisir la juridiction, muni d'une décision implicite. Désormais, l'administration ne retient que le droit d'accepter l'instance du requérant ayant omis de lui porter préalablement sa demande et qui, par conséquent, s'adresse à la juridiction en étant dépourvu de toute décision administrative dont sa légalité pourrait être contestée.

Face au recours juridictionnel d'un administré ne faisant valoir aucune décision administrative, le juge se trouvera dans la même situation qu'un juge judiciaire, c'est-à-dire devant un contentieux qui n'est pas préalablement lié. Dès lors, il notifiera la requête à l'administration pouvant adopter, à son tour, l'une des quatre positions différentes :

- soit elle fait valoir l'irrecevabilité de la requête pour absence de décision préalable, entendant par là, ne pas renoncer à la prérogative de la décision préalable. Dans ce cas, l'administration pourrait aussi présenter subsidiairement des observations sur le fond à l'égard de la requête ; mais, même si cela prouve incontestablement qu'elle a procédé à un examen du fond de la question, la jurisprudence considère que le contentieux n'est pas lié en raison de l'irrecevabilité tirée au principal²⁴³ et cela même dans le cas où la fin de non-recevoir est tirée d'une raison autre que l'absence de décision préalable²⁴⁴. L'administration ne renonce pas à sa prérogative et elle n'accepte pas le contentieux juridictionnel quand elle ne conclut pas sur le fond au principal.

- soit l'administration défend l'affaire au principal en déposant des conclusions sur le fond et, même si elle a conclu à l'irrecevabilité subsidiairement²⁴⁵, la jurisprudence considère que le contentieux est lié²⁴⁶. L'administration entend accepter l'instance²⁴⁷ dans la mesure où

²⁴² « (...) le système de l'acceptation de l'instance in limine litis était dangereux pour les administrés ; l'inertie du défendeur pouvait aboutir à un déni de justice au détriment du demandeur », Joseph LABAYLE, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, op. cit., p. 129.

²⁴³ C.E.f. 30 nov. 1932, *Berdon, Rec.*, p. 104 ; C.E.f. 8 fév. 1957, *Dame Lieber, Rec.*, p. 98 ; C.E.f. 17 mai 1968, *Ministre c/ Roulland, Rec.*, p. 320.

²⁴⁴ La fin de non-recevoir tirée par exemple de la tardivité du recours, empêche aussi la liaison de l'instance : C.E.f. 7 Oct. 1981, *Combe, Rec.*, p. 356 ; C.E.f. 21 fév. 1997, *Quille, Rec.*, p. 57, *D.A.* 1997, n° 216, note. R.S. ; *J.C.P.* 1997, IV, p. 243, n° 1551 ; *R.F.D.A.* 1997, p. 422.

²⁴⁵ C.E.f. 23 avril 1965, *Dame Veuve Ducroux, R.D.P.* 1965, p. 1188, concl. GALABERT.

²⁴⁶ Cette forme de liaison non préalable du contentieux est tôt acceptée par la jurisprudence et cela afin d'assouplir le caractère restreint de la loi de 1864. Dans le cas non prévu par la loi de 1864, les observations de fond du ministre couvrent le défaut de décision préalable : C.E.f. 21 mars 1879, *Mercier* ; 21 mars 1879, *Guimard, Rec.*, p. 240 ; C.E.f. 27 déc. 1891, *Morton, Rec.*, p. 702 ; C.E.f. 28 avril 1893, *Zickel, Rec.*, p. 324. Malgré la généralisation de la décision implicite par la loi de 1900, le Conseil d'État continue à accepter cette forme de liaison : C.E.f. 13 nov. 1903, *Aimé, Rec.*, p. 678 ; C.E.f. 20 mai 1904, *Heinrich, Rec.*, p. 432. « (...) que le ministre de l'instruction publique, dans ses observations sur les pourvois, a expressément dénié la responsabilité de l'État ; que, l'instance étant ainsi liée entre les parties, il y a lieu de se prononcer immédiatement sur les conclusions du sieur Beltramé », C.E.f. 23 nov. 1917, *Ville de Toulouse, S.* 1924, III, p. 16. Dans le même sens : C.E.f. 26 janvier 1923, *Bibet, Rec.*, p. 95 ; C.E.f. 1^{er} avril 1925, *Braquet, Rec.*, p. 365 ; C.E.f. 9 mars 1933, *Borron, Rec.* p. 370 ; C.E.f. 9 nov. 1937, *Nogues, Rec.*, p. 918 ; C.E.f. 14 sept. 1945, *Consorts Vaas, Rec.*, p. 194 ; C.E.f. 3 nov. 1950, *Consorts Giudicelli, Rec.*, p. 534 ; C.E.f. 18 fév. 1959, *Ville de Roubaix, Rec.*, p. 125 ; C.E.f. 17 janvier 1964, *Moreau, Rec.*, tables, p. 962, *A.J.D.A.* 1964, II, p. 576, note MOREAU C.E.f. 1^{er} juillet 1984, *Comm. De Vieux-Boucau, Rec.*, p. 195.

²⁴⁷ « Considérant que si la demande d'indemnité a été formulée pour la première fois devant le Conseil d'État, le ministre de la guerre a dans ses observations déclaré accepter le débat sur ce point et a conclu au rejet de la

elle n'a pas fait valoir l'irrecevabilité de la requête. L'acceptation de l'instance est définitive, ce qui veut dire que qu'une fois l'administration a présenté des observations sur le fond en première instance, elle ne pourra pas, en appel, prétendre faire valoir le moyen tiré du défaut de décision préalable²⁴⁸. La défense sur le fond concluant au rejet est considérée comme une décision administrative négative et, dès lors, si le recours est déclaré comme irrecevable pour des raisons autres que l'absence de décision préalable, c'est le mémoire en défense qui sera l'objet d'une nouvelle instance dont le délai du recours démarre dès la notification du mémoire en défense²⁴⁹.

- soit l'administration considère que même s'il n'y a pas de décision préalable, le recours est porté devant une juridiction incompétente et elle conclut à l'irrecevabilité de la requête non pour l'absence de décision préalable, mais, pour incompétence de la juridiction. En affirmant que la juridiction est incompétente, l'administration considère qu'il y aurait objet de litige et que celui-ci correspond à une autre juridiction. Mais, le mémoire concluant l'irrecevabilité pour incompétence n'est pas considéré comme une décision liant un contentieux qui pourrait être ultérieurement porté à la juridiction compétente ; dans ce cas, il est considéré que l'autorité est saisie d'une demande préalable²⁵⁰ et que son silence gardé sur le fond, peut être tenu par une décision implicite de rejet²⁵¹ pouvant lier l'instance ultérieure devant la juridiction compétente.

- soit l'administration garde le silence. De prime abord, l'administration pourrait être condamnée par défaut et la voie de l'opposition²⁵² lui sera ultérieurement ouverte²⁵³, à la condition que la décision de premier et dernier ressort corresponde au Conseil d'État²⁵⁴. Mais, sans décision administrative préalable ou simultanée²⁵⁵, le juge se trouve face à un contentieux irrecevable, qui n'est pas lié et, par conséquent, qu'il ne pourra pas trancher²⁵⁶. En effet, la

demande ; qu'ainsi il y a lieu à considérer lesdites observations comme constituant une décision et de statuer au fond », C.E.f. 3 fév. 1899, *Beaudouin, Rec.*, p. 91.

²⁴⁸ C.E.f. 2 juin 1938, *Castellani, Rec.*, p. 505 ; C.E.f. 19 nov. 1958, *Commune de Kenchela, R.D.P.* 1959, p. 338 ; *R.D.P.* 1960, p. 802, note WALINE ; C.E.f. 23 oct. 1959, *Doublet, R.D.P.* 1959, p. 1235, concl. BERNARD.

²⁴⁹ C.E.f. 26 juin 1968, *Dame Marchand, Rec.*, p. ; 402

²⁵⁰ « L'administration, en effet, à partir du moment où elle est assignée en justice, même à tort devant une juridiction incompétente, ne peut pas soutenir qu'elle a ignoré la réclamation », Marcel WALINE, *Précis de droit administratif, Montchrestien, Paris, 1969, p. 158*

²⁵¹ C.E.f. 11 mai 1934, *Dlle Aigouy, Rec.*, p. 553 ; C.E.f. 9 nov. 1937, *Noguès, Rec.*, p. 918 ; C.E.f. 14 nov. 1945, *Consorts Vaas, Rec.*, p. 194 ; C.E.f. 12 nov. 1947, *époux Méry, Rec.*, p. 667 ; C.E.f. 10 juillet 1954, *Société Leheurteux, Rec.*, p. 451 ; C.E.f. 30 oct. 1964, *Société « Prosagor », Société « Les films Sacha Gordine » et sieur Sacha Gordine, Rec.*, p. 496.

²⁵² « Dans l'hypothèse également rare où l'opposition est donc à la fois recevable et fondée (...) », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 420.

²⁵³ C.E.f. 9 janv. 1991, *Aouad, Rec.*, p. 9 ; C.E.f. 20 nov. 1992, *Joseph, Rec.*, p. 417, *A.J.D.A.* 1993, p. 130 concl. ARRIGHI de CASANOVA.

²⁵⁴ L'opposition n'est ouverte qu'à l'égard des décisions des cours administratives d'appel et du Conseil d'État : art. R. 831-1 C.J.A.

²⁵⁵ Notamment parce que l'administration présente un mémoire où il défend le fond de l'affaire ou une décision administrative intervient au cours de l'instance à l'égard des prétentions du demandeur.

²⁵⁶ Ce « *recours est irrecevable* », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 2, 3^e éd., L.G.D.J. 1984, p. 514.

notification du recours juridictionnel porté devant la juridiction compétente²⁵⁷ n'est pas considérée comme une demande portée à l'autorité administrative et pouvant donner lieu à une décision implicite. Dès lors, le contentieux ne pourrait pas être lié au bout des deux mois sans réponse de l'administration. Dans ce cas, ce n'est pas que « *le juge relèvera, au besoin d'office, la méconnaissance de cette exigence* »²⁵⁸ de la décision préalable ; mais, le juge relèvera d'office l'absence de décision, préalable ou simultanée, liant le contentieux²⁵⁹. Cela veut dire qu'en gardant le silence, l'administration ne renonce pas à la prérogative de la décision préalable.

Pour le professeur René CHAPUS, « *le fait que l'absence de décision préalable est susceptible de régularisations diverses et aisées (...) ne doit pas conduire à conclure que l'exigence d'une telle décision n'est pas d'ordre public* »²⁶⁰. La règle de la décision préalable serait d'ordre public dans la mesure où l'administration et l'administré ne peuvent pas accorder contractuellement la dérogation aux normes processuelles exigeant la décision préalable, notamment par le recours à l'arbitrage²⁶¹, alors qu'ils peuvent accorder de s'y soumettre dans les cas où ce préalable n'est pas obligatoire²⁶². Mais, cela correspondrait à une notion particulière de l'ordre public pouvant être l'objet de renonciation par l'administration²⁶³, notamment lorsqu'elle défend l'affaire devant le juge. En présentant des conclusions sur le fond à l'égard de la requête juridictionnelle, l'administration accepte que le contentieux soit porté directement devant la juridiction, en dépit d'une règle d'ordre public²⁶⁴. De plus, l'absence de décision préalable ne constitue pas un moyen d'ordre public²⁶⁵ pouvant

²⁵⁷ La notification d'un recours devant une juridiction incompétente est considérée comme saisissant l'administration d'une demande pouvant donner lieu à une décision implicite, lorsque l'administration a soulevé l'irrecevabilité pour la raison de l'incompétence. Par exemple : C.E.f. 30 oct. 1964, *Société « Prosagor », Société « Les films Sacha Gordine » et sieur Sacha Gordine, Rec.*, p. 496.

²⁵⁸ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 428.

²⁵⁹ C.E.f. 14 déc. 1983, *Stempel, Rec.* p. 814 ; C.E.f. 25 juin 2008, req. n° 286910, *Mme. Baron, Rec.*, t., p. 833 et 922 ; A.J.D.A. 2008, p. 1776, concl. THIÉLLAY ; J.C.P. A. 2009, 2083-7-8, obs. MOCQUET-ANGER.

²⁶⁰ René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd., Montchrestien, Paris, 2008, p. 427. « *Il existe de larges possibilités de régularisation (...) Mais pour autant, ni la possibilité de liaison implicite du contentieux, ni la faculté de régulariser n'entraînent abandon du caractère d'ordre public de la règle* », Rémi ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 222, n° 311.04.

²⁶¹ En droit public français l'interdiction de l'arbitrage est de principe : C.E.f. 13 déc. 1957, *SNVS, Rec.*, p. 677, A.J.D.A. 1958, 2, p. 91, chron. FOURNIER et BRAIBANT ; D. 1958, p. 517, concl. GAZIER, note L'HUILLIER ; J.C.P. 1958, n° 10800, note MOTULSKY. Le principe admet des dérogations législatives expresses : C.E.f. Avis du 5 mars 1986, *Disneyland. Cf. Yves GAUDEMET, « Arbitrage et patrimoine », Droit et patrimoine, 2002, n° 105.*

²⁶² C.E.f. 12 janvier 1923, *Bach Thai-Buoi, Rec.*, p. 29 ; C.E.f. 4 mars 1955, *Sieur Lopez, Rec.*, p. 128 ; C.E.f. 23 nov. 1955, *Sieur Demans, Rec.*, p. 558 ; C.E.f. 29 janv. 1958, *Sieur Bonabeau, Rec.*, p. 50 ; C.E.f. 15 mai 1959, *Commune de l'Argentière-la-Bessée, Rec.*, p. 313 ; C.E.f. 12 juin 1970, *Sieur Rossi c/ Commune de Brusquet, Rec.*, p. 398.

²⁶³ Dès lors, la fin de non-recevoir tirée de l'absence de décision préalable ne serait pas d'ordre public : André HEURTE, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *R.D.P.* 1953, p. 620 ; « (...) *les fins de non-recevoir qui ne sont pas d'ordre public, telle l'irrecevabilité qui résulterait de ce que le contentieux ne serait pas lié en l'absence de demande préalable (...)* », Paul CASSIA, note sous C.E.f. 10 déc. 2004, *Ministre de la défense c/ Vergne, A.J.D.A.* 2005, p. 1246.

²⁶⁴ Il est rétorqué que « (...) *les irrecevabilités régularisables n'en sont pas moins d'ordre public* », Alexandre CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 120. Cela n'empêche pas d'affirmer que la décision préalable est une règle d'ordre public : Rémi ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 222, n° 311.04.

²⁶⁵ Cet argument n'est pas absolu dans la mesure que bien d'autres principes d'ordre public, tels que la contradiction et les droits de la défense, ne sont pas considérés comme moyens d'ordre public. C.E.f. Ass. 23 avril 1965, *Vve Ducroux, Rec.*, p. 231 ; A.J.D.A. 1965, p. 348 ; *R.D.P.* 1965, p. 1188, concl. GALABERT ; C.E.f. 29 mars 1985, *Comm. D'Ermont, D.A.* 1985, n° 242.

être relevé d'office par le juge²⁶⁶. En réalité, ce que peut relever d'office le juge ce n'est pas l'irrecevabilité tirée de l'absence de décision préalable, mais, l'irrecevabilité tirée du défaut de liaison du contentieux²⁶⁷. L'irrecevabilité pour absence de liaison du contentieux se présente lorsque le requérant « *avant d'introduire sa requête devant le Conseil d'État, n'a pas fait une demande (...)* » à l'autorité administrative ou lorsque l'administration « *ne s'est pas prononcée, dans ses observations sur le pourvoi, sur le mérite des prétentions (...)* »²⁶⁸. Cela veut dire que le contentieux doit être lié par une décision administrative, préalable ou non préalable, c'est-à-dire intervenue avant ou au cours de l'instance juridictionnelle²⁶⁹. Dès lors, il est nécessaire de séparer la discussion sur le caractère d'ordre public de la décision préalable et le caractère d'ordre public de la liaison du contentieux²⁷⁰.

2. Le requérant redresse son recours

Le contentieux doit être lié pour pouvoir être tranché. Mais, la liaison du contentieux peut intervenir juste avant que le juge rende sa décision, par une décision simultanée au procès, c'est-à-dire non préalable. Ainsi, l'instance peut se dérouler sans que le contentieux ne soit lié. L'administré ayant saisi la juridiction administrative, sans avoir obtenu préalablement une décision de la part de l'administration, peut toujours déposer une demande auprès de l'autorité administrative afin de lier l'instance qui est déjà en cours, par une décision expresse ou implicite²⁷¹. De ce fait, le demandeur rend inefficace la fin de non recevoir soulevée au principal par l'administration et le contentieux sera lié par la décision administrative résultant de la demande administrative déposée après la requête juridictionnelle²⁷².

²⁶⁶ Le requérant a saisi la juridiction sans avoir porté préalablement la demande à l'administration et le contentieux est lié par le mémoire en défense : C.E.f. 28 nov. 1923, *Dame veuve Cormec, Rec.*, p. 771 ; le requérant n'a pas demandé expressément l'indemnisation ; mais, le mémoire en défense lie le contentieux sur ce point : C.E.f. 23 fév. 1946, *Mantzer, Rec.*, p. 59 ; C.E.f. 19 nov. 1958, *Commune de Khenchela, R.D.P.* 1959, p. 338 ; C.E.f. 23 oct. 1959, *Doublet, R.D.P.* 1959, p. 1235, concl. BERNARD ; *R.D.P.* 1960, p. 802, note WALINE.

²⁶⁷ Le caractère de moyen relevé d'office de l'absence de liaison du contentieux est clairement explicité par le commissaire du gouvernement : « *Vous statuerez d'abord sur l'appel du centre hospitalier qui conteste l'attribution à Mme Baron de l'allocation temporaire d'invalidité, en soutenant que sa demande est arrivée tardivement devant le tribunal. Vous jugerez effectivement que la demande (...) était irrecevable, mais pas pour ce motif ; vous soulèverez d'office, et les parties ont été informées de cette possibilité, l'absence de liaison du contentieux* », Jean-Philippe THIÉLLAY, conclusions sur C.E.f. 25 juin 2008, req. n° 286910, *Mme. Baron, A.J.D.A.* 2008, p. 1777.

²⁶⁸ C.E.f. 9 janvier 1952, *Sté. Coopérative agricole Les Planteurs de Sassandra, Rec.*, p. 20. Dans le même sens : C.E.f. 4 juillet 1952, *Brunet, Rec.*, p. 355.

²⁶⁹ De cette façon on pourrait comprendre que le professeur PACTEU considère que le recours sans décision préalable est « *naturellement irrecevable (tout comme s'il en déborde), et cela d'ordre public (par ex. C.E. 21 janv. 1970, Min. des Armées c/ Amalric, Rec., p. 35)* », Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif*, 7^e éd, op. cit., p. 175.

²⁷⁰ C'est en raison de l'assimilation de l'irrecevabilité tirée de l'absence de décision préalable et l'irrecevabilité tirée de l'absence de liaison du contentieux qui est d'ordre public, que Monsieur CIAUDO conclut que : « *D'autres auteurs estiment à juste titre que l'irrecevabilité tirée de l'absence de décision administrative préalable revêt bien un caractère d'ordre public* », Alexandre CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, op. cit., p. 121.

²⁷¹ C.E.f. 11 avril 2008, *Établissement français du sang*, n° 281374, *A.J.D.A.* 2008 p. 1215, note CLAMOUR. Cf. Xavier POTTIER, « *L'acceptation de l'instance par l'administration : un Lazare doctrinal définitivement mort ?* », *A.J.D.A.* 2008, p. 1696.

²⁷² « *Considérant qu'aucune fin de non-recevoir tirée du défaut de décision préalable ne peut être opposée à un requérant ayant introduit devant le juge administratif un contentieux indemnitaire à une date où il n'avait présenté aucune demande en ce sens devant l'administration lorsqu'il a formé, postérieurement à l'introduction de son recours juridictionnel, une demande auprès de l'administration sur laquelle le silence gardé par celle-ci a fait naître une décision implicite de rejet avant que le juge de première instance ne statue, et ce quelles que soient les conclusions du mémoire en défense de l'administration ; que quand ce mémoire en défense conclut à titre*

Pour que le contentieux soit lié, la décision administrative doit intervenir avant qu'une décision de première instance ne soit prononcée²⁷³. Par conséquent, à partir du moment où l'administré saisit l'administration sur sa demande, la seule hypothèse où la décision ne peut pas intervenir avant la décision de première instance, est dans le cas où le requérant est négligent, adressant tardivement sa demande à l'autorité administrative, moins de deux mois avant que le juge ne décide²⁷⁴. La durée des instances juridictionnelles laisse une large marge au demandeur pour redresser son recours dépourvu de décision de la part de l'administration²⁷⁵, hormis le cas où la juridiction aurait déjà rejeté le recours par ordonnance et sans instruction préalable pour irrecevabilité manifeste²⁷⁶. Or, pouvant être régularisée de plusieurs manières, l'absence de décision préalable ne constituerait pas un cas d'irrecevabilité manifeste.

La décision administrative liant le contentieux n'est pas nécessairement préalable : pouvant saisir la juridiction sans avoir porté préalablement la demande à l'administration, l'administré pourra, *a fortiori*, porter la demande à l'autorité administrative et saisir immédiatement la juridiction sans attendre que l'administration prenne une décision ou que la loi présume une décision en raison du silence. De même, une décision spontanée de l'autorité administrative à l'égard de la demande de l'administré, lie l'instance juridictionnelle à la condition qu'elle intervienne avant la décision de premier ressort. Or, lorsque l'administré obtient une décision administrative favorable à ses prétentions, le recours juridictionnel n'a plus d'objet²⁷⁷ et le requérant sera condamné aux dépens²⁷⁸.

Les différents exemples de liaison du contentieux par la voie d'une décision administrative prise ou présumée en cours de l'instance juridictionnelle mettent en évidence que le contentieux juridictionnel peut être lié par une décision simultanée, c'est-à-dire une décision non préalable²⁷⁹. Dans les cas où la décision préalable est exigée, la liaison du contentieux par une décision simultanée est exceptionnelle. Or, dans les cas où la décision préalable n'est pas exigée (exceptions à la règle), il est ordinaire que la liaison du contentieux juridictionnel intervienne sans décision administrative préalable.

principal, à l'irrecevabilité faute de décision préalable et, à titre subsidiaire seulement, au rejet au fond, ces conclusions font seulement obstacle à ce que le contentieux soit lié par ce mémoire lui-même », C.E.f. 11 avril 2008, *Établissement français du sang*, n° 281374, A.J.D.A. p. 1215, note CLAMOUR.

²⁷³ C.E.f. 27 déc. 1911, *Pamart, Rec.*, p. 1240 ; C.E.f. 26 Nov. 1924, *Jouanne, Rec.*, p. 931 ; C.E.f. 26 oct. 1949, *Ansar, Rec.*, p. 433 ; C.E.f. 30 janvier 1942, *Compagnie française des établissements Greco, Rec.*, p. 30 ; C.E.f. 25 juin 1948, *Dme Bigerelle, Rec.*, p. 659 ; C.E.f. 26 oct. 1949, *Ansar, Rec.*, p. 433 ; C.E.f. 22 oct. 1958, *Cambiéri, Rec.*, p. 494 ; C.E.f. 31 mai 1963, *Ministre des anciens combattants c/ Gallon, Rec.*, p. 431 ; C.E.f. 8 juillet 1970, *Andry, Rec.*, p. 470 ; C.E.f. 2 avril 1971, *Commune de Condé-sur-Escaut, Rec.*, p. 275.

²⁷⁴ Les deux mois sont nécessaires à constituer une décision implicite de rejet : article 12 de la loi du 12 avril 2000.

²⁷⁵ « (...) cette dernière réserve n'est pas sans un certain humour quand on connaît la durée des instances contentieuses devant la juridiction administrative », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 213.

²⁷⁶ Art. R. 221-1, n° 4 C.J.A.

²⁷⁷ Cela entraîne le non-lieu à statuer : C.E.f. 8 fév. 1957, *Caisse régionale de sécurité sociale de Paris, Rec.*, p. 98.

²⁷⁸ C.E.f. 29 déc. 1948, *dame Jullien, Rec.*, p. 433.

²⁷⁹ Contre, les professeurs AUBY et DRAGO affirment que la « *défense au fond constituant alors la décision préalable* », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 2, 3^e éd., *op. cit.*, p. 513-514

B. Des exceptions

En droit français, la décision préalable est une règle de caractère réglementaire²⁸⁰, admettant des dérogations de source législative et réglementaire. De ce fait, plusieurs contentieux sont portés directement à la juridiction, sans que cela puisse être considéré comme une anomalie. Il existe des exceptions à la règle de la décision administrative préalable dans le droit français (1), alors que le droit colombien (2) ne prévoit pas une règle équivalente à celle de la décision administrative préalable.

1. Dans le droit français

Avant l'abandon de la théorie du ministre-juge, le Conseil d'État avait parfois accepté d'être saisi directement des demandes en indemnité qui n'étaient pas portées préalablement à l'administration²⁸¹. À la suite de l'arrêt *Cadot*²⁸², l'exigence d'une décision administrative préalable de l'administration a commencé à être considérée comme une règle à portée générale, alors même qu'elle n'était exigée qu'à l'égard du Conseil d'État. Mais, le Conseil d'État venait de s'affirmer comme étant le juge de droit commun du contentieux administratif et les conseils de préfecture n'étaient que des juges d'attribution. Dès lors, il est compréhensible que les normes relatives au Conseil d'État aient été considérées comme des règles générales. La création des tribunaux administratifs, juges de droit commun de la première instance du contentieux administratif, opérée en 1953²⁸³, aurait eu pour effet de considérer que la règle de la décision préalable, spécifique au Conseil d'État, n'était qu'une exception dans le contentieux administratif. Mais, le décret de 1953 a élargi cette règle aux nouveaux tribunaux administratifs et la loi du 7 juin 1956 a fait de même pour l'ensemble des juridictions administratives de premier ressort²⁸⁴.

Or, la règle admet de nombreuses exceptions. Sont des exceptions toutes les situations où, en l'absence d'une décision administrative, l'administré²⁸⁵ est autorisé à saisir directement la juridiction de ses prétentions, sans avoir à être amené à demander une décision de l'administration, ni au préalable ni au cours de l'instance juridictionnelle. Dès lors, le cas du contentieux de l'interprétation n'est pas une exception à la règle de la décision préalable : il existe un acte qui sera déféré à la juridiction afin qu'elle se prononce sur le sens qui doit lui être donné²⁸⁶. Dans ce cas, la

²⁸⁰ Art. R. 421-1 C.J.A.

²⁸¹ Sans décision préalable concernant la demande d'indemnisation dérivée d'une révocation d'un fonctionnaire municipal, le Conseil d'État a considéré « que le maire de Saint-Ouen, en prenant contre le sieur Lecocq l'arrêté de révocation (...) a fait un acte rentrant dans l'exercice des attributions que lui confère l'art. 88 de la loi (...) et que cet acte n'a pu engager la responsabilité pécuniaire de la comm. De Saint-Ouen », C.E.f. 3 fév. 1899, *Lecocq, Rec.*, p. 86 ; R.D.P. 1904, p. 805.

²⁸² C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot, Rec.*, 1148, concl. JAGERSCHMIDT ; S. 1892, 3, 17, note HAURIUO.

²⁸³ Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953, portant réforme du contentieux administratif art. 3.

²⁸⁴ La question de la décision préalable ne se pose pas devant les cours administratives d'appel, dans la mesure où leur objet est une décision juridictionnelle de premier ressort.

²⁸⁵ L'administration n'est pas obligée de produire un acte pour pouvoir exercer une action en justice contre un administré : C.E.f. 4 fév. 1976, *Elissonde, Rec.*, t. p. 1069.

²⁸⁶ Avant 1895, il était considéré que l'interprétation de l'acte administratif correspondait, avant tout à son auteur. Néanmoins, le Conseil d'État a admis d'être saisi directement de l'interprétation des actes administratifs : C.E.f. 15 fév. 1895, *Camplong, Rec.*, p. 183 ; C.E.f. 1^{er} août 1914, *Dame Poussin et L'heur, Rec.*, p. 984 ; C.E.f. 16 juillet 1915, *De Noblet-la-Clayette, Rec.*, p. 243

liaison du contentieux doit opérer autrement que par la voie d'une interprétation administrative préalable, s'opposant à l'interprétation donnée par le requérant²⁸⁷. Ni tous les cas où le recours se dirige contre un acte ne sont des manifestations de la règle de la décision préalable²⁸⁸ ni toutes les fois où la prétention est portée directement à la juridiction ne constituent des exceptions²⁸⁹.

En droit français, la règle de la décision administrative préalable est exceptée dans le contentieux judiciaire de l'administration (a) et dans certaines hypothèses du contentieux administratif juridictionnel (b).

a. Le contentieux judiciaire de l'administration

De prime abord, les actions portées devant les juridictions judiciaires, dirigées à l'encontre des personnes publiques, ne sont pas soumises à la règle de la décision administrative préalable. À la différence du contentieux de la juridiction judiciaire, le contentieux administratif serait caractérisé par la règle de la décision administrative préalable dans la mesure où, comme l'avait soutenu HAURIOU, devant la juridiction administrative les recours ne sont pas dirigés contre les personnes publiques²⁹⁰. En reprenant ces explications, Achille MESTRE a prétendu expliquer que cette règle ne s'applique pas devant la juridiction judiciaire en raison du fait que le juge judiciaire est un juge des personnes, et non des actes de la personne morale publique²⁹¹. Mais, devant la juridiction judiciaire, il existe l'obligation de déposer préalablement un mémoire auprès de l'autorité administrative compétente pour défendre l'affaire. Le mémoire préalable adressé à l'administration doit contenir la description des faits et des prétentions qui seront présentées au juge judiciaire. On se pose la question de savoir si la formalité du mémoire préalable constitue une application spéciale de la règle de la décision administrative préalable quand le recours relève de la juridiction judiciaire.

L'exigence d'un mémoire préalable à la demande juridictionnelle a été introduite pour la première fois par l'article 15 de la loi du 5 novembre 1790 concernant les actions dirigées contre l'État en matière domaniale. D'après cette loi, le mémoire préalable devait être l'objet d'un avis du directoire du district et d'une décision du directoire de département, devant intervenir dans le délai d'un mois²⁹². Cette formalité a été ultérieurement élargie aux actions intentées contre le

²⁸⁷ « Ce litige suppose que deux interprétations contradictoires en soient données, l'une par l'administration, l'autre par un administré. Tant que l'administration n'aura pas fait connaître sa position sur la signification qu'elle lui prête, on ne saurait donc prétendre qu'il existe une décision préalable de nature à lier le contentieux de l'interprétation (...) on doit en conclure que le litige, au sens où on l'entend en cette matière, peut naître en dehors de toute décision préalable », Patrick MINDU, *La règle de la décision administrative préalable*, op. cit., p. 186.

²⁸⁸ Notamment dans le cas du recours pour excès de pouvoir.

²⁸⁹ Notamment dans le contentieux de l'interprétation.

²⁹⁰ « (...) le principe est qu'elle –la puissance publique- ne comparait devant le juge, qu'en tant qu'elle est condensée dans un acte d'administration », Maurice HAURIOU, « Droit administratif », in *Répertoire du droit administratif* – (Répertoire Bécquet), t. XIV, Paul Dupont éd., Paris, 1897, p. 16.

²⁹¹ « Il en est tout autrement des tribunaux judiciaires : ceux-ci peuvent juger les personnes directement, et si les tribunaux judiciaires sont compétents pour déclarer l'État débiteur, le créancier pourra s'adresser à eux sans qu'il soit nécessaire d'obtenir préalablement un acte de l'administration », Achille MESTRE, *Du principe en vertu duquel l'administration seule est compétente pour déclarer l'État débiteur*, op. cit., p. 7.

²⁹² « Il ne pourra en être exercé aucune contre ledit procureur-général syndic, en sa dite qualité, par qui que ce soit, sans qu'au préalable on se soit pourvu par simple mémoire, d'abord au directoire du district pour donner son avis, ensuite au directoire du département pour donner une décision, aussi à peine de nullité. Les directoires de district et de département statueront sur le mémoire dans le mois, à compter du jour qu'il aura été remis, avec les pièces

département²⁹³ et contre la commune²⁹⁴. En matière communale, cette obligation du dépôt d'un mémoire préalable au préfet ou au sous-préfet a été abrogée²⁹⁵ dans le contexte de la décentralisation et le maire s'est vu attribuer le droit de défendre la commune devant les instances juridictionnelles²⁹⁶, même s'il doit y être autorisé par le conseil municipal²⁹⁷. L'obligation du dépôt d'un mémoire préalable a une portée restreinte : la jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas interprété que la formalité du dépôt du mémoire préalable soit exigée en dehors du cas du domaine public²⁹⁸ ou à l'égard des personnes publiques non expressément concernées par la règle²⁹⁹. Ainsi, « (...) l'obligation du mémoire préalable n'existe que pour les actions intentées contre l'État en matière domaniale, ou lorsqu'un texte législatif l'a formellement consacrée »³⁰⁰.

De prime abord il y aurait des raisons à croire que le mémoire préalable équivaut à la décision préalable exigée dans le contentieux administratif : d'un côté, de même que pour la décision préalable, l'administration peut faire valoir une fin de non recevoir en raison de l'absence du dépôt du mémoire préalable³⁰¹. D'un autre côté, de même que pour la décision préalable, le défaut de mémoire préalable peut être rattrapé par la défense de l'administration à l'égard des prétentions du requérant³⁰². Dès lors, HAURIOU soutient que le mémoire préalable et la décision préalable relèvent

justificatives, au secrétariat du district dont le secrétaire donnera son récépissé (...) », art. 15 de la loi du 5 novembre 1790. L'avis du directoire du district et la décision du directoire du département étaient aussi exigés pour que le procureur-général syndic intente une action juridictionnelle : Art. 14 de la loi du 5 nov. 1790. Cette loi a été abrogée par le décret du 28 décembre 1957, abrogé à son tour par l'Ord. n° 2006-460, du 21 avril 2006, art. 7, I et 13.

²⁹³ « (...) aucune action judiciaire, autre que les actions possessoires, ne peut, à peine de nullité, être intentée contre un département, qu'autant que le demandeur a préalablement adressé au préfet un mémoire exposant l'objet et les motifs de sa réclamation. Il lui en est donné récépissé. L'action ne peut être portée devant les tribunaux que deux mois après la date du récépissé, sans préjudice des actes conservatoires », art. 55 de la loi 10 août 1871.

²⁹⁴ L'art. 124 de la loi du 5 avril 1884 dispose que pour demander à la commune il est requis de déposer un mémoire préalable au préfet ou au sous-préfet. Cette norme a remplacé l'autorisation de plaider qui, dans la tutelle qu'exerçait le préfet sur la commune était exigée pour demander à la commune et aussi pour que la commune puisse se porter en justice, l'autorisation de plaider était donnée par le conseil de préfecture. Ce système a été supprimé par la loi du 18 juillet 1837.

²⁹⁵ Article 21-I de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 abrogeant les articles L. 316-9 et L. 316-10 du Code des communes.

²⁹⁶ Art. L. 122-20, al. 16 du Code des communes. Aujourd'hui cette fonction est prévue à l'art. L. 2122-21, n° 8 du Code des collectivités territoriales.

²⁹⁷ C.E.f. 5 nov. 1947, *Nègre, Rec.*, p. 406. Même pour défendre la commune : C.E.f. 3 mai 1963, *Cne. de Pierrelatte, Rec.*, t. 958.

²⁹⁸ C.cass. arrêt du 19 prairial an II, confirmé par C.cass. 4 janvier 1831, *Le préfet de la Nièvre c/ Gravier de Vergennes et consorts*, in *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1831, t. XXXI, p. 79. Alors que le Conseil d'État avait considéré en termes généraux que « Conformément à l'article 15 de la loi du 5 novembre 1790, nul ne peut intenter une action contre l'État sans avoir préalablement remis à l'autorité administrative le mémoire mentionné audit article 15 », C.E.f. Avis du 28 août 1823 cité par Patrick MINDU, *La règle de la décision administrative préalable*, op. cit., p. 8. Mais, cette interprétation du Conseil d'État n'a pas été suivie par la juridiction judiciaire : « (...) l'art. 15 doit être entendu dans un sens restrictif que, malgré l'interprétation extensive qu'en aurait donnée le Conseil d'État, il est de doctrine incontestée que la formalité de la remise préalable d'un mémoire n'est pas applicable aux instances suivies par l'agent judiciaire du trésor(...) », Léonce THOMAS, note sous C.cass. Civ. 3 juillet 1912, *D.* 1916, I, p. 235.

²⁹⁹ Notamment lorsque le défendeur est un établissement public : C.cass. civ. 11 mai 1910, *D.* p. 191.

³⁰⁰ C.cass. soc. 8 mars 1958, *J.C.P.* 1958, I, 10719, note JOLY.

³⁰¹ C.cass. soc. 8 mars 1958, *J.C.P.* 1958, I, 10719, note JOLY.

³⁰² C.cass. Civ. 6 mars 1901, *S.* 1902, I, p. 193, note FERRON. L'absence du dépôt du mémoire préalable ne concerne pas « une nullité intéressant l'ordre public, mais, d'une simple irrégularité de procédure, à laquelle l'État, en faveur de qui elle a été édictée, est libre de renoncer », Léonce THOMAS, note sous C.cass. Civ. 3 juillet 1912, *D.* 1916, I, p. 234.

d'une même nature³⁰³, visant à provoquer une décision de l'administration³⁰⁴.

Néanmoins, le mémoire préalable n'est pas formulé comme une demande visant à obtenir une réponse de la part de l'administration, mais, comme une communication de l'action judiciaire qui sera intentée et, par conséquent, le mémoire préalable n'a pas la vertu de provoquer une décision implicite en cas du silence. Par ailleurs, la seule disposition ayant expressément associé le mémoire préalable à la prise d'une décision administrative, c'est la loi du 5 novembre 1790, déterminant qu'une décision devrait être prise dans le délai d'un mois. Mais, cette décision n'était pas la condition de l'accès à la juridiction, à un point tel qu'au bout du mois sans qu'aucune décision ne soit intervenue, la personne était autorisée à se pourvoir directement à la juridiction, sans besoin de présumer l'existence d'une quelconque décision implicite³⁰⁵. De même quant aux départements, passés deux mois sans avoir obtenu l'autorisation de défendre, véritable objet du mémoire préalable, la législation autorisait la juridiction à rendre le jugement³⁰⁶. De ce fait, les actions intentées devant le juge judiciaire ne s'adressent pas à contester la légalité de la décision qu'éventuellement aurait prise l'administration à l'égard du mémoire préalable. La juridiction judiciaire se prononce directement sur le contentieux, sans avoir à annuler préalablement une décision administrative prise ou présumée à la suite du mémoire préalable. En conséquence, il est incorrect d'affirmer que le mémoire préalable est une application spéciale de la règle de la décision préalable.

La règle de la décision préalable ne serait qu'une spécificité propre au contentieux administratif³⁰⁷, ne découlant d'aucun impératif technique qui ne puisse être respecté autrement que par la voie de la décision préalable. Le mémoire préalable ne serait qu'un avertissement pouvant inviter l'administration à trouver un règlement à l'amiable avec l'administré³⁰⁸.

b. Dans le contentieux administratif juridictionnel

L'exception de la règle de la décision préalable dans les contentieux portés devant la

³⁰³ « Au fond, c'est un avertissement ; il est à remarquer que le dépôt du mémoire se produit pour des actions judiciaires, c'est-à-dire dans des hypothèses où il n'y a pas eu de réclamation suivie d'une décision préalable qui ait averti l'administration », Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd. Sirey, 1933, rééd. Dalloz, Paris, 2002, p. 494.

³⁰⁴ Maurice HAURIOU, *Les éléments du contentieux*, op. cit., p. 46 et suiv.

³⁰⁵ « Les directoires de district et de département statueront sur le mémoire dans le mois (...) et dans les cas où les corps administratifs n'auraient pas statué à l'expiration du délai ci-dessous, il sera permis de se pourvoir devant les tribunaux », art. 15 de la loi du 5 novembre 1790.

³⁰⁶ Dans le cas des départements, le délai prévu de deux mois visait à obtenir l'autorisation du préfet à défendre le département devant les tribunaux : « ce magistrat doit, dans les deux mois impartis par la loi, faire les diligences nécessaires pour réunir le Conseil général et obtenir l'autorisation de défendre l'action ; que, après l'expiration de ces deux mois, sans autorisation rapportée, les tribunaux ont droit de rendre le jugement », Désiré DALLOZ et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 34, éd. Jurisprudence générale, Paris, 1865, n° 240, p. 634.

³⁰⁷ Excluant par là le contentieux judiciaire de l'administration, mais non le contentieux administratif judiciaire porté devant la cour d'appel de Paris et qui fait partie du contentieux administratif au sens large. Cf. Roland DRAGO, « Le juge judiciaire, juge administratif », *R.F.D.A.* 1990, p. 763 ; Pierre DELVOLLE, « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 47-48 ; Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd. op. cit., p. 1.

³⁰⁸ « La remise du mémoire a pour objet d'appeler la commission départementale à examiner l'affaire et à réfléchir sur les chances de la résistance ou l'opportunité d'une transaction », Anselme Polycarpe BATBIE *Traité théorique et pratique du droit public et administratif*, t V, 2^e éd, Larose et Forcel, Paris, 1885, p. 307.

juridiction judiciaire serait un bon argument pour affirmer qu'il s'agit d'une caractéristique propre au contentieux administratif porté devant les juridictions administratives. Néanmoins, il est des cas où la juridiction administrative peut être saisie d'un recours d'un administré ne disposant pas d'une décision administrative à attaquer.

Le premier des contentieux administratifs juridictionnels exceptés de la décision préalable c'est la matière des travaux publics dont le contentieux était de la compétence des conseils de préfecture. La loi du 28 pluviôse an VIII attribue aux conseils de préfecture le contentieux entre les entrepreneurs et l'administration ou entre des particuliers et les entrepreneurs, n'exigeant pas la décision préalable avant de porter ces contentieux aux conseils de préfecture³⁰⁹. De ce fait, la règle de la décision préalable serait une spécificité propre aux recours portés devant le Conseil d'État³¹⁰. Mais, les conseils de préfectures se sont vu attribuer compétence dans d'autres matières dont la décision préalable a été requise³¹¹, confirmant que l'exception ne s'attachait pas aux conseils de préfecture, mais à la matière des travaux publics. Dans la plus grande continuité, lors de la création des tribunaux administratifs, la décision préalable au recours juridictionnel y a été exigée, tout en excluant les travaux publics³¹².

L'exclusion de la matière des travaux publics pourrait être expliquée à partir de trois hypothèses : premièrement, il semblerait que les travaux publics ne sont concernés par la décision administrative préalable que dans la mesure où il s'agit d'un contentieux pouvant se lier entre deux particuliers, notamment l'entrepreneur et un particulier et, dès lors, la décision administrative ne serait pas objet de ce litige³¹³. Cela se confirmerait par le fait que les conseils de préfecture n'étaient pas compétents pour connaître des demandes d'indemnité des particuliers à l'égard de l'administration, en raison des travaux publics³¹⁴. Néanmoins, l'explication est moins crédible lorsque l'on prend en considération le fait que les conseils de préfecture connaissaient aussi des contentieux

³⁰⁹ « (...) le conseil de préfecture se prononcera sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ; sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'Administration et sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics », art. 4 de la loi du 17 fév. 1800 ou 28 pluviôse an VIII.

³¹⁰ Le Conseil d'État avait accepté que le contentieux des travaux publics soit porté directement devant les conseils de préfecture : C.E.f. 7 déc. 1850, *Labillet et consorts, Rec.*, p. 918 ; dès lors, le Conseil d'État ne pouvait être saisi de la légalité d'une décision du ministre dans la matière des travaux publics : C.E.f. 10 janv 1856, *Bellisson et cons., Rec.*, p. 40 ; C.E.f. 18 déc. 1862, *Dajon, Rec.*, p. 829 ; le conseil de préfecture était exclusivement compétent pour le contentieux des honoraires des architectes des travaux publics : C.E.f. 4 juin 1880, *Vigier, Rec.*, p. 520 ; la décision du ministre des travaux publics devait être contestée devant le conseil de préfecture : C.E.f. 8 fév. 1895, *Compagnie de Lyon, Rec.*, p. 136 ; C.E.f. 22 mars 1895, *Société du canal de Pierrelatte et extensions, Rec.*, p. 287.

³¹¹ Par exemple, la responsabilité des collectivités locales qui depuis 1934 était déclarée par les conseils de préfecture : C.E.f. 17 avril 1959, *Commune mixte d'Ain M'Lila, Rec. t.*, p. 1056 ; C.E.f. 21 fév. 1960, *Caisse de crédit municipal d'Alger, Rec.*, p. 110.

³¹² La décision préalable est exigée « *sauf en matière de travaux publics* », art. 3 du décret du 20 sept 1953. Des textes postérieurs l'ont aussi confirmé : art 1^{er} de la loi du 7 juin 1956 et art 1^{er} du décret du 11 janvier 1965 « *sauf en matière de travaux publics* ». Cette règle aujourd'hui se trouve à l'art. R. 421-1 C.J.A.

³¹³ « *Il serait ridicule d'adresser un mémoire préalable à l'entrepreneur, puisque la règle de la liaison du contentieux a été instituée dans l'intérêt de l'administration et non dans celui des particuliers* », Christian GABOLDE, *Traité pratique de la procédure contentieuse administrative*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1974, p. 74.

³¹⁴ Le conseil de préfecture se prononcera « (...) sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'Administration (...) », art. 4 de la loi du 17 fév. 1800 ou 28 pluviôse an VIII. « (...) en l'an VIII, le législateur voulait simplement que les actions contre l'Administration continuent de relever des ministres », Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON et Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 12^e éd. Sirey, Paris, 2001, p. 431.

entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, tout en étant exclus de l'obligation de s'adresser préalablement à l'administration. Deuxièmement, la matière des travaux publics serait exclue, car étant de la compétence des conseils de préfecture dont la théorie du ministre-juge n'a pas eu de conséquences, la décision préalable ne serait pas exigée ni avant ni après l'arrêt *Cadot*³¹⁵. L'exclusion des travaux publics devant les tribunaux administratifs ne serait qu'une mesure visant à éviter la confusion des requérants dans une matière où ils étaient habitués à s'adresser directement au juge³¹⁶. Troisièmement, les travaux publics seraient exclus de la règle de la décision préalable, car une telle exigence serait inutile dans la mesure où il est habituel d'inclure une clause contractuelle exigeant de porter préalablement le recours devant l'autorité administrative³¹⁷ et que cela a été validé par la jurisprudence³¹⁸.

Au-delà de la discussion sur sa raison d'être, il est important de déterminer la portée de l'exception : le contentieux des travaux publics concerne tant les litiges contractuels que les litiges non contractuels liés aux travaux publics³¹⁹. De plus, lorsque le préalable administratif est prévu par le cahier des charges, cela ne peut concerner que les parties du contrat³²⁰, et non les usagers du service ou, des tiers du contrat³²¹. Or, le Conseil d'État propose l'élimination de cette exception de la règle de la décision préalable, assurément pour des raisons de clarté de la règle, qui serait ainsi libérée de sa principale exception, pour la recherche d'un certain règlement à l'amiable et pour l'allègement de l'office du juge³²².

Une deuxième exception à la règle de la décision administrative préalable est constituée par les référés. En effet, il est possible de porter directement à la juridiction les questions relatives au

³¹⁵ « (...) la suppression de la théorie du ministre-juge ne modifie en rien l'obligation de s'adresser au ministre avant de pouvoir porter un recours devant le Conseil d'État (...) les conseils de préfecture continuant cependant à être saisis directement par les particuliers », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, op. cit., p. 273.

³¹⁶ Mais cette explication « n'est plus satisfaisante : une règle absolue est toujours plus simple qu'une règle assortie d'exceptions et il est bien d'autres règles de procédure nouvelles auxquelles les citoyens doivent s'habituer », Jean ROCHE, « Les exceptions à la règle de la décision préalable devant la juridiction administrative », *Mélanges Marcel Waline*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 738.

³¹⁷ « La raison déterminante de cette dérogation tient probablement à l'existence de cahiers de charges qui obligent l'entrepreneur à saisir l'administration d'une réclamation préalable avant de s'adresser au juge », Patrick MINDU, *La règle de la décision administrative préalable*, op. cit., p. 147.

³¹⁸ La jurisprudence a validé ces clauses : C.E.f. 12 janvier 1923, *Bach Thai-Buoi*, Rec., p. 29 ; C.E.f. 4 mars 1955, *Sieur Lopez*, Rec., p. 128 ; C.E.f. 23 nov. 1955, *Sieur Demans*, Rec., p. 558 ; C.E.f. 29 janv. 1958, *Sieur Bonabeau*, Rec., p. 50 ; C.E.f. 15 mai 1959, *Commune de l'Argentièrre-la-Bessée*, Rec., p. 313 ; C.E.f. 12 juin 1970, *Sieur Rossi c/ Commune de Brusquet*, Rec., p. 398.

³¹⁹ « (...) cette demande a ainsi le caractère d'une demande « en matière de travaux publics » au sens de la disposition législative ci-dessus rappelée, qui est applicable tant aux litiges d'ordre contractuel qu'aux autres litiges en matière de travaux publics », C.E.f. 18 janv. 1963, *Sieur Wierel*, Rec., p. 29 ; C.E.f. Ass. 16 oct. 1970, *Ville de Rueil-Malmaison*, Rec., p. 584.

³²⁰ C.E.f. 14 mars 1962, *Cie. d'Assurances « Le Phénix – Accidents »*, Rec., p. 169.

³²¹ Frank MODERNE, « La distinction du tiers de l'usager dans le contentieux des dommages de travaux publics », *C.J.E.G.* 1964, p. 154.

³²² CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.* 1988, n° 39 p. 52-53. De même, en 1993, il est recommandé de supprimer « les six premiers mots de l'article 1^{er} du décret n° 65-29 du 11 janvier 1965 », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude de la Section du rapport et des études, La Documentation française, Paris, 1993, p. 35 et 143. La même recommandation est incluse dans le rapport CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 102. À nouveau, cette réforme est recommandée en 2008 : CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2008, p. 178, recommandation n° 37.

référé conservatoire ou mesure utile³²³, au référé constat³²⁴, au référé instruction³²⁵, au référé provision³²⁶, au référé liberté³²⁷ et au référé précontractuel³²⁸. Dans certaines de ces hypothèses, l'exception à la règle de la décision administrative préalable s'explique en raison de l'urgence dans laquelle sont portés les référés³²⁹, ou en raison du fait qu'il n'existe aucun contentieux actuel qui pourrait expliquer la question préalablement posée à l'autorité administrative³³⁰, ou simplement en raison du caractère provisoire³³¹ de l'ordonnance prise par le juge unique. La règle de la décision préalable serait requise lorsque la requête peut conduire à une décision ayant des effets de chose jugée.

En matière contractuelle la règle de la décision administrative préalable ne s'applique pas non plus. Il est vrai que quand la légalité d'un contrat est attaquée, il existe un acte qui fera l'objet du litige et, de ce fait, ce ne serait pas une exception à la règle de la décision administrative préalable³³². Mais, lorsque l'administré prétend la nullité du contrat, il peut être porté à demander une indemnisation, notamment lorsqu'il a été illégalement évincé dans la procédure d'appel d'offre et il ne sera pas obligé de porter préalablement à l'administration sa prétention d'indemnisation³³³.

Les différentes exceptions à la règle de la décision préalable mettent en évidence qu'obtenir une décision administrative préalable, explicite ou présumée par la loi, n'est pas véritablement un impératif technique et qu'il est techniquement possible de porter directement des prétentions à la juridiction, en droit français, tel qu'il est prévu par le droit colombien.

2. Le droit colombien

Le contentieux administratif juridictionnel colombien s'est fortement inspiré du droit administratif français³³⁴ tout en marquant ses particularités quant à l'annulation des actes

³²³ Arts. L. 521-3 et R. 532-1 C.J.A.

³²⁴ Art. R. 531-1 C.J.A.

³²⁵ Art. R. 532-1 C.J.A.

³²⁶ Ce référé peut être introduit en l'absence d'une action de fond: art. R. 541-1 C.J.A.

³²⁷ L'atteinte grave et manifestement illégale d'une liberté fondamentale peut ne pas être le fait d'une décision administrative : L. 521-2 C.J.A.

³²⁸ « (...) en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence », art. L. 551-1 C.J.A.

³²⁹ Pour le référé liberté, mesure utile et contractuelle, visant à éviter la conclusion d'un contrat méconnaissant les règles de la mise concurrence.

³³⁰ Référé constat

³³¹ C.E.f. 9 juillet 2001, *Ministre de l'intérieur c/ Le Berre*, Rec., p. 1121 ; C.E.f. 13 fév. 2006, *Commune de Fontenay-le-Comte*, req. n° 285.184

³³² La nullité des contrats peut aussi être demandée par la voie du déferé préfectoral contre les contrats des collectivités territoriales : C.E.f. 2 nov. 1988, *Office HLM de Malakoff*, Rec., p. 659. Le préfet peut déferer tout type de contrat et non seulement ceux prévus par la loi du 2 mars 1982 : C.E.f. 4 nov. 1994, *Dép. de la Sarthe*, Rec., p. 1109, A.J.D.A. 1994, p. 898, concl. MAUGÜE, D.A. 1994, n° 640, obs. C.M. ; C.E.f. 14 mars 1997, *Dép. des Alpes-Maritimes*, Rec., p. 79 ; R.F.D.A. 1997, p. 660.

³³³ C.E.f. Ass. 16 juillet 2007, *Soc. Tropic travaux signalisation D.* 2007, p. 2500, note CAPITANT, J.C.P. 2007, I, n° 193, chron. PLESSIX ; R.F.D.A. 2007, p. 923, note POUYAUD.

³³⁴ La Nouvelle-Grenade coloniale a connu un système de recours d'origine espagnole dont le plus utilisé était le recours d'*agravios* porté devant l'Audiencia royale et créé par la Pragmatique royale des rois catholiques du 26 juillet 1502 : «*En se considérant, quelques personnes, comme affectées par n'importe quelle décision ou détermination, décidée ou ordonnée par les vice-rois ou par les présidents, par la voie gouvernementale, elles peuvent faire appel devant nos Audiencias où il sera fait justice, conformément aux Lois et aux Ordonnances*», *Recopilación*, II, xv, 35. Il s'agissait d'un contentieux objectif assorti d'une condition d'intérêt pour agir. Cf. Miguel MALAGÓN, *Vivir en Policía, una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Universidad

administratifs et quant au système général des mécanismes de contrôle :

- quant à l'annulation simple des actes administratifs³³⁵, à différence du recours pour excès de pouvoir, le droit colombien privilégie la juridicité³³⁶ des actes, à la sécurité juridique et, dès lors, la prétention d'annulation d'un acte administratif est ouverte à tous les citoyens, sous la forme d'une *actio popularis*³³⁷ qui n'est soumise à aucun délai³³⁸. Le contrôle est possible à la condition que la question ne soit pas déjà tranchée avec des effets de chose jugée. De plus, il est possible de contester la juridicité des actes administratifs, c'est-à-dire tant sa légalité que sa constitutionnalité ; la théorie de l'écran législatif n'a jamais été acceptée en Colombie³³⁹.

- quant aux mécanismes de contrôle juridictionnel, il s'agit d'un système classé par des prétentions, (l'annulation, le rétablissement du droit, l'indemnisation des préjudices, la résolution des controverses contractuelles, etc.), et non par la nature de la question posée à la juridiction³⁴⁰ ou par les pouvoirs du juge³⁴¹. La juridiction du contentieux administratif n'est pas née au sein de l'administration, celle-ci relève de la branche juridictionnelle du pouvoir et, par conséquent, le contrôle s'exerce par la voie d'une action juridictionnelle³⁴², et non des différents recours contre l'acte.

Très tôt, la jurisprudence colombienne a précisé que sa compétence en matière d'annulation avait besoin d'un acte administratif qui serait l'objet matériel du contrôle juridictionnel³⁴³.

Externado de Colombia, Bogota, 2007, p. 270-271. Ce système continue à influencer sur les institutions colombiennes après l'indépendance. Ainsi l'art. 38 de la loi 88 de 1910 disposait que « *Toute personne se considérant lésée (agraviada) par des actes des assemblées qu'elle considère comme contraires à la Constitution ou à la loi et comme violant des droits civils, peut demander son annulation devant le tribunal judiciaire compétent. À cet effet, elle devra présenter un écrit précisant les normes considérées comme méconnues (...)* ».

³³⁵ C'est-à-dire qu'aucune indemnisation des préjudices n'y est demandée.

³³⁶ La juridicité de l'acte fait référence à sa constitutionnalité, sa légalité et, en général, au respect des normes juridiques supérieures.

³³⁷ « *Le droit colombien, en reconnaissant le droit d'action à toutes les personnes, sans avoir à démontrer un intérêt dans l'annulation demandée, poursuit une meilleure protection de l'ordre juridique, car il transforme les citoyens en gardiens de la loi et surveillants des actes de l'administration* », Exposé des motifs du projet de loi organique du Conseil d'État colombien et de la juridiction du contentieux administratif, *Anales de la Cámara de representantes*, 1941, p. 1770.

³³⁸ Art. 137 et 164, n° 1, § a du C.P.A.C.A.

³³⁹ « (...) *toute procédure en annulation d'un acte administratif implique une approche de la Constitution et de ses bases ; il ne s'agit pas simplement d'un contrôle de la légalité infra constitutionnelle* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *op. cit.*, p. 139.

³⁴⁰ Tel qu'un contentieux objectif ou subjectif.

³⁴¹ Tel qu'une classification opposant l'annulation au plein contentieux.

³⁴² Le nouveau Code de la procédure administrative a réformé le système de l'ancien Code du contentieux administratif qui attribuait aux différentes prétentions, le nom d'action : sans tenir compte des actions spéciales, le code dérogé prévoyait l'action en annulation (art. 84), action en annulation et de rétablissement du droit, (art. 85) ; action de réparation directe (art. 86) ; action des controverses contractuelles (art. 87) ; action de définition des compétences administratives (art. 88) ; action en annulation pour inconstitutionnalité des décrets du président, (art. 97) ; action électorale (art. 228). Le nouveau code fait une retouche linguistique dans le sens de transformer les « actions » par prétentions (art. 135 et suiv. C.P.A.C.A.), conformément aux critiques de la doctrine émises avant et après le Code du contentieux administratif de 1984, à l'égard de la dénomination des « actions » : Carlos RAMIREZ, « *Acciones y pretensiones contencioso-administrativas* », *Revista de la Academia colombiana de Jurisprudencia*, juillet-déc. 1980, n° 236-238, p. 122 ; Carlos BETANCUR, « *Acciones y recursos ordinarios* », *loc. cit.*, p. 225.

³⁴³ « (...) *le Conseil précise que ce fait ne peut pas être pris en considération dans la mesure où cela ne fait pas partie de l'instance dans la mesure où ni le Gouverneur d'Antioquia ni le ministre des travaux publics n'ont rien décidé à cet égard et la partie n'a pas demandé à ces fonctionnaires une déclaration sur ce point* », C.E.C. Chambre

Néanmoins, lorsque la juridiction colombienne du contentieux administratif s'est vu attribuer la compétence pour déclarer la responsabilité de la puissance publique, la jurisprudence n'a pas exigé une décision préalable de l'administration concernant les prétentions d'indemnisation. Ainsi, en droit colombien il est possible de porter directement à la juridiction la demande de réparation d'un préjudice provoqué par un acte administratif illégal (a) ou provoqué par un fait administratif (b).

a. La réparation d'un préjudice provoqué par un acte administratif illégal

Vingt-quatre ans après que le Conseil d'État français ait accepté la possibilité de joindre dans un même recours des conclusions d'annulation et d'indemnisation³⁴⁴, la juridiction colombienne du contentieux administratif a été déclarée compétente pour accueillir une action permettant aux administrés de demander, en même temps, l'annulation d'un acte administratif causant tort à ses droits et l'indemnisation des préjudices y découlant³⁴⁵. En 1941, la mise en place d'un nouveau Code du contentieux administratif a été l'opportunité pour adopter un système suivant de très près le cas français³⁴⁶ : il y est établi une action objective d'annulation et une action de pleine juridiction permettant de demander non seulement l'annulation d'un acte administratif causant grief à ses droits, mais aussi le rétablissement du droit lésé³⁴⁷. Ce système s'est maintenu avec de légères modifications : un projet de Code du contentieux administratif de 1983 conservait l'appellation d'action de pleine juridiction³⁴⁸; mais, cette dénomination a été abandonnée³⁴⁹ par le Code du contentieux

du contentieux administratif, Ordonnance du 19 août 1915, affaire *A. Hernández c/ Ministerio de obras públicas*, C.R. Luis ROSALES.

³⁴⁴ C.E.f. 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bézie*, S. 1912, III, p. 129, note HAURIUO. « Dans cinquante ans d'ici, on aura de la peine à croire que les justiciables du début du XXe siècle s'astreignaient encore à faire deux procès successifs devant le Conseil d'État, à propos de la même affaire, d'abord, un procès en annulation de l'acte, ensuite, un procès en indemnité », Maurice HAURIUO, note S. 1912, III, p. 130.

³⁴⁵ L'art. 4 de la loi n° 80 de 1935 a attribué au juge administratif le pouvoir d'ordonner l'indemnisation des préjudices dérivés de l'illégalité d'un acte qui est annulé. Cette loi a ainsi modifié le schéma original du premier Code du contentieux administratif prévu dans la loi n° 130 du 13 décembre 1913 prévoyant deux actions objectives : l'une publique ou populaire et l'autre privée, conditionnée à l'intérêt par rapport à la cause portée par un « citoyen lésé par un acte départemental ou municipal ». La réforme de 1935 transforme l'action objective privée en une action subjective de pleine juridiction.

³⁴⁶ L'exposition des motifs du Code du contentieux administratif de 1941 évoque l'exemple français du contentieux objectif de l'annulation et du plein contentieux ou contentieux subjectif et pour expliquer la différence, fait appel aux explications de Roger BONNARD dans ses *Précis de Droit administratif* : « Exposición de motivos del proyecto de ley orgánica del Consejo de Estado y de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo », in *Anales de la Cámara de representantes*, 1941, p. 1770. Cf. Carlos RAMÍREZ, « Acciones y pretensiones contencioso-administrativas », *Revista de la Academia colombiana de Jurisprudencia*, n° 236-237-38, juillet-déc. 1980, p. 120.

³⁴⁷ Action en annulation : « Quiconque peut demander, directement ou par l'intermédiaire d'un représentant, l'annulation de tout acte, pour les motifs exprimés dans ce code. Cette action s'appelle d'annulation et procède contre les actes administratifs pour des raisons de fond, et aussi lorsqu'ils sont adoptés d'une façon irrégulière (...) », art. 66 de la loi n° 167 de 1941. Action de pleine juridiction. « Celui se considérant lésé dans un de ses droits, établis ou reconnus par une norme civile ou administrative, pourra demander l'annulation de l'acte et le rétablissement de son droit (...) », art. 67 de la loi n° 167 de 1941. Ce code a aussi créé d'autres actions dont celle de la révision de l'octroi de la nationalité et de révision de la légalité des impôts.

³⁴⁸ Projet n° 2 de Code du contentieux administratif, présenté le 21 octobre 1983 à la Commission consultative pour la rédaction du Code, par Carlos BETANCUR: *Antecedentes del Código contencioso administrativo*, t. I, éd. Banco de la República, Bogota, 1985, p. 641-642.

³⁴⁹ Le projet n° 3 de Code du contentieux administratif, présenté le 5 déc. 1983, par l'Académie colombienne de jurisprudence a proposé la dénomination d'action de rétablissement du droit.

administratif de 1984, en faveur de celle d'action de rétablissement du droit³⁵⁰. Cette dénomination a généré une discussion autour de la possibilité de demander le rétablissement du droit sans avoir eu préalablement à demander et obtenir l'annulation juridictionnelle de l'acte ; mais, la réforme de 1989 a précisé que l'annulation était la condition du rétablissement du droit et, par conséquent, l'action a été nommée comme action en annulation et de rétablissement du droit³⁵¹. Enfin, le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif a considéré que l'annulation et le rétablissement du droit n'était pas véritablement une action, mais une des prétentions prévues au titre III du code³⁵². Cette prétention peut aussi être présentée à la juridiction à l'égard des actes détachables du contrat afin de demander son annulation et l'indemnisation des préjudices³⁵³. La prétention d'annulation et en rétablissement du droit est définie par sa cause et son objet : la cause de la demande de rétablissement du droit est un préjudice provoqué par un acte administratif contraire à la juridicité. L'anti-juridicité doit être déclarée par la juridiction et c'est pour cette raison que l'objet de l'action en justice est composé par l'annulation de l'acte et le rétablissement du droit³⁵⁴ lésé ou, le cas échéant, l'indemnisation des préjudices dérivés³⁵⁵.

Certes, la prétention d'annulation de l'acte doit être l'objet d'un recours hiérarchique obligatoire³⁵⁶, sauf en matière contractuelle. Mais, ce recours administratif n'a pas pour objet l'indemnisation dérivée de l'anti-juridicité de l'acte. Ainsi, la prétention de rétablissement du droit ou d'indemnisation des préjudices causés par l'acte est présentée directement à la juridiction sans avoir à porter cette demande préalablement à l'autorité administrative. Cela peut être expliqué en raison du fait que tous les actes administratifs sont présumés comme étant conformes à la juridicité, c'est-à-dire à la Constitution, à la loi et, en général, aux normes supérieures. Par conséquent, l'indemnisation du préjudice causé par un acte administratif ne

³⁵⁰ L'action de rétablissement du droit a été adoptée conformément au projet adopté par la Commission consultative le 12 déc. 1983 : *Antecedentes del Código contencioso administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 762 y s. Le Code du contentieux administratif, décret n° 01 du 2 janvier 1984 disposait à l'art. 85 : « *Action de rétablissement du droit. Toute personne se considérant lésée dans son droit, protégé par une norme juridique, peut demander que, en plus de l'annulation de l'acte administratif, elle soit rétablie dans son droit, ou que les dommages soient réparés* ».

³⁵¹ Art. 15 du décret 2304 du 7 oct. 1989, modifiant l'art. 85 du C.C.A.

³⁵² « *Annulation et rétablissement du droit. Toute personne se considérant lésée dans un droit subjectif protégé dans une règle de droit, peut demander l'annulation de l'acte administratif particulier, explicite ou implicite, et qu'il soit rétabli le droit lésé. Il sera aussi possible de demander la réparation des préjudices. Les actions en nullité pour les mêmes motifs énoncés au paragraphe deux de l'article précédent (...) Il peut également être réclamé l'annulation de l'acte administratif général, et demander le rétablissement du droit violé par celui-ci ou la réparation des dommages causés par cet acte, à la condition que la requête soit présentée dans le délai des quatre (4) mois suivant sa publication. (...)* », art. 138 du C.P.A.C.A.

³⁵³ « *Lorsque la prétention consiste à l'annulation et le rétablissement du droit à l'égard des actes prélabiles au contrat, ils devront être déférés dans les 4 mois à partir de sa communication, notification ou exécution (...)* », art. 164, n° 2, § c, C.P.A.C.A. cf. art. 32 de la loi n° 446 du 7 juillet 1998.

³⁵⁴ Le rétablissement du droit lésé peut consister en différentes mesures visant à faire disparaître les effets négatifs de l'acte sur les droits des administrés. Le rétablissement peut consister en la réintégration dans le service dont il a été démis avec le remboursement des salaires non perçus. « *Le juge peut adopter de nouvelles dispositions pour remplacer celles qui sont accusées et de modifier d'autres dispositions lorsque cela est nécessaire pour accomplir le rétablissement, mais seulement avec cette fin* », Carlos BETANCUR, « *Acciones y recursos ordinarios* », *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n° spécial *Nuevo Código contencioso administrativo*, 1984, n° 65, p. 227.

³⁵⁵ « *L'agissement administratif comme cause de l'introduction de l'action en annulation et rétablissement est un acte administratif définitif qui est considéré comme illégal. L'objectif de cette action n'est pas seulement l'annulation de l'acte, mais aussi le rétablissement / ou l'indemnisation et / ou le remboursement du paiement de l'indu* », C.E.c. Section 3, Sentence du 30 août 2001, affaire n° 20608, C.P. María GIRALDO.

³⁵⁶ Art. 76 C.P.A.C.A. et art. 161, n° 2 du C.P.A.C.A.

sera possible, en droit colombien, qu'une fois la juridiction aura annulé l'acte, en contrariant, de ce fait, la présomption de juridicité³⁵⁷. Sans l'annulation de l'acte, les préjudices provoqués par les actes administratifs sont considérés comme juridiques et n'engagent pas, en principe³⁵⁸, la responsabilité de la puissance publique³⁵⁹. L'indemnisation des préjudices causés par un acte est parfois la conséquence nécessaire de l'annulation, à un point tel que la jurisprudence a considéré qu'il n'est pas possible de demander l'annulation simple d'un acte individuel³⁶⁰, après l'expiration du délai des quatre mois propre à la prétention d'annulation et de rétablissement du droit, car le rétablissement peut dériver nécessairement de l'annulation et, de cette façon, serait contourné le délai établi pour demander le rétablissement du droit et l'indemnisation des préjudices causés par un acte administratif. Cette théorie est adoptée par le nouveau Code administratif et du contentieux administratif³⁶¹. Dès lors, les autorités administratives ne sont pas autorisées à reconnaître l'indemnisation d'un préjudice juridique, étant entendu que l'acte causant le tort est présumé être conforme aux normes³⁶². En droit colombien, l'administration ne dispose pas de la prérogative de la décision préalable, mais, seulement d'un privilège processuel consistant à un délai spécial pour exercer l'action en annulation et de rétablissement du droit³⁶³.

En revanche, en droit français, bien qu'il soit possible d'exercer un seul recours de plein contentieux ayant pour objet l'annulation de l'acte et l'indemnisation du préjudice³⁶⁴, lorsque l'acte administratif n'a pas un objet pécuniaire direct, il est nécessaire de porter préalablement à l'administration la demande d'indemnisation³⁶⁵. Dans ce cas, il sera possible de demander à l'administration l'indemnisation du préjudice et d'exercer un recours de plein contentieux ayant pour objet l'annulation du refus d'indemnisation et l'indemnisation du

³⁵⁷ Il s'agit d'une « annulation réparatrice », Carlos BETANCUR, « Acciones y recursos ordinarios », *loc. cit.*, p. 225

³⁵⁸ Hormis la demande d'indemnisation pour responsabilité sans faute, dans le cas d'inégalité devant les charges publiques, provoquée par un acte administratif entièrement légal.

³⁵⁹ « L'État doit répondre patrimoniallement pour les préjudices anti juridiques lui étant attribuables, provoqués par l'action ou par l'omission des autorités publiques », art. 90 Const.c.

³⁶⁰ La prétention d'annulation simple d'un acte administratif n'est soumise à aucun délai, alors que celle de l'annulation et le rétablissement du droit doit être porté dans le délai de 4 mois suivant la notification de l'acte.

³⁶¹ « Annulation. Toute personne peut demander directement ou par un représentant, l'annulation des actes administratifs généraux (...) De façon exceptionnelle il sera possible de demander l'annulation des actes administratifs individuels, à la condition que le requérant ne prétende pas le rétablissement du droit pour lui ou pour un tiers ou que le rétablissement du droit subjectif ne résulte pas automatiquement de l'annulation de l'acte », art. 137 du C.P.A.C.A.

³⁶² « (...) dans le cas d'un acte méconnaissant ou violant un droit, pour le rétablissement de celui-ci, il est nécessaire d'annuler préalablement la décision administrative », Humberto MORA, « La jurisdicción de lo contencioso administrativo y la administración de justicia », *Revista del Colegio mayor de nuestra señora del Rosario*, août-sept. 1991, n° 554, p. 46.

³⁶³ L'art. 44 de la loi n° 446 du 7 juillet 1998 modifiant l'art. 136 du C.C.A. prévoit que le délai de l'action en annulation et de rétablissement du droit est de 2 ans quand le demandeur est une autorité administrative. Ce délai spécial semble être conservé par l'art. 164, n° 2 § d du C.P.A.C.A dans la mesure où cette norme prévoit que la prétention d'annulation et du rétablissement du droit doit être portée dans le délai de quatre mois, sauf exceptions prévues dans la loi et tel est le cas de l'art. 44 de la loi n° 446 du 7 juillet 1998. Mais, le sujet peut donner lieu à des controverses.

³⁶⁴ « Cette révolution est due au grand développement du recours contentieux ordinaire, qui a suivi l'arrêt Cadot, du 13 déc. 1889 (...) et, chose curieuse, l'étape nouvelle que marquent nos trois arrêts se produit à propos de la même question dont il s'agissait dans l'affaire Cadot, c'est-à-dire à propos des employés municipaux révoqués (...) », Maurice HAURIOU, note sous C.E.f. 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bézie*, S. 1912, III, p. 129.

³⁶⁵ Le recours est possible « (...) à la condition de lier l'instance avec l'Administration, sur la question du préjudice, par la procédure de la décision préalable (...) », Maurice HAURIOU, note sous C.E.f. 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bézie*, S. 1912, III, p. 130.

préjudice, même après l'expiration du délai du recours pour excès de pouvoir³⁶⁶. En revanche, lorsque la décision administrative a un objet économique direct, il est considéré que la décision lie par elle-même le contentieux indemnitaire³⁶⁷.

b. La réparation d'un préjudice provoqué par un fait administratif

En droit colombien, l'idée que le juge administratif ne pourrait être saisi que de la légalité des décisions n'est pas complètement mise en échec dans le cas de la demande de rétablissement d'un droit lésé par un acte administratif : même si l'administration ne s'est pas prononcée sur le rétablissement du droit et, le cas échéant, sur l'indemnisation, il existe en tout état de cause un acte dont la juridicité est mise en doute et le rétablissement ou l'indemnisation ne feraient que découler de l'annulation. Or, le droit administratif colombien admet que la juridiction du contentieux administratif soit saisie par une personne qui n'est munie d'aucune décision de la part de l'administration à l'égard de sa prétention. Ainsi, l'administré pourra demander directement à la juridiction l'engagement de la responsabilité extracontractuelle et contractuelle de l'administration, ainsi que l'injonction d'exécution des obligations issues de la loi ou d'un acte administratif général.

En matière de responsabilité extracontractuelle, le droit colombien prévoit que l'action peut être portée directement devant la juridiction du contentieux administratif, par la voie d'un mécanisme dont l'appellation est très évocatrice : « *de réparation directe* »³⁶⁸. Par la voie de la prétention de réparation directe, il est possible de demander l'indemnisation des préjudices causés par un fait³⁶⁹, une omission, une opération administrative d'exécution des actes administratifs³⁷⁰ ou un acte administratif dont il n'est pas possible de prouver l'existence³⁷¹. L'objet de l'action portée à la juridiction du contentieux administratif n'est pas la légalité d'un acte administratif, mais, l'indemnisation des préjudices³⁷² causés par

³⁶⁶ C.E.f. 3 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bezie, Rec.*, p. 407, S. 1912, III, p. 129, note HAURIUO ; C.E.f. 3 déc. 1952, *Dubois, Rec.*, p. 555, J.C.P. 1953, II, 7353, note VEDEL ; C.E.f. 30 nov. 1962, *Tedeschi, Rec.*, p. 651.

³⁶⁷ C.E.f. 8 mars 1912, *Lafage, Rec.*, p. 348, S. 1913, III, p. 1, note HAURIUO ; R.D.P. 1912, p. 266, note JEZE, G.A.J.A. 18^e éd., n° 23.

³⁶⁸ L'art. 68 de la loi n° 167 de 1941 prévoyait que l'action de rétablissement du droit prévue à l'art. 67 pouvait être exercée lorsque le dommage était provoqué par un fait ou une opération administrative. « *Dans ce cas, il ne sera pas nécessaire d'exercer l'action en annulation ; mais, il doit demander directement des indemnisations et des prestations* », art. 68 de la loi n° 167 du 24 décembre 1941. Ce mécanisme est confirmé dans le décret-loi 528 de 1964 et dans le décret n° 01 du 2 janvier 1984, portant le C.C.A. disposant à l'art. 86 l'action de réparation directe d'exécution forcée. Cette action est devenue la prétention de réparation directe à l'art. 140 du C.P.A.C.A.

³⁶⁹ L'exécution des travaux publics en dehors de l'exécution d'un contrat administratif formalisé est considérée comme un fait pouvant donner lieu à une indemnisation limitée à l'enrichissement sans cause de l'administration en raison des travaux exécutés par l'administré : C.E.c. Section 3, Sentence du 7 juin 2007, C.R. Ramiro SAAVEDRA, affaire n° 52001-23-31-000-1995-07018-01.

³⁷⁰ Sur la différence en droit colombien entre les faits, les omissions et les opérations administratives : Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003, p. 108 et suiv.

³⁷¹ Il est possible de demander la responsabilité « (...) pour un acte administratif dont sa preuve est très difficile (...) dans des cas où il est pratiquement impossible de déterminer de quel acte administratif il s'agit ou qui l'a pris (...) il s'agit des actes verbaux ou perdus (...) et à l'égard desquels les fonctionnaires (...) nient les avoir adoptés », Carlos BETANCUR, "Acciones y recursos ordinarios", *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, loc. cit., p. 233.

³⁷² « *Dans ce mécanisme, la requête ne provoque pas un jugement sur la légalité, mais une déclaration de responsabilité sur des faits, des opérations, des omissions ou des occupations d'immeubles provoquant des dommages aux sujets du droit. Ces faits doivent être pleinement prouvés pendant l'instance (...)* », Jaime

l'administration ou par l'État³⁷³.

La prétention de réparation directe ne peut pas être portée devant l'autorité administrative afin de demander la production d'un acte qui serait l'objet d'un contrôle de légalité³⁷⁴ : en droit colombien, tant la Constitution de 1886 que celle de 1991 établit un principe interdisant aux autorités administratives de reconnaître des obligations à la charge des autorités administratives qui ne soient pas expressément prévues par le budget³⁷⁵. Ainsi, l'ordre des dépenses ne pourrait prévoir que des obligations issues des condamnations juridictionnelles³⁷⁶. Dès lors, tout acte de reconnaissance de la responsabilité de l'autorité administrative, déterminant une somme d'argent, serait non seulement illégal, mais aussi anticonstitutionnel³⁷⁷. Dans le système actuel, l'administré qui aurait demandé à l'autorité administrative la reconnaissance de sa responsabilité, ayant obtenu une décision expresse positive, serait porté à recevoir illégalement une somme d'argent, l'exposant à une action visant le remboursement. Dans le cas d'une décision négative, l'administré ne sera pas obligé de déférer cette décision à la juridiction afin de porter la prétention d'indemnisation. Néanmoins, s'il prétend à tort l'indemnisation, à partir de l'annulation de l'acte, rien n'empêche processuellement pour que la juridiction examine directement la prétention de réparation³⁷⁸.

- en matière contractuelle, l'une des controverses³⁷⁹ pouvant être portée directement devant la juridiction du contentieux administratif est la prétention de déclaration

SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *Contencioso administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 212-213.

³⁷³ Il est possible d'engager la responsabilité de l'État pour le fait des juges et du législateur.

³⁷⁴ « (...) la victime peut exiger l'indemnisation par l'action en réparation directe. En d'autres termes, la victime ne pourra pas porter cette demande à l'autorité publique responsable dans la mesure où celle-ci ne pourra pas s'auto-condamner au paiement des préjudices. Seul le juge administratif peut imposer cette obligation. Si la victime demande la réparation du préjudice à l'autorité administrative, à la place de saisir la juridiction, l'administration ne pourra pas accéder à la demande, et son silence ne pourra pas produire un acte négatif implicite (...) cela signifierait le changement de la cause du dommage », C.E.c. Sentence du 4 sept. 1997, affaire n° 10239, C.R. Ricardo HOYOS.

³⁷⁵ « Aucune dépense publique qui n'est pas déclarée par le Congrès, par les assemblées départementales ou par les municipalités ne pourra être exécutée. De même, aucun crédit ne pourra être attribué à un objet différent à celui prévu par le budget », art. 207 Const. colombienne de 1886. La Const. de 1991 dispose : « En temps de paix, aucun impôt ou contribution ne pourra être perçue si elle ne figure pas dans le budget des recettes et, aucune dépense ne pourra être exécutée sur le Trésor public si elle n'est pas prévue dans le budget des dépenses », art. 345 Const.c.

³⁷⁶ L'art. 346 de la Const.c. dispose que « la loi des dépenses publiques ne peut inclure que des crédits reconnus juridictionnellement ou des dépenses ordonnées conformément à une loi antérieure, ainsi que des dépenses proposées par le gouvernement visant au fonctionnement des branches du pouvoir public, au service de la dette publique ou pour l'exécution du plan national de développement ». Dans ce sens la jurisprudence a considéré que la déclaration de la responsabilité des personnes publiques relève exclusivement de la juridiction : C.E.c. Chambre du contentieux administratif, Sentence du 23 juillet 1962, C.R. Francisco Gómez, *in Anales*, 1962, t. LXV, p. 91.

³⁷⁷ « 4. Dans cette action il n'est pas nécessaire de parcourir la voie gouvernementale dans la mesure où l'indemnisation ne peut pas être demandée à l'autorité publique qui a provoqué la lésion du droit ; l'autorité administrative ne pourrait pas reconnaître directement sa responsabilité pour des raisons constitutionnelles », Carlos BETANCUR, "Acciones y recursos ordinarios", *loc. cit.*, p. 235.

³⁷⁸ Dans le système antérieur la jurisprudence considérait que quand l'administration se trompait dans le choix de son « action », celle-ci était irrecevable. Dans le système actuel, il n'est plus possible de se tromper, car il n'existe qu'une seule action qui sera déterminée par les prétentions.

³⁷⁹ Il s'agit des prétentions autour des controverses contractuelles : art. 141 du C.P.A.C.A.

d'inexécution des obligations contractuelles et l'indemnisation des préjudices en dérivant³⁸⁰. Quand l'inexécution du contrat touche aux obligations de l'administration, il s'agit d'une omission administrative ne nécessitant pas de décision administrative préalable pour pouvoir porter la prétention d'indemnisation devant le juge.

- en matière d'exécution forcée des obligations issues de la loi ou d'un acte administratif, l'article 87 de la Constitution colombienne établit un mécanisme nommé « *acción de cumplimiento* »³⁸¹ permettant à toute personne naturelle ou juridique³⁸² de demander à titre principal l'injonction juridictionnelle des autorités publiques³⁸³ ou des particuliers exerçant des fonctions publiques, pour l'exécution des obligations certaines, explicites et exigibles³⁸⁴, prévues par une loi ou par un acte administratif général ou individuel décisoire³⁸⁵ explicite ou résultant du silence administratif³⁸⁶. Dans le cas d'un acte individuel, l'injonction peut être seulement demandée par l'intéressé. Il s'agit d'un mécanisme subsidiaire, ne pouvant pas être mis en mouvement lorsqu'il existe un autre mécanisme juridictionnel pouvant atteindre efficacement l'objectif de l'exécution des devoirs juridiques³⁸⁷. Or, la juridiction ne peut être saisie qu'à l'égard d'une autorité réticente, c'est-à-dire une autorité dont l'exécution des obligations certaines, explicites et exigibles a été réclamée par l'administré et malgré la réclamation, l'exécution n'a pas eu lieu. Dès lors, une réclamation préalable doit être déposée auprès de l'autorité censée être chargée de l'exécution de la norme. Cependant, cette réclamation ne cherche pas à obtenir une décision administrative qui ferait l'objet d'un contentieux juridictionnel. Le demandeur de l'injonction ne conteste pas la

³⁸⁰ En principe, la déclaration d'inexécution est accompagnée de la résolution du contrat pour l'inexécution de l'une des parties et l'indemnisation des préjudices : C.E.c. Section 3, Sentence du 9 fév. 1984, affaire. n° 2903. Cependant, « (...) *il est possible de tenter une action indépendante en dommages-intérêts lorsque l'administration n'exécute pas ses obligations (...) et le cocontractant demande l'indemnisation quand le terme du contrat est déjà expiré (...) L'Administration peut également procéder de la même forme dans tous les cas où, par exemple, elle accepte de recevoir l'ouvrage dans des conditions de qualité inférieures à celles prévues dans le cahier des charges, afin d'éviter un plus grand préjudice à la communauté* », C.E.c. Section 3 Sentence du 17 mai 1990, C.R. Julio URIBE.

³⁸¹ « *Toute personne pourra saisir la juridiction afin de rendre effective l'exécution d'une loi ou d'un acte administratif. Dans ce cas, la sentence pourra enjoindre l'autorité réticente d'exécuter son devoir* », art. 87 Const.c. Le C.C.A. issu du décret n° 01 du 2 janvier 1984 reconnaissait déjà que l'action de réparation directe pouvait aussi être utilisée pour enjoindre l'exécution des normes (art. 86) ; mais, l'art. 16 du décret-loi n° 2304 du 7 octobre 1989 a abrogé cette possibilité, considérant que cela contrariait la séparation des pouvoirs : Humberto MORA, « *La jurisdicción de lo contencioso administrativo y la administración de justicia* », *loc. cit.*, p. 46. Cette prétention est régulée aujourd'hui par la loi 393 du 29 juillet 1997. Le nouveau code l'intègre à l'art. 146 du C.P.A.C.A., à partir du 2 juillet 2012.

³⁸² Arts. 1 et 4 de la loi n° 393 de 1997.

³⁸³ Autorités de la branche législative, exécutive ou judiciaire et aussi, des organes autonomes constitutionnels. « (...) *l'injonction en exécution (action de cumplimiento) peut être intentée contre toute autorité réticente de l'exécution de la loi ou d'un acte administratif, indépendamment de la branche du pouvoir public dont elle relève. Cette action ne se limite pas à l'égard des autorités administratives* », C.c.c. Sentence C-157-98, 29 avril 1998, M.R. Antonio BARRERA et Hernando HERRERA.

³⁸⁴ « (...) *le succès de l'action en injonction (acción de cumplimiento) suppose que de la loi ou de l'acte administratif dont on demande l'exécution découle une obligation certaine, explicite et exigible, comme s'il s'agissait d'une procédure d'exécution. Dès lors, il n'est pas possible, par la voie de cette action, que le juge accomplisse une instruction et une discussion autour du droit du requérant* », C.E.c. Sentence du 29 oct. 1998, affaire ACU-481, C.R. Nicolás PAJARO.

³⁸⁵ Il s'agit d'actes « *créant une situation juridique concrète et spécifique* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *op. cit.*, p. 175.

³⁸⁶ C.E.c. Section 3, Sentence du 8 juin 2000, affaire ACU-1309, C.R. Ricardo HOYOS.

³⁸⁷ « *C'est-à-dire que cette action n'est possible que quand la victime n'a pas un autre moyen juridictionnel pour sa défense* », C.E.c. Section 3, Sentence du 22 janvier 1998, affaire ACU-120, C.R. Ricardo HOYOS ; C.c.c. Sentence C-193-98, 7 mai 1998, C.R. Antonio BARRERA et Hernando HERRERA. Cf. art. 5-6 de la loi 393 de 1993.

légalité d'une telle décision, mais prétend à l'exécution des normes³⁸⁸, tout en démontrant que l'autorité a été saisie de la réclamation. Ainsi, la requête juridictionnelle sera recevable quand l'autorité publique aura expressément refusé l'acquiescement de son obligation, ou lorsque le silence aura été gardé pendant dix jours³⁸⁹. À la suite de ce délai, aucun acte n'est présumé, alors que la voie juridictionnelle est ouverte³⁹⁰.

En droit colombien, de prime abord, l'absence d'une règle équivalente à celle de la décision préalable pourrait être interprétée comme faisant partie d'une des deux hypothèses de dérogation de la règle du droit français : soit le contentieux administratif colombien est un contentieux qui pourrait être considéré comme de juridiction judiciaire, c'est-à-dire d'une juridiction non administrative, soit la loi permet expressément de porter directement des prétentions devant la juridiction du contentieux administratif sans qu'une décision même présumée à attaquer ne soit exigée. Cependant, accepter l'une des deux hypothèses serait méconnaître que, tout simplement, la règle de la décision préalable n'existe pas en droit colombien et cela pour des raisons propres. D'une part, d'un point de vue budgétaire, les autorités administratives ne sont pas autorisées à reconnaître des obligations non prévues dans le budget. D'autre part, lorsque l'indemnisation a pour cause un acte administratif, celle-ci n'est constitutionnellement possible que quand la présomption de légalité est anéantie et cela n'est possible que par une décision juridictionnelle.

En droit français, la règle de la décision administrative préalable n'est pas absolue et elle n'existe pas en droit colombien. Dans les deux États, le contentieux juridictionnel existe et se déroule sans décision administrative préalable, alors que la décision préalable ne détermine que des conséquences sur l'office du juge.

§ 2. L'office du juge

La description de l'office du juge ne saurait se limiter à la résolution des litiges. L'exécution de la loi est en soi une notion complexe qui dépasse l'idée d'être la bouche de la loi. Au-delà de l'exécution et de l'interprétation de la loi³⁹¹, la fonction du juge, en étant liée à l'idée de justice, reste difficile à saisir : le juge est aussi créateur de règles et de principes à portée générale³⁹². Il dispose d'une certaine latitude dans l'application de la loi et met en place différentes politiques, notamment une politique contentieuse. Il s'agit d'une fonction intellectuelle dont les valeurs sont naturellement présentes, notamment la sécurité juridique³⁹³ ou la préservation de l'État de droit.

³⁸⁸ « (...) l'injonction d'exécution consiste dans les opérations devant être menées par les autorités afin de rendre réel ce qui est disposé par une norme juridique légale ou administrative », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *op. cit.*, p. 714. Dans ce sens cette action cherche à contraindre l'administration à s'acquiescer de son devoir : C.c.c. Sentence C-157-98, 29 avril 1998, M.R. Antonio BARRERA et Hernando HERRERA.

³⁸⁹ Art. 8 et 10 de la loi 393 de 1997

³⁹⁰ Cf. C.E.c. Section 3, Sentence du 31 août 2000, affaire ACU-1608, C.R. María GIRALDO.

³⁹¹ Ce qui constitue une forme d'exécution.

³⁹² « L'office du juge créateur et régulateur tend ainsi vers celui du juge administrateur », Francis DONNAT et Didier CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *D.A.* mai 2004, p. 10.

³⁹³ Amenant le juge à moduler les effets de l'annulation de l'acte administratif : C.E.f. 11 mai 2004, *Association A.C. I*, n° 1218, *G.A.J.A.* 18^e éd., n° 112. « Se dégageant de la « logique du tout ou rien » - dans laquelle il a longtemps été enfermé -, il cherche de plus en plus souvent non à censurer, mais à rectifier, corriger, préciser, moduler, modifier ; non à détruire, mais à bâtir ; non à défaire, mais également, en quelque sorte, à faire ».

En raison de la règle de la décision administrative préalable, l'office du juge serait limité à l'égard d'un contentieux préalablement et définitivement lié par une demande et une décision préalable. Mais, même dans ce cas, le juge n'est pas un spectateur passif du litige, dépourvu de tout pouvoir d'office. Avec ou sans décision préalable, il dispose des moyens visant à mettre en place des valeurs liées à son office. Tant le juge français (A), que le juge colombien (B) dispose des pouvoirs juridiques pour intervenir dans le déroulement de l'instance.

A. Le juge français

La règle de la décision préalable signifierait que le contentieux administratif juridictionnel n'est possible qu'à la suite d'une décision administrative, déterminant tant l'étendue de la question posée au juge que les pouvoirs de ce dernier. Or, les cas où la décision préalable n'est pas exigée et où l'absence de décision préalable est régularisée démontrent que l'exercice de la fonction juridictionnelle, en l'absence de décision préalable, est possible³⁹⁴. Ainsi, il serait techniquement possible de porter directement à la juridiction la demande d'indemnisation des préjudices³⁹⁵. Mais, la décision préalable n'est pas sans conséquences sur l'office du juge. À défaut de décision préalable, le juge affronte un contentieux qui ne sera pas préalablement lié, mais qui sera lié devant lui³⁹⁶. Cette situation alourdit sa tâche³⁹⁷, sans la rendre impossible.

La description de l'office du juge peut être entreprise à partir des fonctions théoriques que la juridiction est censée remplir dans la société. Néanmoins, le chemin le plus sûr pour déterminer l'office du juge consiste en l'examen de ses pouvoirs et de ses obligations. En droit français, il est nécessaire de différencier l'office du juge de premier ressort, du juge d'appel et du juge de cassation. Aussi, l'office du juge de l'excès de pouvoir n'est pas équivalent à l'office du juge de la pleine juridiction dont la différence est précisément déterminée par les pouvoirs du juge. Or, en ce qui concerne la décision préalable, l'office du juge ne se limite pas au contentieux préalablement lié. Le juge doit relever les moyens d'ordre public (1), tout en garantissant la contradiction des nouveaux éléments (2) qui pourraient être déterminants au moment de rendre sa décision.

Florent BLANCO, « Entre l'annulation et la conservation de l'acte », in *Les États intermédiaires en droit administratif*, Journée d'études du 15 juin 2007, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, p. 147.

³⁹⁴ Lorsqu'il était permis à l'administration d'empêcher l'accès au juge, le Conseil d'État a même accepté d'être saisi sans décision préalable : C.E.f. 3 fév. 1899, *Lecocq, Rec.*, p. 86.

³⁹⁵ « (...) il est concevable qu'une condamnation à dommages-intérêts soit demandée au juge directement, c'est-à-dire autrement que par le biais d'un recours en annulation d'une décision ayant refusé ces dommages-intérêts », René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 532.

³⁹⁶ Ce qui importe n'est pas que la décision soit préalable, mais qu'il y ait « (...) une manifestation de volonté qui, quelle que soit la forme qu'elle revêt et le moment auquel elle intervient, traduit l'intention de l'administration de ne pas faire droit à la réclamation de l'administration », Patrick MINDU, *La règle de la décision administrative préalable*, *op. cit.*, p. 101.

³⁹⁷ En matière de marchés et travaux publics « Ces affaires sont généralement longues à instruire : l'absence fréquente de décision administrative préalable de nature à lier et à préciser le contentieux alourdit la tâche du juge », CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.*, 1988, p. 50.

1. Les moyens d'ordre public

En principe, « *l'office du juge est fixé par les parties* »³⁹⁸. Or, même si les contours du contentieux porté devant le juge semblent être déjà définitivement fixés³⁹⁹ et même si l'instance se montre immuable, le juge administratif français conserve des pouvoirs d'office pour relever certains moyens en faveur ou à l'encontre de la prétention du demandeur, afin que la décision corresponde à une « *bonne administration de la justice* »⁴⁰⁰. Ainsi, tout en restant impartial, le juge administratif ne saurait pas entériner, par ses décisions, d'atteintes graves à la juridicité, considérées selon lui comme insupportables⁴⁰¹. Par les moyens d'ordre public, une certaine hiérarchie au sein de la juridicité serait mise en place, ce qui viendrait compléter la hiérarchie donnée par la différence entre les formalités substantielles et non substantielles⁴⁰². Néanmoins, pour identifier les moyens d'ordre public, le critère de l'atteinte particulièrement grave à l'ordonnement juridique ne semble pas être complètement satisfaisant : la détermination de la gravité relève exclusivement de la juridiction. Ainsi, des atteintes aux garanties telles que la contradiction ou la défense, malgré leur importance, ne sont pas considérées par le juge comme des moyens d'ordre public⁴⁰³ devant être relevés d'office par le juge. Grâce à la détermination de ce que le juge considère comme des moyens d'ordre public, il définit les contours de son office⁴⁰⁴, il l'élargit et il le limite et explicite quelles sont les valeurs auxquelles il entend donner une valeur supérieure, notamment la protection du patrimoine public⁴⁰⁵, la qualité des décisions juridictionnelles⁴⁰⁶ ou le respect des engagements internationaux de la France⁴⁰⁷.

La notion des moyens d'ordre public est fonctionnelle et politique⁴⁰⁸ et, dès lors, elle ne peut être donnée que par les caractères mêmes de celle-ci : un moyen d'ordre public est celui

³⁹⁸ Pierre MIMIM, « Les moyens d'ordre public et l'office du juge », *J.C.P.* 1946, I, n° 542.

³⁹⁹ « Ainsi, le cadre juridique de l'instance se trouve fixé dès avant l'introduction du recours par la demande adressée à l'administration et dont le rejet total ou partiel, explicite ou implicite, liera le contentieux », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 2, 3^e éd., *op. cit.*, p. 892.

⁴⁰⁰ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 915.

⁴⁰¹ « (...) on se trouve en présence d'une illégalité particulièrement grave à propos de laquelle le juge considère qu'elle doit être examinée en dépit des règles normales de procédure », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 2, 3^e éd., *op. cit.*, p. 241.

⁴⁰² « (...) parce qu'elles ne sont de nature, ni à avoir une incidence sur la décision à prendre, ni à conférer des garanties à ceux que cette décision concernera », René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, *op. cit.*, p. 1032.

⁴⁰³ C.E.f. Ass. 23 avril 1965, *Vve Ducroux, Rec.*, p. 231 ; A.J.D.A. 1965, p. 348 ; R.D.P. 1965, p. 1188, concl. GALABERT ; C.E.f. 29 mars 1985, *Comm. D'Ermont, D.A.* 1985, n° 242.

⁴⁰⁴ « C'est dans cette tâche que se manifeste le mieux la conception que le juge administratif se fait de son rôle et de sa place dans la société », Jean-Paul JACQUE, « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J. 1974, p. 229.

⁴⁰⁵ C'est un moyen d'ordre public la méconnaissance du principe que l'administration ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas C.E.f. 19 mars 1971, *Sieur Mergui, Rec.*, p. 235, concl. ROUGEVIN-BAVILLE ; A.J.D.A. 1971, p. 274, chron. LABETOUILLE et CABANES.

⁴⁰⁶ Impartialité de la juridiction est moyen d'ordre public : C.E.f. 6 avril 2001, *S.A. Entreprise Razel frères et M. Le Leuch, A.J.D.A.* 2001, p. 453, chron. GUYOMAR et COLLIN.

⁴⁰⁷ Cette technique a permis à la juridiction administrative de se saisir du contrôle de la conventionalité des actes administratifs : C.E.f. 16 janv. 1995, *SARL Constructions industrielles pour l'agriculture, Cipa, Rec.*, p. 35 ; C.E.f. 15 juillet 2004, *époux Leroy, Rec.*, p. 338, A.J.D.A. 2004, p. 1923, note LANDAIS et LENICA ; R.F.D.A. 2004, p. 908, concl. DOMAT ; C.E.f. 28 juillet 1993, *Bach et al. Rec.*, p. 237.

⁴⁰⁸ « Il suffit de dire qu'il s'agit avant tout d'une notion politique qui recouvre quelques principes indispensables à la vie en société, et que le juge doit avant tout faire prévaloir sur la volonté des parties », Jean-Paul JACQUE, « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », *loc. cit.*, p. 230.

qui, pouvant être relevé par les parties en premier ressort, en appel ou en cassation, doit être relevé d'office par le rapporteur public⁴⁰⁹ et par le juge⁴¹⁰, indépendamment du fait qu'il puisse relever d'une cause juridique différente de celle qui a été préalablement portée devant l'autorité administrative, à condition que le moyen ressorte du dossier présenté au juge⁴¹¹.

En matière de l'excès du pouvoir, les moyens d'ordre public sont, certes, nombreux, mais toutes les raisons d'illégalité ne peuvent pas être relevées d'office⁴¹². Le juge administratif ne réalise pas un contrôle intégral de la juridicité de l'acte, non parce qu'il n'est pas en capacité de le faire, mais parce qu'il entend limiter son office à la résolution des griefs soulevés par le requérant, afin de respecter la compétence des autorités administratives : le contrôle intégral serait propre à l'auteur de l'acte lui-même ou de son supérieur hiérarchique, mais non d'un juge. Le juge du plein contentieux, quant à lui, relève d'office un nombre moindre de moyens que le juge de l'excès du pouvoir : par exemple, en matière de responsabilité, seul le moyen tiré de la responsabilité sans faute est relevé d'office⁴¹³. En matière contractuelle, le juge reconnaît d'office l'incompétence de l'auteur ou signataire du contrat⁴¹⁴.

Grâce aux moyens d'ordre public, le juge s'autorise à rendre des décisions ne découlant pas nécessairement des termes du litige accordé préalablement par les parties par la demande et la décision préalable.

2. La contradiction des nouveaux éléments

Avec ou sans décision préalable, le juge doit garantir le respect des droits processuels des parties du litige. Le Code de justice administrative dispose que l'instruction des affaires est contradictoire, même en cas d'urgence⁴¹⁵. Dans le cas de la décision préalable, la communication des pièces entre les parties s'entame pré-juridictionnellement. Suite à la requête juridictionnelle, cette dynamique continue d'être sous la direction du juge : avec ou sans décision préalable, la requête est communiquée au défendeur qui peut, à son tour, produire un mémoire en défense, pouvant être suivi d'un mémoire en réplique. Le juge doit aussi garantir la communication aux parties des

⁴⁰⁹ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd., op. cit., p. 241.

⁴¹⁰ « Ces moyens ont pour caractéristique essentielle de pouvoir être soulevés d'office par le juge », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 1984, p. 896

⁴¹¹ L'absence de décision administrative préalable ou simultanée ressort des pièces du dossier « au vu duquel le juge statue », C.E.f. 28 déc. 2007, *Arsicaud Beving*, req. n° 282309.

⁴¹² La méconnaissance de la chose jugée absolue présente dans l'annulation d'un acte est un moyen d'ordre public : C.E.f. 6 juin 1958, *Chambre de commerce et d'industrie d'Orléans*, *Rec.*, p. 315 ; *A.J.D.A.* 1958, II, p. 261, concl. LONG ; C.E.f. 28 juillet 2000, *Commune de Port-Vendres*, *Rec.*, p. 360 ; *Revue de droit immobilier* 2000, p. 552, obs. MORAND-DEVILLER. L'application de la loi en dehors de son champ d'application C.E.f. 2 nov. 2005, *Dorchies*, *Rec.*, p. 470 ; *A.J.D.A.* 2006, p. 110. Sur ce point conclusions BERNARD sur C.E.f. 21 mars 1958, *Delteil*, *Rec.*, p. 189.

⁴¹³ C.E.f. 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, *R.D.P.* 1919, p. 239, concl. CORNEILLE, note JEZE, *G.A.J.A.* 18^e éd., n° 34 ; C.E.f. 30 nov. 1923, *Cuitéas*, *S.* 1923, III, p. 57, concl. RIVET, note HAURIUO. *G.A.J.A.* 18^e éd., n° 40, p. 239 ; C.E.f. 24 juin 1961, *Chevalier*, *Rec.*, p. 431 ; C.E.f. 30 juin 1999, *Foucher*, *Rec.*, p. 232 ; *R.F.D.A.* 1999, p. 1210, concl. BERGEAL.

⁴¹⁴ C.E.f. 14 juin 2006, *Sté. France Télécom Marine*, *A.J.D.A.* 2006, p.1919 ; C.E.f. 8 fév. 1999, *Commune de Cap-d'Ail*, *A.J.D.A.* 1999, p. 283. « (...) le moyen qui est d'ailleurs d'ordre public tiré de l'incompétence du signataire d'un acte contractuel engageant l'État », C.E.f. 8 janv. 1977, *Ministre de l'Économie et des Finances c/Société Heurtey*, *Rec.*, p. 50, *A.J.D.A.* 1977, p. 394, concl. MORISOT ; *G.A.C.A.*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2011, arrêt n° 51.

⁴¹⁵ Art. L. 5 C.J.A.

documents apportant des nouveaux éléments au débat⁴¹⁶.

Or, d'après une jurisprudence jadis bien établie⁴¹⁷, les moyens d'ordre public pouvaient être relevés à tout moment par les parties, et obligatoirement relevés par le juge « *sans discussion ni contradiction* »⁴¹⁸. D'après cela, il n'était objet de la contradiction que les termes du litige établis au moment de la saisine juridictionnelle et qui avaient été l'objet de la demande administrative préalable⁴¹⁹. Cela était inconcevable : le professeur Olivier GOHIN dénonçait, dans sa thèse, une « *atteinte caractérisée à la contradiction* »⁴²⁰. Pour lui, le moyen relevé oralement par l'une des parties devrait être l'objet de confirmation et d'une ultérieure communication dans une instruction qui pourrait être, le cas échéant, rouverte⁴²¹. Son plaidoyer visait la modification des normes afin d'inclure « *l'obligation de communiquer ce moyen d'ordre public aux parties, dans un délai suffisant, pour qu'elles puissent en prendre connaissance et présenter leurs observations à ce sujet* »⁴²². Cette réforme a eu lieu par le décret du 22 janvier 1992 disposant : « *Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'État, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué* »⁴²³. Dans le cas où le moyen d'ordre public est relevé au délibéré, une instruction supplémentaire⁴²⁴ est nécessaire.

La juridiction entendant pouvoir fonder sa décision sur le moyen relevé d'office devra réaliser une communication efficace envers les parties⁴²⁵ : il ne suffit pas d'énoncer le moyen qui serait relevé ; mais, il est question de son identification et de son explication afin que la contradiction soit utile⁴²⁶. Il n'est pas néanmoins nécessaire de préciser l'argumentation pouvant donner lieu à le considérer comme définitif à l'égard de la décision de l'affaire⁴²⁷. En outre, l'obligation de communiquer le moyen relevé d'office se considère comme en étant accomplie par l'invitation à régulariser⁴²⁸. En l'absence d'une telle régularisation, le juge pourra relever d'office le moyen tiré de

⁴¹⁶ Il s'agit de « (...) la communication par le juge de tout document comportant un élément nouveau dont la connaissance est utile pour la partie concernée (...) dans un délai suffisant, compte tenu de la nature de la pièce et du temps du procès (...) moment de l'instruction et circonstances de l'espèce », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd., op. cit., p. 250-251.

⁴¹⁷ « (...) le principe général du caractère contradictoire de la procédure ne saurait trouver application lorsque le juge statue sur des moyens qu'il doit examiner d'office », C.E.f. 21 oct. 1981, *Bienvenot, Rec.*, p. 383. Thèse 19 70 310 325

⁴¹⁸ Bernard PACTEU, *Traité de contentieux administratif*, P.U.F., Paris, 2008, p. 298.

⁴¹⁹ Dans les cas où celle-ci est obligatoire.

⁴²⁰ Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, L.G.D.J., Paris, 1988, p. 308 et suiv.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² *Ibidem*, p. 309.

⁴²³ Art. R 611-7 C.J.A.

⁴²⁴ Le supplément d'instruction est nécessaire lorsque les parties présentent des conclusions nouvelles ou des moyens nouveaux : art. R. 613-3 C.J.A. C.E.f. sect. 30 oct 1992, *Min. Affaires étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux c/ Ass. de sauvegarde du site Alma-Champ-de-mars, Rec.*, p. 384

⁴²⁵ C.E.f. sect. 30 oct 1992, *Min. Affaires étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux c/ Ass. de sauvegarde du site Alma-Champ-de-mars, Rec.*, p. 384 ; R.F.D.A. 1992, p. 1007 et 1093 ; A.J.D.A. 1993, p. 828, concl. LAMY ; C.E.f. 29 nov. 2000, *Arvanitakis, Rec.*, t. 1161.

⁴²⁶ C.E.f. 25 sept. 1995, *Association des licenciés sans procédure de la régie départementale des passages d'eau de la Gironde, Rec.*, t. p. 976. Sur la portée de l'explication voir C.E.f. 21 déc. 1994, *SARL Flotte française, Rec. t.*, p. 1119 ; P.A. 26 avril 1995, p. 9, concl. Arrighi de Casanova ; D. 1995, p. 242, obs. Barthélémy

⁴²⁷ C.E.f. 21 fév. 1994, *SARL La Flotte française, Rec.*, t. 1119, P.A. 26 avril 1995 concl. Arrighi de Casanova ; D. 1995, p. 242, note BARTHELEMY.

⁴²⁸ C.E.f. 28 janv. 1998, *Merrain*, req. n° 160343, D.A. mai 1998, concl. ABRAHAM.

l'irrecevabilité de la requête⁴²⁹ sans encourir le risque de voir annuler sa décision pour méconnaissance de la contradiction⁴³⁰.

Par la voie des moyens relevés d'office, le juge exerce le « rôle actif qui lui revient dans le règlement des litiges »⁴³¹. Grâce à la contradiction, son intervention pouvant favoriser ou défavoriser les prétentions de la partie ne constituera pas une atteinte à l'égalité des parties⁴³² ni à la légalité des armes⁴³³. L'office du juge français est possible sans décision préalable de l'administration. Même dans le cas où le contentieux est préalablement lié, sa fonction n'est pas complètement passive. Néanmoins, dépourvu des contraintes de la décision préalable, le juge colombien dispose de plus larges pouvoirs que le juge français.

B. Le juge colombien

Dans le cas de la réparation des préjudices, la juridiction colombienne du contentieux administratif n'est pas portée à trancher un contentieux préalablement lié par l'activité administrative. Néanmoins, cela ne constitue pas un obstacle à l'office du juge. Porté à voir lier le contentieux devant lui⁴³⁴, le juge colombien dispose de larges pouvoirs fondés sur l'idée que c'est le juge qui connaît le droit (1), tout en étant limité par une notion différenciée de la cause de l'action (2).

1. C'est le juge qui connaît le droit

Le juge est censé connaître les lois (*Curia nosse leges praesumitur*) ; le droit se déduit, mais les faits se prouvent (*lura deducuntur, facta probantur*)⁴³⁵. La conjonction de ces deux principes détermine une fonction spéciale du juge à l'égard des requêtes qui lui sont présentées : les connaissances juridiques du requérant peuvent être limitées ou même imprécises ; mais, cela ne saurait pas emporter l'irrecevabilité de ses prétentions. Le juge ne serait pas porté à rejeter des requêtes pour des erreurs de droit, dans la mesure où l'application du droit est son office. Le juge serait, dès lors, porté à demander aux requérants :

⁴²⁹ Ronny ABRAHAM, « Les obligations du juge face à l'irrecevabilité d'une requête », conclusions sur C.E.f. 28 janv. 1998, *époux Merrain*, D.A. mai 1998, p. 10.

⁴³⁰ C.E.f. 29 avril 1998, *Commune de Hannappes*, Rec., p. 185 ; D. 1998, p. 535, note LEBRETON.

⁴³¹ René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd., op. cit., p. 820

⁴³² C.E.f. 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, A.J.D.A. 1999, p. 69, note ROLIN

⁴³³ Il est vrai que l'égalité des armes ne peut se voir méconnue par la non communication des documents de la juridiction, tels que les conclusions du commissaire du gouvernement ; mais, il semble que le cas est différent lorsque le juge reconnaît d'office des moyens à l'appui ou à l'encontre des prétentions du demandeur et en faveur ou en contre de la défense du défendeur. Cf. C.E.D.H. 7 juin 2001, *Mme Kress c/ France*, A.J.D.A. 2001, p. 675, note ROLIN ; D. 2001, p. 2619, note DRAGO ; J.C.P. 2001 II, 10578, note SUDRE ; P.A. oct. 2001, n° 197, note FLAUSS ; R.D.P. 2001, p. 895, note MAUBERNARD et p. 983, note PRETOT ; R.F.D.A. 2001, p. 991, note GENEVOIS et p. 1000, note AUTIN et SUDRE ; A.J.D.A. 2002, p. 9, note CHABANOL ; D. 2002, p. 2611, note ANDRIANTSIMBAZOVINA.

⁴³⁴ Avec ou sans décision administrative, le juge colombien du contentieux administratif doit réaliser une audience dite initiale (art. 108 du C.P.A.C.A.) dont l'une des étapes consiste en la fixation du litige : « Fixation du litige (...) le juge interrogera aux parties sur les faits sur lesquels ils sont d'accord, de même que sur les autres éléments de la requête, de la réforme de la requête, du mémoire en défense ou, le cas échéant, de la contre-requête. Le litige sera fixé par rapport aux réponses des parties », art. 108, n° 7 du C.P.A.C.A.

⁴³⁵ Cf. Santiago SENTIS, *El juez y el derecho (lura novit curia)*, éd. E.J.E.A., Buenos Aires, 1957, p. 26.

donnez- moi les faits, je vous dirai le droit⁴³⁶. Cela montre une fonction du juge assez libérale qui n'a pas toujours été acceptée par la juridiction colombienne du contentieux administratif et qui n'est aujourd'hui acceptée que dans certaines hypothèses.

Dès la création de la juridiction du contentieux administratif, par la loi n° 130 de 1913, celle-ci était chargée de connaître de la juridicité des actes administratifs. L'article 4 de la loi n° 80 de 1935 lui attribue le pouvoir de déclarer le rétablissement du droit lorsque l'acte administratif a causé des préjudices. Néanmoins, les contentieux contractuel et de la responsabilité extracontractuelle relevaient de la Cour suprême de justice, c'est-à-dire de la juridiction dite ordinaire. Ainsi, dans le contrôle de légalité, la juridiction du contentieux administratif appliquait un principe dispositif, conformément à l'inspiration française : les requérants doivent signaler les normes qu'ils considèrent comme méconnues par l'acte attaqué et expliquer de quelle façon elles sont méconnues.

L'attribution à la juridiction du contentieux administratif de la compétence pour trancher le contentieux contractuel et le contentieux de la responsabilité extracontractuelle de l'État⁴³⁷, par le décret n° 528 du 9 mars 1964, a signifié un bouleversement dans la conception de l'office du juge colombien⁴³⁸. Ces deux matières ne disposaient pas d'un corps normatif précis permettant à la juridiction d'exiger des requérants l'indication précise des normes ou des principes considérés comme méconnus par l'action ou par l'omission de la puissance publique⁴³⁹. Si les requérants pouvaient être censés connaître la loi, la connaissance de la jurisprudence s'avérait disproportionnée, notamment concernant les fondements de la responsabilité⁴⁴⁰. C'est pour cette raison que dans ces matières où l'administration ne se prononce pas préalablement par une décision administrative, la jurisprudence a adopté le principe *iura novit curia* signifiant que les requérants doivent porter devant la juridiction les faits à l'appui de leurs prétentions, mais que la qualification juridique de ces faits relève de l'office du juge : « (...) *le droit n'est jamais ni nouveau ni étrange pour le juge* »⁴⁴¹. Ainsi, en matière de responsabilité de la puissance publique, le requérant n'est pas obligé d'encadrer sa demande dans l'un des différents fondements de la responsabilité dont la faute du service, le risque exceptionnel, l'enrichissement sans cause ou l'égalité devant les charges publiques, car cela relève de la fonction du juge⁴⁴², alors que le requérant a présenté des faits dans

⁴³⁶ *Venite ad factum, iura novit curia* (apporte les faits, le juge connaît le droit). *Da mihi factum, dabo tibo ius*, donnez moi les faits, je te donnerai le droit.

⁴³⁷ Cela ne concerne pas seulement la responsabilité administrative, mais aussi la responsabilité pour le fait des juges et la responsabilité du fait des lois.

⁴³⁸ Ce changement dans l'office du juge est expliqué dans : C.E.c. Sentence du 9 nov. 1978, affaire n° 2401, sans C.R.

⁴³⁹ « Cette circonstance ne permettait pas la citation expresse des normes considérées comme méconnues par le fait de l'administration ou par le contrat », C.E.c. Section 3, Sentence du 14 déc. 1993, affaire n° 8019, C.R. Carlos BETANCUR.

⁴⁴⁰ En matière de responsabilité extracontractuelle « (...) *ce qui est vrai c'est qu'il n'y a pas un régime juridique positif régulant de façon précise et détaillée ce sujet* », C.E.c. Chambre plénière, Sentence du 14 fév. 1995, affaire n° S6123, C.R. Consuelo SARRIA.

⁴⁴¹ C.E.c. Sentence du 15 avril 1982, affaire n° 3158, sans C.R.

⁴⁴² « (...) *le choix entre l'un des différents fondements de la responsabilité et, par conséquent, la détermination des conditions nécessaires pour la déclaration de la responsabilité de l'État est une fonction qui doit être exercée librement par le juge (...)* », C.E.c. Chambre plénière, Sentence du 14 fév. 1995, affaire n° S6123, C.R. Consuelo SARRIA.

sa requête et ces faits ont été prouvés lors de l'instance⁴⁴³.

Cette conception de la fonction du juge a été tacitement validée par le Code du contentieux administratif de 1984 et par le Code de la procédure administrative et du contentieux administratif de 2010⁴⁴⁴. Le principe *iura novit curia* trouve un fondement constitutionnel dans l'article 228 de la Constitution de 1998, disposant la primauté du droit substantiel sur le droit processuel⁴⁴⁵. Le projet de loi statutaire de l'administration de la justice prévoyait la généralisation du principe à toutes les juridictions et pour tous types d'affaires⁴⁴⁶. Cependant, la Cour constitutionnelle a considéré qu'une telle norme processuelle devrait faire l'objet d'une loi de type ordinaire, et non d'une loi statutaire comme c'était le cas dans l'espèce. Dès lors, elle a déclaré cette norme comme étant contraire à la Constitution⁴⁴⁷.

2. Une notion différenciée de la cause de l'action

En Colombie, la détermination d'office, par le juge, des règles juridiques à l'appui des prétentions du requérant est possible en raison de l'absence de décision administrative préalable dans le cas de la responsabilité de la puissance publique non dérivée d'actes administratifs. Dans ces affaires, l'administré n'est pas porté à contester la légalité d'une décision administrative et, dès lors, la cause juridique de sa demande est constituée par les faits et les circonstances dans lesquelles le préjudice lui a été causé. De ce fait, la jurisprudence de la juridiction du contentieux administratif considère que le droit n'est pas la cause de sa demande ou *causa petendi*⁴⁴⁸, mais qu'il s'agit du titre juridique justifiant que certains faits, véritable *causa petendi*, donnent lieu à l'indemnisation demandée par le requérant comme objet de la demande.

Les faits de la demande portés à la connaissance directe de la juridiction, sans le préalable

⁴⁴³ « (...) le juge peut, conformément au principe *iura novit curia* et, à partir des faits démontrés, changer le titre juridique indiqué par les requérants », C.E.c. Section 3, 10 juillet 2003, affaire n° 14083, C.R. María GIRALDO.

⁴⁴⁴ Art. 137 C.C.A. « Contenu de la demande (...) 3. Les faits ou les omissions fondant l'action. 4 Les fondements de droit des prétentions. Lorsqu'il s'agit de la contestation de la légalité d'un acte administratif, le requérant devra signaler les normes qu'il considère comme méconnues et expliquer la façon dont il considère que l'illégalité est intervenue ». Cette norme a été reproduite à l'art. 162 C.P.A.C.A.

⁴⁴⁵ À l'égard du principe *iura novit curia* « (...) la nouvelle Constitution l'a implicitement confirmé dans la mesure où elle a imposé la primauté du droit substantiel sur le droit processuel », C.E.c. Section 3, Sentence du 14 déc. 1993, affaire n° 8019, C.R. Carlos BETANCUR. L'art. 228 Const.c. dispose que « L'administration de la justice est une fonction publique. Elle est indépendante. Son activité sera publique et permanente (...) et elle devra garantir la primauté du droit substantiel (...) ».

⁴⁴⁶ « Devoirs. Ce sont des devoirs des fonctionnaires et des employés (...) 16. Administrer la justice par l'application de la norme juridique pertinente, même si celle-ci n'a pas été relevée par les parties ou elles ont relevé une norme équivoquée », art. 153 du projet de loi statutaire n° 58/94 du Sénat et n° 264/95 de la chambre des représentants.

⁴⁴⁷ C.c.c. Sentence C-270-96, 5 fév. 1996, M.R. Vladimiro NARANJO. La décision est critiquable dans la mesure où la loi statutaire est votée par une procédure renforcée garantissant des débats supplémentaires à la loi ordinaire et, par conséquent, le renforcement des garanties ne saurait pas emporter la méconnaissance de la Constitution. La Cour constitutionnelle a eu à connaître l'intégralité de la loi statutaire de l'administration de justice dans le contrôle préalable de constitutionnalité et cette décision a trop rapidement déclaré anticonstitutionnelles des normes dont l'utilité était très importante, notamment en matière de responsabilité pour la privation injustifiée de la liberté. Dans cette décision « (...) il y a eu trop de questions à répondre dans une seule décision et peu de prudence de la part de la Cour (...) », Andrés OSPINA, "Facultades *iura novit curia* y reparación integral", V *Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005, p. 551.

⁴⁴⁸ Une sentence isolée du Conseil d'État considère que le droit est cause de la demande, mais cause modifiable par le juge alors que les faits constituent la cause non modifiable : C.E.c. Section 3, Sentence du 14 déc. 1993, affaire n° 8019, C.R. Carlos BETANCUR.

administratif, déterminent les extrêmes du litige, à côté des prétentions qui constituent l'objet de la demande. L'indication des normes ou des principes juridiques à l'appui des prétentions ne constitue pas la cause de la demande et, par conséquent, le juge pourra remplacer les normes ou les principes évoqués par le demandeur⁴⁴⁹. Le juge ne se prononce *extra* ou *ultra petita* lorsqu'il décide, par exemple, que les blessures provoquées à l'administré et pour lesquelles il demande une indemnisation ne sont pas le résultat d'une faute du service, mais d'un risque exceptionnel. L'objet du débat n'est pas le droit, mais la véracité des faits allégués par le requérant⁴⁵⁰ et la portée de l'obligation d'indemniser lorsqu'elle est établie⁴⁵¹. De même, l'énumération des faits constitue la *causa petendi* en matière contractuelle où la juridiction a pu interpréter que la prétention d'inexécution d'un contrat administratif inexistant consiste, en réalité, en la demande de réparation de l'enrichissement sans cause⁴⁵².

En revanche, lorsqu'il s'agit du contentieux de la validité des actes administratifs, la *causa petendi* est constituée par les normes que le requérant considère comme méconnues par l'acte⁴⁵³. Cela signifie, en principe, que la juridiction du contentieux administratif ne peut pas, dans cette matière, réaliser un contrôle intégral de la juridicité de l'acte dans la mesure où sa décision doit être déterminée par la cause présentée par le requérant⁴⁵⁴. En droit colombien, cette limitation de l'office du juge s'explique en raison de la présomption de juridicité des actes administratifs⁴⁵⁵, ne pouvant être contrariée que par une décision juridictionnelle et à l'issue de l'action du requérant⁴⁵⁶. En conséquence, la sentence n'a des effets de chose jugée qu'à l'égard de la cause ayant été portée au juge⁴⁵⁷. L'acte administratif peut être ultérieurement contesté juridictionnellement pour des raisons différentes de celles ayant donné lieu à la déclaration du juge⁴⁵⁸.

⁴⁴⁹ Ce principe de la juridiction colombienne du contentieux administratif se rapproche du Code français de la procédure civile disposant que le juge doit « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée », art. 12, al.2 C.P.C.f.

⁴⁵⁰ « 3. Les faits sont la "causa petendi" de la demande dans la mesure où ils sont la cause juridique fondant le droit objet des prétentions ; l'énumération des faits constitue un acte juridique définissant et précisant les termes du litige et le contenu de la sentence. La contradiction aura pour objet ces faits qui, s'ils étaient prouvés, conduiraient au succès des prétentions du requérant (...) », C.E.c. Chambre plénière, Sentence du 14 fév. 1995, affaire n° S6123, C.R. Consuelo SARRIA.

⁴⁵¹ « L'objet de la demande consiste en les prétentions et déclarations réclamées à la justice alors que la cause est le fait juridique fondant la prétention », C.S.J.c. Chambre de cassation civile, Sentence du 9 mai 1952, *Gaceta judicial*, t. LXXII, n° 2115, p. 865

⁴⁵² C.E.c. Section 3, Sentence du 28 janvier 1994, affaire n° 9072, C.R. Daniel SUAREZ ; C.E.c. Section 3, 29 janvier 1998, affaire n° 11099, C.R. Daniel SUAREZ ; C.E.c. Section 3, Sentence du 13 août 1998, affaire n° 14059, C.R. Germán RODRIGUEZ : cette sentence est fondée sur le principe constitutionnel de la primauté du droit substantiel sur le droit processuel.

⁴⁵³ C.E.c. Section 3, Sentence du 9 sep. 1982, affaire n° 2657, C.R. Jorge VALENCIA.

⁴⁵⁴ Le juge ne pourrait pas intégrer d'office la cause juridique par l'application du *lura novit curia* : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 23 juillet 1998, affaire n° 4893, C.R. Ernesto ARIZA.

⁴⁵⁵ « Puisque l'acte administratif est l'expression de la volonté de l'administration, celui-ci produit des effets juridiques et il se présume légal, exécutif et exécutoire. En conséquence, celui qui prétend l'illégalité de l'acte (...) devra respecter les exigences prévues par cette norme », C.c.c. Sentence C-197-99, 7 avril 1999, M.R. Antonio BARRERA.

⁴⁵⁶ « Il est dépourvu de toute rationalité que, tout en présumant la légalité de l'acte, le juge administratif cherche d'office les causes possibles de l'annulation des actes administratifs. D'ailleurs cette recherche prend beaucoup de temps et elle est extrêmement difficile, voire parfois impossible à réaliser, compte tenu du nombre de dispositions régissant les activités de l'administration. Par conséquent, il n'est pas déraisonnable, disproportionné ou inutile que le législateur impose cette exigence pour le requérant, ce qui contribue également à l'administration rationnelle, efficiente et efficace de la justice », C.c.c. Sentence C-197-99, 7 avril 1999, M.R. Antonio BARRERA.

⁴⁵⁷ Art. 175 C.C.A.. Le C.P.A.C.A. n'a pas une disposition semblable.

⁴⁵⁸ Il est nécessaire de rappeler que la prétention d'annulation simple des actes administratifs n'est soumise en droit colombien, à aucun terme de caducité.

Or, le juge de la validité des actes administratifs relève le moyen d'incompétence, considéré le vice le plus grave⁴⁵⁹. De plus, il est obligé de relever d'office des moyens à l'encontre de la présomption de juridicité de l'acte dans deux hypothèses :

- lorsque l'acte administratif soumis à son contrôle emporte la méconnaissance des droits constitutionnels fondamentaux des administrés⁴⁶⁰ ou lorsque la méconnaissance de la Constitution est évidente⁴⁶¹. En matière d'illégalité de l'acte, le juge administratif ne peut pas déclarer d'office l'annulation de l'acte. Il déclare sa non-application par la voie de l'exception d'illégalité ou d'inconstitutionnalité⁴⁶².

- lorsque le juge administratif réalise d'office le contrôle intégral et automatique de la juridicité des actes administratifs de caractère général pris par les autorités administratives, dans le cadre d'un état d'exception⁴⁶³.

Le détour par l'étude du déroulement du contentieux juridictionnel s'imposait, dans la mesure où la théorie de la décision préalable serait fondée sur une certaine impossibilité de l'office du juge en l'absence d'une décision administrative qui serait l'objet du contrôle juridictionnel. Il a été démontré que dans différentes hypothèses le juge français exerce sa fonction en dépit du fait que l'administration ne s'est pas préalablement prononcée sur la demande de l'administré ; que la liaison du contentieux est possible par la voie d'une décision administrative simultanée à l'instance, et que même dans le cas où la décision administrative est intervenue, le juge n'est pas complètement limité par un contentieux qui serait définitivement lié par la décision préalable. De même, l'office du juge colombien est possible, alors même qu'aucune règle semblable à celle de la décision préalable n'existe en droit colombien. Les juges français ou colombien n'exercent pas la fonction administrative lorsqu'ils tranchent *de plano* un contentieux, sur lequel l'administration n'a pas pris préalablement une décision. Avec ou sans décision administrative préalable, juger c'est juger⁴⁶⁴. Grâce au détour par le contentieux juridictionnel sans décision administrative, il est possible de mieux réfléchir sur le contentieux non juridictionnel sans décision administrative.

⁴⁵⁹ *S'agissant d'un grief d'incompétence temporaire ou ratione temporis et compte tenu du fait qu'il s'agit du vice le plus grave de l'illégalité d'un acte administratif, et sachant que les normes relatives à la compétence sont d'ordre public (arts. 121 et 122 de la Constitution), il est possible que le juge relève d'office ce grief* », C.E.c. Section 3, Sentence du 11 mai 1999, affaire n° 10196, C.R. Ricardo HOYOS.

⁴⁶⁰ La Cour constitutionnelle a considéré que l'inapplication du principe *iura novit curia* aux contentieux de la validité des actes administratifs ne méconnaît pas le principe constitutionnel de la prééminence du droit substantiel sur le processuel, tout en conditionnant la constitutionnalité de la norme à l'obligation du juge de relever d'office les moyens tirés de la méconnaissance des droits fondamentaux « 27. Cette Cour considère que s'agissant des droits fondamentaux d'application immédiate, le juge administratif doit relever d'office le moyen tiré de l'inconstitutionnalité, même si la requête ne l'a pas relevé et cela afin de garantir l'efficacité des droits fondamentaux », C.c.c. Sentence C-197-99, 7 avril 1999, M.R. Antonio BARRERA.

⁴⁶¹ « Dans les procès en annulation et rétablissement du droit, le juge ne fait pas un contrôle général de la légalité. Le juge ne doit considérer que les normes et les motivations relevées par le requérant (...) hormis le cas de la méconnaissance d'un droit fondamental ou d'une inconstitutionnalité manifeste (...) », C.E.c. Section 4, Sentence du 15 mars 2002, affaire n° 12618, C.R. Ligia LOPEZ.

⁴⁶² « Contrôle par exception. Dans les procès devant la juridiction du contentieux administratif, le juge pourra, d'office ou par la demande de la partie, déclarer l'exception d'inconstitutionnalité ou d'illégalité des actes administratifs. Cette déclaration n'aura d'effets que pour les parties de l'instance et pour l'instance en cours », art. 148 du C.P.A.C.A.

⁴⁶³ Art. 136 du C.P.A.C.A.

⁴⁶⁴ « (...) des actes qui, si l'on s'en tenait à la notion matérielle d'administration, devraient être considérés comme administratifs, deviennent actes juridictionnels, par cela seul qu'ils sont accomplis en la forme de la juridiction », Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, Sirey, 1920, rééd. Dalloz, Paris, 2004, p. 803-805.

Sous-section 2. Le contentieux non juridictionnel sans décision administrative

Au cœur même de l'identification de l'activité contentieuse de l'administration se trouve la question de l'existence du contentieux, avant même que l'administration prenne une première décision administrative. Certes, il existe la tentation d'affirmer que dans la procédure de décision préalable, l'administration exerce une fonction tellement contentieuse que la même question pourrait aussi être portée directement devant la juridiction, comme dans les cas des exceptions à la règle de la décision préalable, en droit français, ou dans le droit colombien. L'administration exercerait une fonction qualifiée de « *matériellement juridictionnelle* »⁴⁶⁵ ou de « *première instance* »⁴⁶⁶, par la voie d'un véritable « *procès* »⁴⁶⁷. Ainsi, en matière de responsabilité pour des faits administratifs, la décision administrative n'ajouterait rien à un contentieux qui serait déjà né dès la violation du droit, avant même que l'administration ne se prononce sur la demande d'indemnisation⁴⁶⁸. De ce fait, la décision administrative ne ferait que permettre la transformation d'un contentieux non juridictionnel en juridictionnel⁴⁶⁹.

Mais, il n'est pas certain que l'administration exerce une fonction contentieuse chaque fois qu'elle décide sur la demande d'un administré. Lorsque l'administration est avertie de la possibilité d'un recours juridictionnel, celle-ci peut éviter l'instance juridictionnelle en prenant une décision conforme aux prétentions de l'administré. Cependant, la prévention du contentieux juridictionnel peut être mise en place :

- tantôt par la résolution non juridictionnelle du litige, lorsque celui-ci existe,
- tantôt par la mise en place des procédures administratives améliorant la qualité de la décision administrative qui serait, de ce fait, potentiellement, moins contestable. Dans ce cas, la prévention du contentieux s'opère avant qu'il n'existe. Cela veut dire que l'identification de la fonction contentieuse dépend de l'existence du contentieux.

⁴⁶⁵ « (...) il est certaines décisions des ministres – par exemple la décision préalable au recours contentieux – qui peuvent peut-être avoir le caractère juridictionnel au point de vue matériel (...) », Roger BONNARD, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶⁶ « (...) avant le déclenchement du procès proprement dit, l'Administration, du moment que le particulier proteste contre un acte administratif ou un fait administratif, se conduit vis-à-vis de lui comme un véritable premier juge. L'Administration, en fait, est une première instance. On en trouve une preuve récente, une de plus, dans la généralisation du principe de la décision préalable, généralisation décidée par la réforme de 1953. Toute cette fonction juridictionnelle administrative est aisément décelable si l'on veut raisonner d'abord sur des critères matériels (...) », Raymond GUILLIEN, *chron. D.* 1955, XIX, p. 97

⁴⁶⁷ « (...) procès, au sens matériel, que le particulier conduit devant l'Administration (...) », Raymond GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 98.

⁴⁶⁸ Ce n'est pas la négation d'indemnité qui constitue la violation du droit « (...) c'est la révocation dont ils ont été frappés, en supposant que cette révocation est irrégulière et que cette irrégularité est susceptible de donner droit à une indemnité ; ce n'est pas la décision du conseil municipal refusant d'allouer cette indemnité qui donnera aux intéressés le droit d'être indemnisés », Léon MARIE, *Le droit positif et la juridiction administrative*, t. II, *op. cit.*, p. 683. Dans ce sens ARTUR considère que « (...) le ministre est alors saisi comme juge, quand il est saisi d'une question de droit violé, par un intéressé à qui l'on interdit de s'adresser directement à un autre tribunal (...) », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit.*, p. 502.

⁴⁶⁹ « (...) la décision administrative préalable sert à lier le contentieux en ce sens qu'elle permet de transformer le contentieux non juridictionnel de l'administration en un contentieux juridictionnel », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 225.

Certes, un droit de l'administré peut être méconnu par un fait administratif, donnant lieu à une réclamation devant l'autorité administrative. Mais, qu'il existe une réclamation ne signifie pas, en soi, qu'il existe un contentieux lié. Par conséquent, il est question de s'intéresser à la liaison du contentieux non juridictionnel (§ 1), et ensuite, à la prévention du contentieux par la décision préalable (§ 2).

§ 1. La liaison du contentieux non juridictionnel

Si on acceptait que « lier le contentieux, c'est attirer son adversaire en justice »⁴⁷⁰, la question de la liaison du contentieux non juridictionnel serait un contresens. La définition couramment acceptée de liaison du contentieux⁴⁷¹ présuppose que sans juridiction il ne peut y avoir du contentieux. Or, il est possible de trouver deux positions contraires nuant un contentieux, en dehors de la juridiction, dans le cas du contentieux devant l'administration (A), mais dans lequel celle-ci n'est pas partie et, dans certaines conditions, dans le contentieux avec l'administration (B).

A. Le contentieux devant l'administration

La liaison du contentieux se confond avec l'existence de celui-ci. Un véritable affrontement entre deux positions reste nécessaire pour que l'on puisse considérer qu'un contentieux est né⁴⁷². De même, lorsque les deux positions se retrouvent en état de confrontation, le contentieux est lié. Sans besoin qu'une décision administrative quelconque ne soit intervenue, des contentieux où l'administration n'est pas partie (1) sont liés. Dans ce cas, la liaison opère devant un tiers (2).

1. Des contentieux où l'administration n'est pas partie

Tant le droit français que le droit colombien a attribué à des autorités administratives la fonction de résolution de litiges entre des particuliers. En France, notamment, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (A.R.C.E.P.) s'est vu attribuer la fonction de trancher les contentieux nés entre les différents titulaires des licences, opérateurs du secteur des communications, en raison des négociations relatives à l'interconnexion ou des

⁴⁷⁰ Marcel WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1969, p. 157. Et le professeur WALINE ajoute que « La liaison du contentieux est donc l'acte, ou l'ensemble d'actes juridiques, à partir duquel on peut dire qu'un procès est né et qu'un tribunal est saisi de ce procès, qu'il devra juger, à moins d'un désistement du plaideur », *idem*.

⁴⁷¹ « Opération par laquelle se fixent les prétentions des parties et qui détermine le cadre du litige soumis au juge », Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., *op. cit.*, vox « Liaison du contentieux », p. 605.

⁴⁷² « Ce terme litige doit être pris au sens large, celui d'une opposition de prétentions (...) », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, 1992, p. 18.

contentieux relatifs à l'exécution des conventions d'interconnexion⁴⁷³. Dans ce cas, le contentieux est tranché par la voie des décisions administratives individuelles⁴⁷⁴. En droit colombien, par exemple, des commissions de régulation des services publics domiciliaires⁴⁷⁵ sont chargées de la résolution des contentieux entre les opérateurs privés des services publics concernant, notamment, la détermination de l'entreprise obligée d'exécuter le service public dans certaines régions du pays ou à l'égard de certains usagers⁴⁷⁶. Il s'agit d'une attribution précise n'autorisant pas l'autorité administrative à décider d'autres contentieux entre les opérateurs du service public qui ne lui sont pas expressément attribués⁴⁷⁷. De même que dans le cas français, l'autorité administrative ne se voit pas attribuer un pouvoir formellement juridictionnel et, dès lors, ses décisions contentieuses conservent la nature administrative, alors même qu'en droit français, ces décisions administratives contentieuses sont l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris⁴⁷⁸ et, pour les cas colombiens, le recours est porté devant la juridiction du contentieux administratif⁴⁷⁹.

Dans les deux cas, en droit français et en droit colombien, l'administration est portée à trancher un litige intéressant directement deux administrés. Même si l'administration s'est vu attribuer la fonction contentieuse en raison, notamment, de sa mission de régulation et des connaissances techniques particulières que ce contentieux requiert, l'administration n'est pas partie dans le litige.

2. La liaison du contentieux opère devant un tiers

Dans les cas des contentieux entre deux particuliers, l'administration décide comme un tiers à l'égard du litige : l'administration est saisie d'une prétention à l'égard d'un administré, portée par un autre particulier. Ainsi, tant le droit français que le droit colombien accepte que

⁴⁷³ Art. L 36-8 du Code des postes et des communications électroniques, modifié par la Loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 109. Cf. Laurent RICHER, « Commentaire de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *A.J.D.A.* 2000, p. 239.

⁴⁷⁴ « Enfin constituent des décisions individuelles les règlements des différends entre opérateurs réalisés par les autorités de régulation », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes, op., cit.*, p. 311.

⁴⁷⁵ Les « services publics domiciliaires » correspondent à une catégorie de création légale (loi 142 du 11 juillet 1994, établissant le régime juridique des services publics domiciliaires). Il s'agit des services arrivant au domicile des personnes dont la liste est établie par l'article 1^{er} de la loi : eau potable, électricité, gaz et téléphone, notamment.

⁴⁷⁶ « Fonctions et pouvoirs généraux des commissions de régulation (...) 9. Résoudre à la demande de l'une des parties, les contentieux entre les entreprises concernant celles devant exécuter le service à l'égard des usagers spécifiques ou dans certaines régions, et dont sa résolution n'est pas de la compétence d'une autre autorité administrative. La décision sur le litige fera l'objet d'un contrôle juridictionnel de légalité. La décision doit viser particulièrement l'objectif de minimiser les coûts du service », art. 74 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994.

⁴⁷⁷ Les fonctions contentieuses de résolution des litiges entre les opérateurs du service de télécommunications sont l'objet d'une interprétation très restrictive de la part de la jurisprudence du Conseil d'État. Ainsi, la Commission de régulation des communications n'est compétente pour trancher des contentieux contractuels entre les opérateurs, concernant les contrats d'interconnexion, que quand le contentieux implique l'atteinte à l'état de concurrence ou la qualité du service : C.E.c. Section 5, Sentence du 31 juillet 2003, affaire n° 50001-23-31-000-2003-0144-01(AC), C.R. Reinaldo CHAVARRO.

⁴⁷⁸ Il s'agit d'un recours en annulation ou en réformation, n'ayant pas d'effets suspensifs (article L. 36-8 III du Code des postes et des communications électroniques) et qui doit être porté devant la cour d'appel de Paris (article L. 36-8 IV).

⁴⁷⁹ Article 73.9 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994.

le contentieux soit entamé par un recours unilatéral d'un administré⁴⁸⁰. Cela veut dire que l'accord des parties du litige n'est pas nécessaire pour pouvoir porter le litige devant l'administration, comme serait le cas de la conciliation, de l'arbitrage ou de la médiation⁴⁸¹.

Ainsi, alors même que l'administration agit dans l'exercice de sa fonction administrative, elle décide un contentieux se liant de la même façon que le contentieux juridictionnel, dans le cas où il n'existe pas décision préalable : la prétention portée devant le tiers (administration ou juridiction) est portée à la connaissance du défenseur et le mémoire en défense lie le contentieux. Il s'agit d'hypothèses qualifiées en droit espagnol comme relevant de l'activité arbitrale de l'administration⁴⁸², dont cette dernière met en place une procédure de style triangulaire ou trilatérale⁴⁸³, pour la résolution du litige.

Or, cette forme de liaison du contentieux devant un tiers au litige peut donner l'impression que l'activité contentieuse de l'administration ne peut exister que dans les cas où elle se trouve dans une situation semblable à celle d'une juridiction à l'égard du contentieux, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas partie dans le litige. En d'autres termes, la liaison non juridictionnelle du contentieux serait seulement possible dans les cas du contentieux devant l'administration, et non dans le cas du contentieux avec l'administration.

B. Le contentieux avec l'administration

Il est vrai que le contentieux avec l'administration ne peut pas avoir lieu sans avoir obtenu une position de l'autorité administrative à l'égard de la prétention de l'administré. En principe, la position de l'administration consiste en une décision administrative expresse ou implicite, préalable ou simultanée à l'instance juridictionnelle. Mais, il est aussi possible que la position de l'administration nuant le contentieux soit simplement préparatoire d'une décision administrative qui viendrait arrêter la position de l'administration à l'égard de la prétention de

⁴⁸⁰ « I.-En cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties », art. L 36-8, al. 1 du Code des postes et des communications électroniques. Concernant les commissions colombiennes de régulation, la loi n° 142 du 11 juillet 1994 dispose que celles-ci doivent « (...) 9. Résoudre à la demande de l'une des parties, les contentieux entre les entreprises (...) », art. 74 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994.

⁴⁸¹ L'administration exerce aussi des fonctions de médiation. Mis à part le cas du défenseur des droits (art. 26 Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits), d'autres autorités administratives exercent ce genre de fonctions dans les conflits des administrés. Ainsi, les parties d'un litige entre émetteurs et intermédiaires ou entre intermédiaires et investisseurs du marché financier peuvent, par accord, faire recours à la médiation ou à la conciliation de l'Autorité française des marchés financiers (A.M.F.), d'après l'art. L. 621-19 du Code monétaire et financier. Ce n'est pas un cas de la fonction contentieuse, dans la mesure où l'administration n'est pas portée à trancher le litige : dans ce cas, le médiateur de l'A.M.F. présente une proposition de solution négociée au différend, qui ne lie pas les parties qui gardent le droit de saisir les tribunaux. Pour le droit colombien, la jurisprudence a admis que les opérateurs du service public, entreprises de services publics, peuvent contractuellement accorder que quand la commission de régulation est saisie du litige, sa fonction sera exclusivement de médiation et non d'autorité contentieuse : C.E.C. Section 5, Sentence du 24 juillet 2003, affaire n° 25000-23-25-000-2003-0821-01(AC), C.R. María HERNANDEZ.

⁴⁸² La fonction administrative arbitrale est celle que « réalise l'administration publique lorsqu'elle décide des controverses ou des conflits entre des administrés concernant des droits privés ou administratifs », Ramón PARADA, *Derecho Administrativo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 574.

⁴⁸³ FRANCISCO GONZÁLEZ, *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Pamplona, 1997, p. 525 y ss.

l'administré. La décision administrative sur le fond (1) lie le contentieux ; mais, cela ne fait pas obstacle à ce que le contentieux soit entamé à partir d'un acte administratif préparatoire (2).

1. La décision administrative sur le fond

Le sentiment d'insatisfaction d'une personne vis-à-vis de l'administration ne devient contentieux qu'en se matérialisant dans une prétention qui rencontre, à son tour, de la résistance à sa prospérité⁴⁸⁴. Cette résistance à la demande de l'administré se concrétise par la décision administrative prononcée à l'égard de la prétention de l'administré⁴⁸⁵. Il s'agit de la décision administrative sur le fond⁴⁸⁶. C'est à partir du refus d'agréer la demande de l'administré que le contentieux est lié. Pendant la procédure de la demande préalable, notamment en matière d'indemnisation, il n'y a qu'une personne affirmant avoir droit à une indemnisation parce que son droit a été violé⁴⁸⁷ et l'administration examine la demande sans que la personne sache, à proprement parler, si l'administration est d'accord ou non sur le bien-fondé de sa demande. Il n'y a aucun contentieux dans le cas où une personne demande quelque chose et l'autre ne fait que répondre par le positif ; c'est en raison de la résistance qu'un contentieux est entamé et cette résistance se concrétise seulement dans la décision administrative. En conséquence, l'administration n'exerce pas la fonction contentieuse lorsqu'elle décide de faire droit ou de refuser la demande de l'administré : l'administration exerce la fonction contentieuse lorsqu'elle tranche un contentieux né, non lorsqu'elle le fait naître par son refus.

Grâce à cette précision, il est possible de nier que le recours juridictionnel contre la décision fasse naître le contentieux⁴⁸⁸ ; le recours ne fait que le poursuivre et porter devant le juge un contentieux qui est lié en dehors de toute instance juridictionnelle⁴⁸⁹. Par conséquent, il est nécessaire de rétablir la véritable portée de la décision *Cadot* : « *Du refus du maire et du conseil municipal de Marseille de faire droit à la réclamation du sieur Cadot, il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'État de connaître* ». Cependant, ce contentieux qui « *est né entre les parties* », en raison du refus de l'autorité administrative, pourrait être aussi porté devant l'autorité administrative qui a pris la décision de refus ou devant son

⁴⁸⁴ « Le terme de différend indique, de façon générale, le heurt de deux volontés (...) Il s'agit véritablement d'un affrontement entre deux opinions (...) », Joseph JUGAULT, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, op. cit., p. 49.

⁴⁸⁵ « (...) c'est précisément par elle que s'établit le refus de donner satisfaction au demandeur », Joseph LABAYLE, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, op. cit., p. 97.

⁴⁸⁶ « Des actes définitifs : sont des actes définitifs ceux décidant directement ou indirectement le fond de l'affaire ou rendant impossible la continuation de la procédure », art. 43 du C.P.A.C.A.

⁴⁸⁷ Le droit qui peut être violé par un fait administratif : « *Et si dans un cas analogue l'autorité administrative garde le silence, comme après quatre mois le tribunal peut être saisi, le silence constitue-t-il la violation du droit ? Nous croyons que la violation existe avant cette réponse implicite faite par le législateur au lieu et place de l'administration* », Joseph LABAYLE, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, op. cit., p. 97

⁴⁸⁸ Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., op. cit., p. 208.

⁴⁸⁹ Le recours juridictionnel ne fait que manifester le contentieux : « *Le ministre, dans sa décision, ne fait que donner un corps aux prétentions de l'administration, et condenser dans un acte les éléments d'un litige qui ne prend naissance qu'en même temps que cet acte et ne se manifeste que par le recours exercé contre lui* », Jean APPLETON, *La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative*, Albert Fontemoing éd., Paris, 1898, p. 16.

supérieur⁴⁹⁰, par la procédure des recours administratifs. C'est-à-dire qu'une fois que l'on a compris que ce n'est pas le recours juridictionnel qui fait naître le contentieux, mais la décision administrative de refus, la procédure juridictionnelle ou non juridictionnelle suivie par la suite serait contentieuse⁴⁹¹. En d'autres termes, un contentieux qui est né du refus de l'autorité administrative de faire droit à la demande de l'administré ne cesserait d'exister du fait qu'il n'est pas porté au juge, mais à une autorité administrative.

2. L'acte administratif préparatoire

Dans la procédure par laquelle l'administration décide de la demande de l'administré, celui-ci ne constate l'opposition à sa demande que par la décision administrative même. Dès lors, cette procédure ne relève pas de l'activité contentieuse de l'administration. Cela ne signifie pas que, dans tous les cas où une première décision administrative n'a pas encore été adoptée, l'administration exerce une fonction nécessairement non contentieuse ou qu'aucun litige n'existe avant l'adoption de la décision administrative. Avant l'adoption de la décision administrative, une prise de position préalable est possible(a), pouvant donner lieu à un contentieux non juridictionnel dans l'élaboration de la décision (b).

a. Une prise de position préalable

Il est possible d'engager un contentieux sans qu'une décision administrative ne soit intervenue dans le cas où la procédure d'élaboration de l'acte prévoit une prise de position de la part de l'administration qui, malgré son caractère de préparatoire, engage le contentieux qui sera tranché par la décision administrative. Dans cette hypothèse, la décision administrative sur le fond ne lie pas le contentieux, mais le tranche. Le cas type de cette situation est constitué par la procédure de sanction administrative dont la personne mise en cause est notifiée des griefs arrêtés à son encontre, et cela au nom des droits de la défense⁴⁹² et du caractère équitable de la procédure⁴⁹³. Dans le contenu des griefs retenus à son encontre, la personne mise en cause reconnaît une position claire de l'administration qui peut aboutir à une décision de sanction à son égard : les griefs déterminent les faits considérés comme potentiellement fautifs et une qualification juridique de ces faits est donnée, bien qu'elle ne soit que préliminaire, en constituant l'objet de l'instruction de l'affaire⁴⁹⁴. En

⁴⁹⁰ Le recours hiérarchique existe de plein droit : C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Rec.*, p. 413 ; D. 1951, p. 593, note F.M. ; *Droit social*, 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; J.C.P. 1950, N° 5969, note P.H. ; S. 1951, III, p. 85, notes AUBY et P. de F.-R.

⁴⁹¹ « À la différence de la règle de la décision préalable qui est un moyen de prévenir les litiges, le recours administratif permet de trancher des différends déjà existants et qui résultent de l'opposition entre une prétention d'un administré et une décision de rejet de l'administration », Patrick MINDU, *La règle de la décision administrative préalable*, thèse dact., Université de Rennes, 1977, p. 11.

⁴⁹² Le droit de discuter les griefs formulés fait partie du droit de la défense, principe général du droit : C.E.f. Sect. 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier, Rec.*, p. 133 ; D. 1945, p. 110, concl. CHENOT ; C.E.f. Ass. 26 oct. 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213.

⁴⁹³ C.E.D.H. 28 octobre 1993, *Imbrioscia c/Suisse*, Série A, n° 275 § 36.

⁴⁹⁴ Le respect de la présomption d'innocence exige que la formulation des griefs soit rédigée d'une façon qu'elle ne considère pas d'ores et déjà comme établis les comportements et la responsabilité de la personne mise en cause : C.cass. Com. 1^{er} décembre 1998, *Oury*, affaire n° 1911 ; P.A. 15 janvier 1999, p. 5, note DUCOULOUX-FAVARD ; J.C.P.- E, 1999, Jur., p. 372, note GARAUD. « (...) la qualification juridique des faits, adoptée dans l'arrêté des griefs

conséquence, la défense de la personne mise en cause vise à démentir les fondements sur lesquels sont établis les griefs, à excuser sa responsabilité ou, le cas échéant, à minimiser la gravité de la sanction à encourir.

En droit français et en droit colombien, les griefs établis préalablement à la prise d'une décision de sanction ne sont pas un acte faisant grief, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un acte ne pouvant pas être déféré directement au juge ; les griefs ne font pas grief⁴⁹⁵ et, dès lors, l'administration devra poursuivre la procédure jusqu'à l'adoption de la décision sur le fond. Il n'existe pas, en droit français, une explication univoque qui puisse être déduite des explications des auteurs à l'égard de l'impossibilité de déférer au juge l'arrêté des griefs :

- soit les griefs ne modifient pas, de façon effective, l'ordonnancement juridique, ce qui serait le fait de la décision de sanction⁴⁹⁶ et, par conséquent, il s'agirait d'un acte administratif non décisoire⁴⁹⁷ ayant pour objet la préparation de la décision administrative⁴⁹⁸ ;

- soit il s'agit d'une décision administrative ; mais, préparatoire et, par conséquent, cette décision ne fait pas grief : la décision ne serait pas caractérisée par la modification effective de l'ordonnancement juridique, mais par sa destination à produire des effets en droit⁴⁹⁹ ;

- soit les griefs ne sont même pas des actes administratifs ; mais, des mesures préparatoires dont même si l'administration adopte une position, celle-ci est préliminaire ou non définitive⁵⁰⁰. Cette théorie suppose une identification de l'acte administratif avec le caractère normatif⁵⁰¹.

En droit colombien, il n'existe pas une véritable distinction entre les actes administratifs et les

(pliego de cargos), est provisoire et cela est de son essence. En effet, la finalité de la procédure disciplinaire est d'éclaircir les faits, d'établir la vérité et d'adopter une sanction par rapport aux faits établis. Par conséquent, le fonctionnaire ou l'autorité chargée d'adopter la décision finale doit pouvoir modifier totalement ou partiellement les appréciations ayant motivé l'ouverture d'une procédure de sanction », C.c.c. Sentence C-1076-02, 5 déc. 2002, M.R. Clara VARGAS.

⁴⁹⁵ Alain PIETRANCOSTA, « Début du contradictoire dans la procédure de sanction COB : quand la notification des griefs ne fait pas grief », *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} mai 2000, n°3, p. 254. Cf. C.E.f. 15 janv. 1997, *Assoc. Radio Sud-Vendée-Pictons, Rec.*, p. 20.

⁴⁹⁶ « Cet acte unilatéral est une décision administrative lorsqu'il vient affecter l'ordonnancement juridique de ceux qui sont tiers par rapport à lui, car extérieurs à l'édiction de la nouvelle norme », Olivier GOHIN, *Institutions administratives*, 5^e éd., L.G.D.J. Paris, 2006, p. 34.

⁴⁹⁷ La décision administrative exécutoire se caractérise par une « modification de l'ordonnancement juridique existant », Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, 16^e éd., L.G.D.J. Paris, 2001, p. 631.

⁴⁹⁸ « Ces actes ont, pour la plupart, pour objet de préparer les décisions », René CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., *op. cit.*, p. 511. « Il n'est pas exclu que des actes non décisaires remplissent, très naturellement du reste, la fonction de mesures préparatoires », René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd., *op. cit.*, p. 600. « Ce sont uniquement des décisions qui sont un élément de la procédure d'élaboration d'une autre décision, et qui n'ont pas d'autre effet juridique que de rendre possible l'édiction de cette décision », *ibidem*, p. 601.

⁴⁹⁹ « Pour être contestable devant le juge administratif, il ne suffit pas qu'un acte constitue une décision, c'est-à-dire une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit sans le consentement de ses destinataires, il faut encore qu'il affecte de manière suffisamment grave ou immédiate des situations ou l'ordonnancement juridique. Le juge rejette en conséquence comme irrecevables les recours visant les actes préparatoires (...) Le caractère décisaire de certains actes préparatoires ne suffit pas à ouvrir la possibilité de les contester directement devant le juge », Bertrand SEILLER, *Droit administratif*, t. 2, 4^e éd., Flammarion, Paris, 2011, p. 126.

⁵⁰⁰ « Ne prenant aucune position définitive sur la décision qui sera prise, ils sont considérés comme non normateurs, comme insusceptibles de recours (...) », Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Montchrestien, Paris, 2010, p. 282.

⁵⁰¹ « (...) certaines mesures, tout en relevant de l'action administrative, ne constituent pas des actes administratifs car elles restent non normatrices (...) tel est le cas des actes préparatoires (...) », *ibidem*, p. 275.

décisions administratives. Les actes administratifs sont définis comme la manifestation de la volonté de l'administration tendant à produire des effets en droit⁵⁰². De ce fait, les griefs préalables à la sanction sont des actes administratifs dont l'effet juridique est de permettre le prononcé d'une sanction de façon régulière, dans le respect des droits de la défense. Néanmoins, de même qu'en droit français, indépendamment de sa qualification⁵⁰³, les griefs ne font pas l'objet d'un contrôle juridictionnel direct de la juridiction administrative/du contentieux administratif, car ce sont des actes préparatoires⁵⁰⁴ de l'acte de sanction. Les vices liés aux griefs ou à l'absence de correspondance entre les griefs, à partir desquels la personne mise en cause a préparé sa défense et la sanction prononcée, ne pourront être présentés au juge qu'à l'appui de la demande d'annulation de la sanction prononcée⁵⁰⁵. Or, il existe en droit colombien la possibilité de saisir en urgence la juridiction dans le but de protéger efficacement un droit constitutionnel fondamental, notamment le droit à la procédure régulière du droit⁵⁰⁶, par la voie de l'action en tutela⁵⁰⁷. De ce fait, le juge pourrait enjoindre l'administration, afin de garantir les droits de la défense pouvant être méconnus par l'arrêté des griefs⁵⁰⁸.

b. Le contentieux non juridictionnel dans l'élaboration de la décision

La discussion engagée à la suite de la notification des griefs à la personne mise en cause lie un contentieux non juridictionnel, alors même qu'aucune décision administrative faisant grief⁵⁰⁹ n'a été adoptée. Les griefs, à la différence de la décision administrative⁵¹⁰ de sanction, peuvent être rapprochés d'une prétention de sanction à l'égard de laquelle la personne mise en cause présente la

⁵⁰² « Nous entendons par acte administratif : toute manifestation unilatérale, en principe de volonté, de ceux exerçant des fonctions administratives et tendant à produire des effets juridiques », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, op. cit., p. 131; « Les actes administratifs sont les manifestations de la volonté de l'administration tendant à modifier l'ordonnement juridique, c'est-à-dire à produire des effets juridiques », Libardo RODRIGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 16^e éd. Temis, Bogota, 2008, p. 259 ; « (...) des déclarations de volonté de l'administration destinées à produire des effets juridiques », Jaime VIDAL, *Derecho administrativo*, 13^e éd., Legis, Bogota, 2008, p. 292. La jurisprudence reproduit les définitions de la doctrine : C.E.c. Chambre plénière, Sentence du 14 juillet 1993, affaire n° AC-S53, C.R. Diego YOUNES ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 14 oct. 1999, affaire n° 5064, C.R. Manuel URUETA.

⁵⁰³ Pour le droit français : actes non décisifs, décisions non exécutoires, décisions préparatoires, mesures préparatoires. Pour le droit colombien : actes administratifs préparatoires.

⁵⁰⁴ Les « (...) actes préparatoires et ne constituent pas, par eux-mêmes, des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir », C.E.f. 4^e - 5^e SS, 15 déc. 2010, *Société Montludis*, affaire n° 334627.

⁵⁰⁵ C.E.c. Section 4, Sentence du 25 oct. 2006, affaire n° 15114, C.R. Ligia LOPEZ.

⁵⁰⁶ « La procédure régulière du droit doit être respectée dans toutes procédures judiciaires et administratives (...) », art. 29 Const.c. Ce droit couvre notamment les droits de la défense, la présomption d'innocence et la contradiction.

⁵⁰⁷ « Par l'action en tutela, toute personne pourra demander aux juges, en tout moment et en tout endroit, la protection de ses droits constitutionnels fondamentaux, lorsque ceux-ci sont méconnus ou menacés par l'action ou l'omission d'une autorité publique. Le procès de tutela sera bref et instruit avant tout autre procès en cours. Afin de protéger les droits fondamentaux, le juge pourra prononcer une injonction de faire ou de ne pas faire. (...) Cette action n'est possible que lorsqu'il n'existe aucun autre moyen judiciaire de protection, sauf quand la tutela est exercée comme un moyen transitoire afin d'éviter un préjudice irréversible. En tout état de cause, la demande de tutela devra être décidée avant l'expiration du délai de dix jours (...) », art. 86 Const.c.

⁵⁰⁸ C.c.c. Sentence T-1093-04, 4 nov. 2004, M.R. Manuel CEPEDA.

⁵⁰⁹ Si on admettait que l'établissement des griefs est une décision administrative ne faisant pas grief : Bertrand SEILLER, *Droit administratif*, t. 2, 4^e éd, op. cit., p. 126.

⁵¹⁰ À tort, la décision administrative est assimilée à une prétention, méconnaissant la portée normative et exécutoire de la décision : « (...) si l'administré n'est pas d'accord avec les prétentions de l'administration, c'est à lui que revient le devoir de se porter devant le juge », Libardo RODRIGUEZ, *Derecho administrativo general y colombiano*, 16^e éd., Temis, Bogota, 2008, p. 337.

prétention de défense et le contentieux se lie entre deux prétentions⁵¹¹. Dans certains cas, ce contentieux déjà établi entre l'administration et la personne mise en cause peut donner lieu à une transaction entraînant une solution à l'amiable⁵¹². Mais, dès lors que l'administration est portée à décider, en prenant en considération les griefs, la défense de la personne mise en cause et les preuves établies lors de l'instruction, l'administration tranche un litige et exerce une fonction contentieuse.

Ce panorama, dans lequel l'administration lie un contentieux dans la procédure de la décision administrative préalable, alors qu'elle a tranché un contentieux dans la procédure de sanction à la suite de l'établissement des griefs, demande des précisions :

- tout d'abord, du refus de faire droit à la demande préalable naît un contentieux qui doit être tranché par l'administration, par la voie des recours administratifs, ou par la juridiction, par la voie des recours juridictionnels.

- ensuite, de l'établissement des griefs et de la défense de la personne mise en cause naît un contentieux qui doit être exclusivement tranché par l'administration⁵¹³ par la décision où elle décide de sanctionner ou de ne pas sanctionner. Ce contentieux ne pourrait pas être décidé par la juridiction sans méconnaître la compétence de l'administration⁵¹⁴.

- enfin, de la contestation de la décision de sanction naît un autre contentieux qui peut être décidé par l'administration, par des recours administratifs, ou par la juridiction.

Le contentieux non juridictionnel existe avec et sans décision administrative. Avec une décision administrative, le contentieux se matérialise dans les recours administratifs. Sans décision administrative, le contentieux se matérialise dans deux hypothèses : soit, entre deux particulières, par l'existence de deux prétentions opposées (contentieux devant l'administration) ; soit entre l'administration et un administré, dans la procédure d'élaboration de l'acte, à partir de la discussion engagée par un acte préparatoire (contentieux avec l'administration). En réglant ces différents contentieux, l'administration pourrait prévenir le contentieux juridictionnel, qui reste néanmoins possible⁵¹⁵ ; mais, dans la procédure de la décision préalable, l'administration peut aussi exercer une fonction préventive non seulement du contentieux juridictionnel, mais aussi du contentieux non juridictionnel.

⁵¹¹ « La résistance constitutive de la contestation n'est rien d'autre qu'une prétention opposée à une autre prétention », Joseph JUGAULT, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, op. cit., p. 52.

⁵¹² Comme c'est prévu en matière de droit de la concurrence par l'article L. 464-2 du Code du commerce. Cf. Gilbert PARLEANI, « La transaction en droit de la Concurrence » in « Faut-il accorder à l'AMF le pouvoir de transiger ? Compte rendu du colloque organisé par l'AEDBF le 8 février 2005 » fait par Delphine SAURI, p. 5, in <http://aedbf-france.fr/COLLOQUES/resumetransactionamf.doc>, p. 7, consulté le 18 fév. 2012.

⁵¹³ L'arrêt *Cadot* précise que du refus donné à la demande préalable est né un contentieux pouvant être porté au juge ; mais, cela ne signifie pas qu'un autre type de contentieux ne pouvant pas être porté au juge ne puisse pas avoir lieu : c'est le contentieux avec l'administration pendant la procédure d'élaboration de la décision administrative.

⁵¹⁴ C.E.f. 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p. 9, note HAURIUO ; C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine*, Rec., p. 338, concl. CHARDEAU ; A.J. 1956, II, p. 312, concl. CHARDEAU et p. 398 chron. FOURNIER et BRAIBANT ; R.D.P. 1957, p. 296, note WALINE.

⁵¹⁵ Il faut rappeler que les décisions prises par l'administration en matière contentieuse n'ont pas des effets de chose jugée et peuvent être l'objet du contrôle juridictionnel des décisions administratives.

§ 2. La prévention du contentieux

Par la procédure de la décision préalable, l'administration française peut exercer une fonction préventive du contentieux, alors qu'elle n'exerce pas la fonction contentieuse. La prévention du contentieux relève du véritable précontentieux⁵¹⁶. Cela rappelle que l'activité contentieuse de l'administration ne s'exerce que quand l'administration est portée à trancher un litige déjà né. Lors de l'élargissement de la règle de la décision préalable aux tribunaux administratifs, il a été considéré que cette procédure remplissait une fonction préventive du contentieux par la mise en place d'une conciliation directe avec l'administration. En droit colombien, en l'absence de la décision préalable, cette fonction préventive est confiée à la procédure de conciliation préalable. La prévention par la décision préalable en droit français (A) se différencie de la prévention par la conciliation préalable en droit colombien (B).

A. La prévention par la décision préalable en droit français

Si l'utilité de la décision préalable se bornait à la liaison du contentieux, le maintien de cette règle dans le droit français serait difficile à justifier, alors que le contentieux peut être lié devant le juge par le mémoire en défense. Les raisons historiques ne suffisent pas à justifier la règle, mais à l'expliquer. Avant 1953, la règle de la décision préalable était destinée à la disparition⁵¹⁷. Cependant, lors de la création des tribunaux administratifs une substitution des motifs de la règle s'est opérée⁵¹⁸ : la décision préalable remplacerait la conciliation préalable existante en droit privé et permettrait à l'administration d'éviter le contentieux juridictionnel⁵¹⁹. Néanmoins, il n'est pas certain que toutes les fois où l'administration se prononce préalablement à la saisine juridictionnelle, elle exerce une fonction de conciliation. Cela n'est possible que dans le cas d'une décision administrative concertée (1), exigeant l'examen sérieux de la demande (2).

1. La décision administrative concertée

⁵¹⁶ La prévention du procès veut signifier la prévention du contentieux juridictionnel. « *La prévention du procès est un objectif aussi vieux que le procès lui-même, et l'on n'a pas attendu le terme, d'ailleurs impropre, de « précontentieux » pour se préoccuper des voies de droit qui fassent l'économie du juge* », Yves GAUDEMET, « Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », *A.J.D.A.* 1994, p. 84.

⁵¹⁷ Raymond CARRE de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, t. I, *op. cit.*, p. 805.

⁵¹⁸ « (...) *substitution de raison d'être* », Marcel WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 102.

⁵¹⁹ En droit espagnol, la règle de la décision préalable (*acto previo*), ayant des sources historiques propres (Alfredo GALLEGOS, *Poder y derecho. Del Antiguo régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVII a XIX*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 142 et suiv et 155-156), a été ultérieurement justifiée comme un mécanisme de conciliation directe : « (...) *dans les affaires où l'une des parties est l'État, l'instruction gouvernementale des affaires peut avoir les mêmes avantages que la conciliation lors des procès privés* », Ordonnance royale du ministère du Trésor public (*Hacienda*) du 9 juin 1847, *Décidant qu'il ne soit admis par aucun tribunal, des demandes judiciaires contre l'État concernant des intérêts, sans que l'affaire ne soit préalablement décidée par la voie gouvernementale*, in *Colección legislativa de España*, t. XLI, segundo cuatrimestre de 1847, Imprenta nacional, Madrid, 1849, p. 137-138. Cette Ordonnance royale s'appliquait aux affaires portées devant la juridiction judiciaire ; devant la juridiction administrative, la règle existant depuis longtemps, est confirmée par le décret royal du 20 sept. 1851.

Avertie de la potentialité d'un recours juridictionnel par la demande préalable, l'administration s'efforcerait de trouver une solution à l'amiable au contentieux⁵²⁰. Or, cette raison, ayant motivé l'élargissement de la règle de la décision préalable aux tribunaux administratifs, mérite d'être mise en doute, car elle suppose qu'il existe déjà un contentieux pouvant être réglé à l'amiable⁵²¹.

En effet, la définition même de la conciliation met en évidence des éléments qui peuvent être difficilement identifiés dans la procédure unilatérale de la décision préalable : un accord des parties visant à mettre fin au litige⁵²². Une certaine forme d'accord entre les parties se vérifierait dans le cas où l'administration décide exactement comme on le lui demandait. À chaque fois que l'administration se sépare de la demande au moment de décider, il ne s'agirait plus de l'accord, mais de la volonté exclusive de l'administration. Or, il n'est pas possible de parler de l'existence d'un litige dans le cas où l'administration examine seule la demande de l'administré qui ne rencontre pas encore d'opposition de la part de l'administration. Quand l'administré considère, par exemple, que l'un de ses droits a été méconnu par l'administration, aucun litige n'est encore né de cette seule réclamation. C'est-à-dire que, quand l'administration décide de faire droit à la demande, aucune conciliation n'est intervenue car il n'y a jamais eu de litige. La décision préalable ne tranche pas un litige, mais elle peut le prévenir⁵²³.

Cette fonction préventive pourrait être mise en place par la voie de l'élaboration concertée de la décision administrative. Malgré le caractère formellement unilatéral de la décision, rien ne fait obstacle à l'adoption d'une politique de prévention des litiges où l'administré est associé à la décision dans une véritable dialectique, dans laquelle l'administration se dérobe des excès du privilège de l'unilatéralité, en adoptant, à sa place, un certain esprit de transaction⁵²⁴ ou réflexe transactionnel⁵²⁵. Il ne suffit pas de demander des précisions à l'administré ou des preuves des faits allégués, alors que l'administré ne trouve aucun retour de la part de l'administration. L'administré doit pouvoir connaître, même

⁵²⁰ « Or, loin de la supprimer, on l'a étendue, en 1953, aux recours portés devant les tribunaux administratifs. Si on la maintient, c'est qu'elle est utile, en jouant le rôle d'un préliminaire de conciliation », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., op. cit., p. 210.

⁵²¹ « (...) la règle (...) de la nécessité d'une décision préalable pour lier le contentieux, a été instaurée dans le seul intérêt de l'administration et afin de lui permettre de régler le litige à l'amiable », C.E.f. 27 déc. 1961, *ministre des travaux publics et des finances c/ Époux Rinaldi, Rec.*, p. 859.

⁵²² « La conciliation est un mode de règlement des différends grâce auquel les parties en présence s'entendent directement pour mettre fin à leur litige, au besoin à l'aide d'un tiers (conciliateur) », Jean VINCENT et al., *Institutions judiciaires*, 7^e éd., Dalloz, 2003, p. 43.

⁵²³ La doctrine privatiste différencie les moyens de prévention du litige, des moyens de résolution d'un litige dont on trouve notamment la conciliation et la médiation « Tout d'abord, il faut distinguer les clauses de négociation des clauses de conciliation ou de médiation (...) Les premières ont simplement pour objet, en l'absence de litige, de prévoir, au besoin d'organiser, un processus de négociation, le plus souvent en vue de parvenir à une modification du contrat initialement conclu. Elles se distinguent des secondes qui tendent à la résolution d'un litige (...) », Serge GINCHARD et al, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 1008.

⁵²⁴ « L'observation aurait quelque valeur en pratique si chacun des litigants était animé d'un esprit de transaction (...) D'une part, l'Administration offre le plus souvent le visage serein d'une autorité sûre d'elle-même et n'appréciant pas être contrariée dans ses desseins ; de l'autre, le particulier a la conviction d'être écrasé par un organisme anonyme et lointain contre lequel la seule chance d'être entendu consiste dans l'attaque judiciaire », Joseph JUGAULT, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, op. cit., 1969, p. 200.

⁵²⁵ « (...) il faudrait développer le « réflexe transactionnel » dans les domaines des contrats et de la responsabilité. Pour l'administration aussi, un arrangement rapide est préférable à un long procès », CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », E.D.C.E. 1988, p. 17.

informellement, la position de l'administration à l'égard des faits, des preuves, des arguments. Il ne s'agit pas de lier le contentieux dans la mesure où l'objet de cette communication entre l'administré et l'administration, au lieu de fixer la position de l'administration à l'égard des prétentions de l'administré, est de favoriser un accord qui serait formalisé dans la décision administrative concertée qui reste, néanmoins, formellement unilatérale.

2. L'examen sérieux de la demande

L'association de l'administré à la procédure d'élaboration de la décision administrative dénote une volonté de l'administration de prendre une décision sur le fond de la question posée. Par l'adoption de décisions expresses, fruit ou non de la concertation avec l'administré, l'administration peut au moins prévenir ce genre de contentieux lié à la frustration d'un administré portant une demande à l'administration, et qui continue d'être persuadé du bien-fondé de ses prétentions, car elle n'a pas pris le soin de répondre à sa demande. C'est dans ce contexte que se matérialise l'utilité d'une motivation de qualité dans la prévention du contentieux. Par exemple, la décision motivée refusant l'indemnisation des préjudices, liés à la faute exclusive de la victime, permet à l'administré de comprendre que sa prétention ne risquerait pas d'être accueillie favorablement par le juge.

Or, une décision sur le fond, correctement motivée, suppose qu'une instruction a eu lieu. Dans cette étape, l'administration vise à établir la véracité des faits ayant causé le dommage et, le cas échéant, à déterminer la nature et l'étendue des préjudices. Cela implique qu'il peut y avoir de la contradiction, alors même qu'il n'y a pas encore de contentieux, notamment à l'égard des preuves apportées par l'administré ou de celles produites par l'administration, elle-même. C'est précisément l'instruction de la demande préalable qui va permettre à l'administration de réaliser un examen des avantages concrets de la prévention du litige, face aux coûts et aléas liés à l'instance juridictionnelle⁵²⁶.

L'instruction de l'affaire et la décision sur le fond de la demande de l'administré peuvent éviter le contentieux ; tout d'abord, dans le cas où l'administré y trouve satisfaction complète ; ensuite, dans le cas où il est persuadé que la décision administrative est correcte, même si celle-ci ne lui est pas favorable, partielle ou complètement et, enfin, dans le moins satisfaisant des scénarios pour l'État de droit, dans le cas où la complexité, le coût ou la lenteur de la juridiction lui font renoncer à contester la décision administrative. Or, rien n'empêche que l'administré conteste même juridictionnellement la décision à laquelle il a participé. Dans ce cas, l'instruction menée par l'administration et la décision expresse et bien motivée auront servi à l'affinement du contentieux : les preuves recueillies dans la procédure administrative serviront à forger la conviction du juge⁵²⁷ et la position raisonnée de

⁵²⁶ La décision administrative « pourra être attaquée par le recours contentieux ; mais l'administration étant avertie, cette décision sera très réfléchie », Maurice HAURIOU, « Droit administratif », in *Répertoire du droit administratif* – (Répertoire Bécquet), t. XIV, Paul Dupont éd., Paris, 1897, p. 16.

⁵²⁷ « Dans le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle notamment, l'instruction de la réclamation par l'administration aura nécessité que soit établie la réalité des faits qui ont occasionné un dommage. Le juge pourra,

l'administration sera clairement exprimée dans la décision administrative.

La prévention du contentieux peut être menée par la voie de la décision préalable. Il ne s'agit pas d'une conciliation mettant fin à un litige, mais d'une procédure pouvant éviter des contestations ultérieures de la décision de l'administration. En droit colombien, la fonction préventive est laissée à la procédure de conciliation préalable.

B. La prévention par la conciliation préalable en droit colombien

Face à l'encombrement des juridictions colombiennes, dès 1989 le législateur a commencé à envisager la possibilité d'une résolution volontaire des litiges par la voie de la conciliation devant le juge⁵²⁸. Cet instrument de lutte contre l'encombrement⁵²⁹ est confirmé et renforcé en 1991⁵³⁰, 1998⁵³¹ et 2001 où, l'étape de conciliation préalable est devenue une condition de l'accès à la juridiction du contentieux administratif⁵³² dans des matières où l'administration ne s'est pas encore prononcée (1); néanmoins, l'efficacité de l'accord extrajudiciaire a été conditionnée à l'homologation juridictionnelle de la conciliation (2).

1. La conciliation dans des matières où l'administration ne s'est pas prononcée

En droit colombien, en matière de responsabilité dérivée d'un acte ou d'un fait administratif ou concernant les controverses contractuelles, l'instance juridictionnelle est possible sans décision administrative préalable concernant les prétentions de l'administré. Or, il s'avère que ces matières constituent la source principale de l'encombrement de la juridiction

en conséquence, s'appuyer sur les investigations auxquelles la puissance publique se sera livrée à cet effet », Patrick MINDU, La règle de la décision administrative préalable, op. cit., p. 109.

⁵²⁸ L'art. 1^{er} du décret-loi n° 2282 de 1989 introduit dans la procédure civile une étape de conciliation dirigée par le juge, prévue à l'art. 101 du Code de la procédure civile.

⁵²⁹ « La conciliation a des conséquences directes sur l'effectivité du service public de la justice. Celle-ci contribue au désencombrement des juridictions. En effet, dans le préalable de conciliation les parties ne sont pas obligées à concilier, mais à discuter des formules de solution du conflit en dehors des juridictions. Dès lors, l'audience de conciliation offre un espace de dialogue pouvant transformer la relation entre les parties et apporter une nouvelle vision du conflit. Cela contribue à la réduction de la culture litigieuse, même dans le cas où celles-ci décident ne pas concilier », C.c.c. Sentence C-1195-01, 15 nov. 2001, M.R. Manuel CEPEDA et Marco MONROY.

⁵³⁰ L'art.2 du décret-loi 2651 du 25 nov. 1991, adopté conformément à l'art. 5 transitoire de la Constitution de 1991, prévoyait la possibilité de conciliation dans les différents procès, sauf dans le contentieux administratif, pénal et du travail.

⁵³¹ Les normes du décret de 1991 visaient expressément le désencombrement des juridictions et, par conséquent, leur application était limitée à 42 mois (art. 1^{er} du décret n° 2651 du 25 nov. 1991). Tout d'abord, l'application des normes de ce décret a été prorogée par la loi n° 192 du 29 juin 1995. Ensuite, la loi n° 287 du 4 juillet 1996 a prorogé ces normes pendant un an de plus. Enfin, la loi n° 446 du 7 juillet 1998 a adopté le cœur des normes prévues en matière de conciliation comme législation permanente, non soumise à aucun délai d'application.

⁵³² La loi n° 640 du 5 janvier 2001 prévoit la conciliation préalable obligatoire dans des matières civiles, de famille, du contentieux administratif et du travail; mais, la Cour constitutionnelle a considéré que la protection des travailleurs ne pourrait pas être garantie lors de la procédure de conciliation et que cette obligation d'un préalable de conciliation en matière de travail, prévue à l'art. 39 de la loi, contrariait la Constitution: C.c.c. Sentence C-893-01, 22 août 2001, M.R. Clara VARGAS. Le préalable obligatoire de conciliation dans les différentes matières est aujourd'hui prévu à l'art. 35 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001, modifié par l'art. 52 de la loi n° 1395 de 2010.

colombienne du contentieux administratif⁵³³, ce qui fait penser au besoin d'établir un mécanisme de prévention : la création de la règle de la décision préalable⁵³⁴ ou la résolution des litiges par la voie des recours administratifs.

Étant entendu que les autorités administratives ne sont pas autorisées à reconnaître des crédits non expressément prévus dans le budget⁵³⁵, l'instauration d'une procédure de décision administrative préalable, conçue spécialement pour la prévention des litiges en matière de responsabilité, n'est pas envisageable en droit colombien. Sans décision administrative à contester, la résolution administrative des litiges par la voie des recours administratifs n'a pas d'objet, alors même qu'en matière contractuelle la législation prévoit que le seul recours possible c'est le gracieux et il ne constitue pas un préalable obligatoire pour l'accès à la juridiction⁵³⁶.

Face à l'encombrement de la juridiction dans ces matières où l'administration n'adopte pas une décision administrative, et à l'impossibilité, au moins en termes de responsabilité, de prévoir des mécanismes administratifs de prévention et de résolution des litiges, le législateur colombien a adopté un système pré-juridictionnel de conciliation devant un tiers conciliateur. La conciliation devra être intentée avant d'engager une instance juridictionnelle en matière de responsabilité pour des actes ou des faits administratifs, ainsi qu'en matière de litiges contractuels⁵³⁷. Cette étape préalable de conciliation n'est possible que devant un agent du ministère public⁵³⁸, (procureur délégué au Conseil d'État ou procureurs juridictionnels pour des

⁵³³ En 2002, le stock de la Section 3 du Conseil d'État, chargée des matières de la responsabilité extracontractuelle et des controverses contractuelles était de 56 % en matière de responsabilité extra contractuelle et de 89 % concernant la responsabilité contractuelle : Rafael BALLEEN, et al., « Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa », *Revue Prolegómenos – Derechos y valores*, V. IX, n° 18, juillet-décembre 2006, p. 40-41.

⁵³⁴ Sous une claire influence française dans la Commission rédactrice du nouveau Code colombien de la procédure administrative et du contentieux administratif C.P.A.C.A., la Commission se posait la question : « *Est-il recommandable d'autoriser l'administration à reconnaître l'indemnisation du préjudice causé par un fait administratif, afin que la victime ne se porte devant la juridiction que pour contester, le cas échéant, l'acte administratif ayant décidé sa demande de reconnaissance et de paiement ?* Et la Commission répond : « *Cela ne devrait pas donner lieu à l'adoption d'un acte administratif, mais à la signature d'un procès verbal portant l'accord entre les parties ou l'absence d'accord (...) il s'agit d'une modalité de conciliation* », « Elementos para un nuevo Código contencioso administrativo – Documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007 », du 6 mai 2008, p. 14, in <http://190.24.134.67/pce/publicaciones/ELEMENTOS%20PARA%20UN%20NUEVO%20CODIGO%20CONTENCIOSO%20ADMINISTRATIVO.doc>, consulté le 11 janvier 2011.

⁵³⁵ Art. 345 Const.c.

⁵³⁶ « *Les actes administratifs prononcés à l'occasion de l'activité contractuelle ne pourront être contestés que par le recours en reconsidération* », art. 77 de la loi n° 80 du 28 oct. 1993, portant le statut général des contrats de l'administration publique.

⁵³⁷ L'art. 13 de la loi 1285 du 22 janvier 2009, modifiant la loi statutaire de l'administration de la justice n° 270 de 1996, dispose que l'étape préalable de conciliation est obligatoire en matière d'annulation et rétablissement du droit, de la réparation directe des préjudices et des controverses contractuelles. Dès lors, est irrecevable (art. 36 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001) la requête n'apportant pas la preuve de la réalisation de l'audience de conciliation se finissant sans accord ou du fait que l'audience ne s'est pas déroulée pendant les trois mois après la demande de conciliation. Le requérant pourra aussi présenter directement la requête dans le cas où il méconnaîtrait le domicile de l'autre partie

⁵³⁸ L'art. 23 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001 disposait que la conciliation pré-juridictionnelle en matière administrative pouvait se dérouler aussi devant les conciliateurs des centres de conciliation autorisés à concilier dans cette matière. La Cour a considéré que la compétence permanente des conciliateurs des centres de conciliation méconnaissait l'art. 116 n'autorisant les particuliers à administrer la justice que de façon transitoire et non permanente : C.c.c. Sentence C-893-01, 22 août 2001, M.R. Clara VARGAS. Or, la décision considère, à tort, que les conciliateurs administrant la justice de façon permanente par le fait d'être dans les listes des conciliateurs des centres de conciliation : « *Parce que d'après l'article 116 de la Constitution politique ce sont les conciliateurs qui*

affaires administratives devant les autres juridictions du contentieux administratif), censé veiller à la protection de la juridicité, de l'intérêt et du patrimoine public, lors des procédures de conciliation⁵³⁹. Devant ce fonctionnaire, l'administré, l'administration ou les deux conjointement doivent demander, dans le délai de caducité des prétentions⁵⁴⁰, la tenue d'une audience de conciliation⁵⁴¹. Cette demande de conciliation doit préciser les faits qui feront l'objet de la discussion et apporter les preuves des faits⁵⁴², ce qui n'empêche pas au conciliateur de demander la production de preuves supplémentaires⁵⁴³.

Lors de l'audience, le conciliateur tente de rapprocher les parties en leur proposant des formules d'accord de conciliation que celles-ci doivent examiner : la négative injustifiée à prendre en considération une proposition de conciliation peut donner lieu à l'imposition d'une amende semblable à celle imposée pour non-comparution à l'audience de conciliation⁵⁴⁴. Les deux hypothèses constituent une faute disciplinaire du fonctionnaire public. L'accord de conciliation ne doit porter que sur des matières dont la transaction est possible⁵⁴⁵, notamment des questions économiques et, par conséquent, la validité des actes administratifs ne peut pas être l'objet de l'accord de conciliation⁵⁴⁶.

Devant le conciliateur, les parties acceptent ou nient les faits et les prétentions de

son chargés d'administrer la justice de manière transitoire et non les centres de conciliation. La fonction de ceux-ci est limitée à organiser les audiences dans ses locaux (...) La décision de la Cour confond l'exercice permanent de la fonction juridictionnelle avec la circonstance d'être disposé constamment à exercer cette fonction, dans le cas où ils sont choisis », Opinion dissidente des magistrats Marco MONROY, Jaime CORDOBA, Rodrigo ESCOBAR et Eduardo MONTEALEGRE à la Sentence C-893-01, *cit.*

⁵³⁹ « *La conciliation administrative ne peut être intentée que devant les agents du ministère public attribués à la juridiction du contentieux administratif. Cela implique une plus grande intervention du conciliateur pour la protection de l'intérêt général, la juridicité du procès et les droits fondamentaux* », C.c.c. Sentence C-1195-01, 15 nov. 2001, M.R. Manuel CEPEDA et Marco MONROY, § 7.4.

⁵⁴⁰ Pour la prétention d'indemnisation d'un dommage provoqué par un acte administratif, le délai est de 4 mois (art. 136, al. 2 du C.C.A. et art. 138 et 164, n° 2, §d du C.P.A.C.A.) ; 2 ans pour les prétentions de responsabilité extracontractuelle et pour les controverses contractuelles (art. 136, al. 8 et 10 du C.C.A. et art. 164 n° 2, § i-j du C.P.A.C.A.).

⁵⁴¹ Art. 37 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001. La demande conjointe de conciliation constitue une première volonté d'accord entre l'administration et l'administré. Il est possible, dans cette hypothèse, que les parties se soient mises d'accord au fond préalablement ; mais, ne pouvant pas réaliser un accord sans l'intervention du ministère public, la conciliation ne cherche qu'à formaliser l'accord déjà établi.

⁵⁴² Art. 1 § 3 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001.

⁵⁴³ Art 25 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001.

⁵⁴⁴ « *L'absence injustifiée des parties ou de ses avocats à l'audience de conciliation, de même que la négative injustifiée à discuter les propositions de conciliation seront sanctionnées avec une amende allant jusqu'à 10 fois le salaire minimum mensuel (SMIC)* », art. 64 de la loi n° 446 du 7 juillet 1998, modifiant l'art. 64 de la loi n° 23 du 21 mars 1991 et art. 14 du décret 2511 de 1998, en matière de conciliation en matière du contentieux administratif. Les sanctions sont aujourd'hui prévues aux articles 22 et 35 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001, modifié par l'art. 52 de la loi 1395 de 2010.

⁵⁴⁵ « *De même, il est possible d'affirmer que la conciliation ne peut concerner des affaires relatives à l'ordre public, la souveraineté ou l'ordre constitutionnel ou des matières liées à la légalité des actes administratifs* », C.c.c. Sentence C-893-01, 22 août 2001, M.R. Clara VARGAS.

⁵⁴⁶ L'art. 8 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001 dispose que la conciliation ne peut pas concerner la juridicité des actes administratifs ou porter sur des affaires tributaires ou sur des droits certains et indiscutables. Ainsi, en matière de la responsabilité dérivée des actes administratifs, l'accord ne peut porter que sur l'indemnisation et non sur la juridicité de l'acte. Or, sans négocier la juridicité de l'acte, l'abrogation administrative de l'acte pourrait, le cas échéant, être accordée dans la conciliation, conformément au n° 3 de l'art. 9 du décret 1716 du 14 mai 2009. Sur les matières exclues de transaction en droit français : Géraldine CHAVRIER, « *Réflexions sur la transaction administrative* », *R.F.D.A.* 2000, p. 548.

l'autre partie⁵⁴⁷, établissant dès lors les bases du désaccord et d'un éventuel accord. Lorsque des positions opposées se sont manifestées au cours de l'audience, la conciliation préalable devant le tiers conciliateur constitue un mécanisme de résolution des différends à l'amiable. Avec l'adoption d'un accord de conciliation, les parties reconnaissent qu'il y avait un différend qui s'est manifesté au cours de la discussion, mais qu'il sera définitivement tranché par l'accord auquel ils sont parvenus. En revanche, lorsque l'audience se déroule sans opposition, la conciliation préalable est un mécanisme de prévention des litiges qui ne cherche qu'à surmonter l'impossibilité d'une entente directe avec l'administration⁵⁴⁸. Grâce à la conciliation pré-juridictionnelle, la lutte contre l'encombrement des juridictions par la diminution de nouvelles instances engagées est accompagnée d'une réduction des frais lorsque la puissance publique reconnaît rapidement les faits, en évitant des dépenses liées à l'instance juridictionnelle et aux intérêts causés par les condamnations éventuelles⁵⁴⁹.

2. L'homologation juridictionnelle de la conciliation

L'intervention d'un conciliateur du ministère public ne suffit pas à déterminer l'efficacité de l'accord auquel les parties sont parvenues. Il est vrai que le conciliateur doit veiller au respect de l'intérêt et du patrimoine public ; mais, il ne pourra pas s'opposer à la conclusion d'un accord qu'il considère contraire à ces valeurs. La conciliation reste, avant tout, un accord entre les parties et la volonté du conciliateur n'est pas de l'essence de la conciliation⁵⁵⁰. Au cours de l'audience de conciliation, le conciliateur devra mettre en garde les parties des éventuels vices de l'accord⁵⁵¹ et, le cas échéant, lors de la conclusion de l'accord, le conciliateur devra émettre ses réserves dans le procès verbal⁵⁵².

Or, l'accord de conciliation doit être soumis à l'approbation juridictionnelle dans les

⁵⁴⁷ Le déroulement de l'audience de conciliation en matière administrative est régulé par l'art. 9 du décret n° 1716 du 14 mai 2009.

⁵⁴⁸ Aucun litige n'existe entre une personne demandant une indemnisation d'un préjudice provoqué par un fait administratif et l'administration qui veut indemniser l'administré, mais qui est obligé de passer par la conciliation car il ne peut pas reconnaître unilatéralement des crédits non prévus au budget.

⁵⁴⁹ La conciliation pré-juridictionnelle emporte plusieurs avantages, notamment « (...) (i) l'épargne patrimoniale des autorités et des organes publics; (ii) la contribution au désencombrement des juridictions, et (iii) la protection effective et la garantie des droits des citoyens », Alejandro ORDOÑEZ, *Conciliar antes de demandar, Guía para la presentación y trámite de las conciliaciones extrajudiciales en asuntos de lo contencioso administrativo*, p. 6, in http://www.procuraduria.gov.co/descargas/Conciliación-en-lo-Contencioso-Administrativo/Manual/Cartilla_conciliacion02.pdf, consulté le 13 mai 2011.

⁵⁵⁰ Ainsi, la conciliation est définie comme un « (...) mécanisme permettant aux parties en conflit ou en litige, concernant des affaires susceptibles de transaction ou de renonciation, de le résoudre par un accord qui aura des effets de chose jugée », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *op. cit.*, p. 445.

⁵⁵¹ « a) L'agent du ministère public dirige librement l'audience de conciliation, visant à garantir les principes d'impartialité, d'équité, de justice et de légalité », Alejandro ORDOÑEZ, *Conciliar antes de demandar, Guía para la presentación y trámite de las conciliaciones extrajudiciales en asuntos de lo contencioso administrativo*, *op. cit.* p. 15.

⁵⁵² L'accord de conciliation doit être établi par écrit et remplissant certaines conditions : il doit identifier les parties, préciser les faits, préciser le déroulement des discussions et, le cas échéant, préciser les obligations qui sont nées de la conciliation. Le contenu du procès verbal est défini par l'art. 24 et 27 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001.

trois jours suivant la conclusion de l'accord⁵⁵³. L'objet du contrôle juridictionnel est double : d'un côté, le contrôle cherche à garantir que les conciliations pré-juridictionnelles ne méconnaissent ni la juridicité ni lèsent le patrimoine public⁵⁵⁴. D'un autre côté, l'homologation juridictionnelle vise à octroyer de pleins effets à la conciliation : d'un point de vue processuel, l'accord homologué aura des effets de chose jugée et aucune instance entre les mêmes parties et pour les mêmes faits ne pourra pas être engagée ultérieurement. D'un point de vue substantiel, l'administration pourra réaliser des paiements non prévus dans le budget, au titre de la chose jugée et le fonctionnaire public dont sa faute grave aurait été la cause du préjudice indemnisé, pourra être poursuivi aux fins d'obtenir le remboursement⁵⁵⁵.

Lorsque la juridiction n'homologue pas l'accord de conciliation, l'instance juridictionnelle sur le fond est désormais ouverte⁵⁵⁶, de même que si les parties ne sont parvenues à aucun accord⁵⁵⁷, lorsqu'il subsiste des points qui n'ont pas été objet de la conciliation, dans le cas d'une conciliation partielle, ou lorsque le préalable de conciliation n'a pas eu lieu dans les trois mois suivant la demande de conciliation, sans besoin de présumer une quelconque décision ou que la conciliation a échoué. Dans toutes ces hypothèses, une demande de conciliation est déposée ; mais, pour différentes raisons, la juridiction est finalement saisie du litige. Or, l'action juridictionnelle peut être déposée directement dans le cas où le demandeur déclare ignorer le domicile du défendeur⁵⁵⁸ ou lorsqu'il sollicite des mesures conservatoires, pouvant être ordonnées uniquement par le juge⁵⁵⁹.

Conclusion du Chapitre

De prime abord, la comparaison entre le droit français et le droit colombien en matière de décision préalable donnerait comme résultat un constat assez simple : cette règle n'existe pas en droit colombien où l'engagement d'un contentieux juridictionnel est possible sans qu'aucune décision administrative ne soit intervenue. En droit français, la règle admet de nombreuses exceptions plaçant le juge français dans une situation semblable à celle du juge

⁵⁵³ En matière du contentieux administratif, les procès verbaux contenant des conciliations doivent être transmis dans les trois jours suivant sa conclusion, à la juridiction qui aurait été compétente pour trancher le litige, afin que celle-ci donne ou refuse son approbation : art. 24 de la loi 640 de 2011 et art. 73 de la loi n° 446 du 7 juillet 1998.

⁵⁵⁴ « (...) afin de protéger la légalité et les intérêts patrimoniaux de l'État, la conciliation administrative doit être approuvée juridictionnellement », C.c.c. Sentence C-1195-01, 15 nov. 2001, M.R. Manuel CEPEDA et Marco MONROY.

⁵⁵⁵ L'art. 90 de la Const.c. dispose que les fonctionnaires publics ayant donné lieu à une condamnation pécuniaire de la puissance publique, en raison de leur comportement intentionnel ou gravement fautif, devront rembourser les sommes payées par l'autorité publique. Le remboursement est demandé par la voie de l'action de répétition, régulée par la loi n° 678 du 3 août 2001 et par l'art. 142 du C.P.A.C.A. Le remboursement est notamment demandé dans le cas des condamnations liées à l'activité contractuelle (art. 4, n° 7 de la loi n° 80 de 1993) ou à la réparation des victimes des viols des droits de l'homme (art. 12 de la loi n° 288 du 5 juillet 1996). Le remboursement est dû dans le cas d'une condamnation juridictionnelle ou d'une conciliation (art.8 de la loi n° 678 du 3 août 2001) et cela est conforme avec la Constitution: C.c.c. Sentence C-338/06, 3 mai 2006, M.R. Clara VARGAS.

⁵⁵⁶ « (...) quand la loi oblige aux parties à tenter la conciliation du conflit avant de faire recours à la juridiction, cette exigence ne dénature pas le caractère consensuel de la conciliation dans la mesure où les parties peuvent refuser l'accord si celui-ci ne leur convient pas. De même, l'accès à la juridiction n'est pas méconnu puisqu'une fois que la tentative de conciliation a échoué, les parties peuvent porter le litige devant le juge », C.c.c. Sentence C-417-02, 28 mai 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁵⁵⁷ Art. 35 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001.

⁵⁵⁸ Cette hypothèse opère dans le cas où l'administration agit en tant que demandeur.

⁵⁵⁹ Ces hypothèses sont prévues aux n° 3-6 de l'art 35 de la loi n° 640 du 5 janvier 2001.

colombien. Cela démontre que la décision préalable n'est pas un impératif technique alors que les requérants ne semblent pas complètement familiarisés à cette prérogative historique de l'administration française⁵⁶⁰. Néanmoins, au-delà de cette simple comparaison, l'étude des fondements de la règle de la décision préalable et des raisons pour lesquelles une règle semblable n'existe pas en droit colombien et ne pourrait pas exister ont permis de fonder les bases de l'identification de l'activité contentieuse de l'administration :

Tout d'abord, le contentieux juridictionnel et non juridictionnel existe sans besoin qu'aucune décision administrative ne soit intervenue. Dans le cas du contentieux non juridictionnel, celui-ci a lieu lorsque deux prétentions opposées des particuliers sont soumises à la décision de l'autorité administrative ou lorsque, dans la procédure d'élaboration de la décision administrative, l'administration adopte une position préliminaire pouvant engager le contentieux avec l'administré et qui sera tranché par la décision administrative. Tel est notamment le cas de la procédure de sanction, précédée de la discussion des griefs.

Ensuite, dans la procédure de la décision préalable, n'existant pas encore un contentieux pouvant être tranché et, par conséquent, bien que l'administration n'exerce pas la fonction contentieuse, l'administration peut prévenir le contentieux en améliorant la procédure d'élaboration de la décision. Cette fonction préventive sera possible grâce à l'association de l'administré à l'élaboration de la décision et à l'examen sérieux de la demande. De véritables échanges avec l'administré contribuent à l'adéquation de la décision à la réalité des faits. De plus, grâce à la motivation de la décision, l'administré pourrait, même dans le cas d'une décision négative, décider de ne pas contester juridictionnellement la décision, en ayant pleinement mesuré les chances de succès de son recours.

Enfin, le contentieux non juridictionnel peut être engagé à partir de la contestation de la décision administrative, par la voie des recours administratifs. Mais, l'existence d'un recours contre l'acte administratif ne suffit pas à affirmer que cette procédure matérialise le contentieux et que l'administration exerce la fonction contentieuse chaque fois qu'un recours administratif est exercé contre une décision administrative. Afin de déterminer la fonction contentieuse des recours administratifs, il est nécessaire de s'intéresser à eux, plus en profondeur.

⁵⁶⁰ « (...) on est surpris par la fréquence de l'irrecevabilité des recours de ce chef », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd., *op. cit.*, note 72, p. 226.

Chapitre 2. Les recours administratifs

Les recours administratifs représentent l'un des mécanismes les plus anciens du droit administratif. Ancêtre des recours juridictionnels¹, les recours administratifs sont encore aujourd'hui présents dans le droit administratif français et colombien, en cumulant différentes fonctions. Afin de préciser les différentes fonctions des recours administratifs, notamment la fonction contentieuse, il est nécessaire d'établir, préalablement, une définition des recours administratifs devant être tantôt suffisamment générale pour qu'elle puisse être compatible avec les différentes fonctions, tantôt suffisamment précise pour pouvoir différencier les recours administratifs d'autres procédures voisines. Les recours administratifs sont des mécanismes exercés à l'initiative d'un administré qui conteste un acte administratif², en saisissant l'autorité administrative³ ayant la compétence pour le modifier ou le faire disparaître⁴, c'est-à-dire l'autorité qui a pris l'acte, son supérieur ou une autre autorité s'étant vu confier cette fonction alors même qu'elle n'est pas le supérieur hiérarchique.

Grâce à cette définition générale, il est possible de différencier les recours administratifs des demandes de déferé préfectoral dans la mesure où le préfet ne dispose plus du pouvoir de rapporter la décision de la collectivité territoriale⁵; des demandes de médiation, notamment au défenseur des droits et des demandes portées devant une instance ne disposant qu'un pouvoir d'avis sur la question. Ainsi, la saisine de la commission d'accès aux documents administratifs, émettant un avis sur la communicabilité des documents, mérite une précision. Il est vrai que la saisine de la commission est un préalable obligatoire du recours juridictionnel⁶. Il est aussi vrai que l'assimilation de cette saisine au recours administratif peut avoir une certaine utilité pédagogique⁷. Que les avis de la commission sont normalement suivis

¹ L'art. 3 de la loi des 7-14 octobre 1790 dispose : « *Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux. Elles seront portées au roi, chef de l'administration générale* ». Cette norme a permis de fonder le recours pour excès de pouvoir : C.E.f. 2 mars 1832, *Dellier et consorts, Rec.*, p. 531. Cf. Jean-Louis MESTRE, « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *E.D.C.E.*, n° 43, 1991, p. 281-298. Encore, en 1937, une thèse soutenait que le Conseil d'État exerçait une fonction matériellement hiérarchique et « (...) que cet élément hiérarchique qui se mêle au contrôle juridictionnel exercé par le Conseil d'État fait son originalité, l'intérêt et la supériorité de la justice administrative française », René LADREIT de LACHARRIERE, *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, Sirey, Paris, 1937, p. 10. Pierre LAMPUE, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis les origines jusqu'au début du XXe siècle », *R.I.S.A.*, p. 359.

² « *Il n'y a pas recours administratif si le requérant ne conteste pas la validité ou l'opportunité d'un acte administratif* » Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.*, I, 1955, p. 117.

³ « *Il s'agit des recours portés devant une autorité administrative statuant en tant que telle* », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, Paris, 1992, p. 15.

⁴ Il s'agit du retrait ou de l'abrogation pour le cas français et de l'abrogation pour le cas colombien.

⁵ Cf. Olivier GOHIN, *Institutions administratives*, 5^e éd., L.G.D.J. Paris, 2006, p. 749.

⁶ C.E.f. 19 fév. 1982 *Mme. Commaret, Rec.*, p. 78 ; *A.J.D.A.* 1982, p. 375, chron. TIBERGHEN et LASSERRE ; *R.A.* 1982, p. 277, note PACTEAU ; *D.* 1983 p. 24, note LAVESSIERE.

⁷ « *Si l'on assimile à un recours administratif la demande adressée à la Commission d'accès aux documents administratifs, ce qui est très souhaitable bien que cet organisme n'émette qu'un avis (...)* », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative, op. cit.*, note 148, p. 323.

par l'administration⁸ et, par conséquent, la saisine préalable de la commission peut avoir un effet de prévention du contentieux⁹. Qu'il est aujourd'hui presque unanimement considéré que la saisine de cette commission est un recours administratif¹⁰. Cependant, la commission d'accès aux documents administratifs ne dispose pas du pouvoir d'ordonner la communication des documents et, dès lors, celle-ci ne décide pas un recours administratif. La seule façon d'admettre que ce préalable est un recours administratif¹¹ serait de considérer qu'il s'agit d'un recours porté, par l'intermédiaire de la commission d'accès aux documents administratifs, devant l'autorité administrative qui a le pouvoir de suivre l'avis de la commission : de retirer la décision de refus et d'ordonner la communication du document¹². Dans ce cas, il s'agirait d'un recours administratif « médiatisé »¹³. Or, aujourd'hui, le seul avis de la commission suffit pour avoir accès au juge¹⁴, sans avoir besoin d'attendre la confirmation de refus de communication de la part de l'autorité administrative et le recours juridictionnel se dirige à annuler le premier refus, conformément à l'avis prononcé par la commission d'accès aux documents administratifs¹⁵. En conséquence, la saisine de la commission est, certes, un préalable obligatoire¹⁶, mais ce n'est pas un recours administratif. Pour les mêmes raisons, n'est pas non plus un recours administratif la demande préalable d'avis devant la Commission de refus de visas¹⁷, alors même qu'elle est très efficace dans la pratique¹⁸. De même, il est des demandes conservant le délai du recours juridictionnel, ne pouvant pas, pour autant, être rangées dans

⁸ « (...) l'administration n'est pas en droit tenue de se conformer à ses avis ou de suivre ses conseils (même si, en réalité, elle le fait environ neuf fois sur dix) », *idem*.

⁹ « (...) il nous semble très satisfaisant que la jurisprudence du Conseil d'État, suivie par le pouvoir réglementaire, ait estimé qu'en cas de refus de communication, la saisine de la Commission constitue un recours administratif préalable obligatoire : ainsi la Commission d'accès aux documents administratifs peut jouer et joue un rôle utile de filtrage et de prévention du contentieux ; aussi bien, le contentieux des refus de communication devant le juge administratif, sans être négligeable, est beaucoup moins abondant que si n'existait pas l'écran de la Commission d'accès aux documents administratifs », Jean-Paul COSTA, « La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) », *R.F.D.A.* 1996 p. 184.

¹⁰ Cette nature est acceptée notamment par : Didier TRUCHET, « Recours administratif », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, octobre 2000, p. 8.

¹¹ Sans être conduit à élargir la notion de recours administratif comme l'a fait le professeur TRUCHET : « Un recours administratif conduit l'autorité saisie à un nouvel examen de l'affaire qui lui est soumise, à l'issue duquel elle doit prendre une décision, ou parfois rendre un avis », *ibidem*, p. 19.

¹² Tel était le sens originel de l'art. 7 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 disposant qu' « (...) En cas de refus exprès ou tacite, l'intéressé sollicite l'avis de la commission prévue à l'article 5. Cet avis doit être donné au plus tard dans le mois de saisine de la commission. L'autorité compétente est tenue d'informer celle-ci de la suite qu'elle donne à l'affaire dans les 2 mois de la réception à cet avis. Le délai du recours contentieux est prorogé jusqu'à la notification à l'administré de la réponse de l'autorité compétente (...) ».

¹³ « Cette prorogation du délai du recours contentieux confirme le caractère de recours administratif « médiatisé » de la procédure prévue (...) », Patrick DIBOUT, « La liberté d'accès aux documents administratifs », *R.A.* 1979, note 112, p. 36.

¹⁴ Mais la requête est aussi recevable avant, à la condition que l'avis intervienne avant la décision de première instance : C.E.f. 12 février 1988, *Humbrecht*, n°62332. Cet arrêt est prononcé à l'époque où la confirmation de refus de l'autorité administrative était requise pour pouvoir saisir le juge.

¹⁵ Par exemple : C.E.f. 4 fév. 2011, *Mme. Brigitte A*, n° 337476.

¹⁶ « La saisine pour avis de la commission est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux », dernier alinéa de l'art. 20 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, modifié par l'art. 9 de l'ordonnance n°2009-483 du 29 avril 2009.

¹⁷ « (...) La saisine de cette commission est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux, à peine d'irrecevabilité de ce dernier », art. D. 211-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Lorsque la commission confirme le refus de visa, il s'agit d'une décision se substituant à la décision consulaire initiale, alors que quand son avis est favorable à l'étranger, il ne s'agit que d'une recommandation au ministre. N'ayant pas dès lors à adopter une décision confirmative, la commission de refus de visa ne décide pas un recours administratif, même si sa saisine est un préalable obligatoire.

¹⁸ « Les recommandations d'attribution de visa ont été suivies en 2007 dans un peu plus de 50 % des cas d'une décision favorable du ministre » CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 2008, p. 159. De plus, en 2007, seulement 9,89 % des recours exercés devant la commission ont donné lieu à un recours juridictionnel ultérieur, *ibidem*, p. 41.

les recours administratifs¹⁹.

Ayant délimité les recours administratifs à ceux portés devant l'autorité administrative compétente pour modifier, retirer ou abroger l'acte objet du recours, il est maintenant possible de se pencher sur l'étude des fonctions des recours administratifs. À cette fin, toute discussion tranchée sur la nature exclusivement non contentieuse ou exclusivement contentieuse des recours administratifs conduit à des résultats artificiels. En effet, cela méconnaît que les recours administratifs sont devenus, au fil du temps, une sorte de « *minotaure* »²⁰ juridique, pouvant remplir plusieurs fonctions à la fois. Ainsi, ils représentent des instruments pour les intérêts de l'administration, de la juridiction et des administrés²¹. Le recours administratif n'est, en soi, ni contentieux ni non contentieux ; il remplit des fonctions en raison de sa configuration particulière. Traditionnellement, les recours administratifs sont expliqués à partir de leurs fonctions non contentieuses (**Section I**). Il est dès lors nécessaire de préciser la fonction contentieuse des recours administratifs (**Section II**).

Section I. Les fonctions non contentieuses des recours administratifs

Conformément à la vision juridictionnelle du contentieux, toutes les compétences et les procédures administratives remplissent des fonctions non contentieuses, alors que les juridictionnelles bénéficient d'une présomption de principe de nature contentieuse. Cette nature non contentieuse se matérialise par l'absence de garanties processuelles pour le requérant qui n'exercerait qu'une simple pétition. Même lorsque des garanties processuelles sont reconnues aux administrés, la procédure ne viserait qu'à la consolidation de la position définitive de l'administration, et non à la résolution d'un litige.

En droit français, les recours administratifs ne sont pas, en principe, un préalable obligatoire à la saisine du juge et le requérant reste en liberté pour porter son recours à l'administration ou directement au juge. Ce n'est que par exception, que des textes spéciaux prévoient, dans un certain nombre de cas, que l'exercice des recours est une condition de l'accès au juge. On parle dans le premier cas des recours administratifs facultatifs et, dans le second, des recours administratifs préalables obligatoires. En revanche, en droit colombien, l'exercice du recours administratif en appel est, lorsqu'il est possible, le préalable obligatoire à la saisine du juge. Quand ils sont facultatifs, les recours administratifs sont des moyens d'expression de l'administré (**Sous-section 1**). Quand ils sont obligatoires, les recours administratifs s'introduisent dans la procédure administrative, permettant l'élaboration de

¹⁹ Tel est le cas de la demande de communication des motifs de la décision implicite, en raison de laquelle « (...) *le délai du recours contentieux est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs auront été communiqués* », art. 5 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979. De même, sans être un recours administratif, la demande de déferé préfectoral conserve le délai du recours juridictionnel : C.E.f. 25 février 1991, *Brasseur*, R.F.D.A. 1991, p. 587, Concl. STIRN, p. 594, note DOUENCE ; A.J.D.A. 1991, p. 351 chron. SCHWARTZ et MAUGÛE.

²⁰ Pascale FOMBEUR, « Référé-suspension et recours administratif préalable obligatoire. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 12 octobre 2001, Société Produits Roche », R.F.D.A. 2002 p. 315.

²¹ L'ordre choisi s'explique en raison de l'évolution historique des justifications données aux recours administratifs.

l'acte administratif faisant grief (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. Des moyens d'expression de l'administré

Les recours facultatifs du droit français sont conçus comme une pétition adressée à l'administration (§ 1). Dès lors, l'autorité administrative ne se considère pas contrainte à instruire le recours et à le décider. Quand l'administration décide de contrôler l'acte administratif objet du recours, celui-ci ne serait qu'une simple demande de mettre en œuvre des pouvoirs dont l'administration dispose indépendamment du recours (§ 2).

§ 1. Une pétition adressée à l'administration

L'abandon de la théorie du ministre-juge a déterminé durablement le sort des recours administratifs en droit français. Sous cette théorie, des recours qui seraient considérés aujourd'hui comme des recours administratifs préalables obligatoires ont été tenus par une première instance juridictionnelle. Pour abandonner cette théorie, les recours administratifs ont été séparés de leurs garanties processuelles et leur caractère simplement facultatif est énoncé : la décision administrative contraire à la demande préalable de l'administré donne naissance à un litige pouvant, au choix de l'administré, être porté directement au juge²² ou devant l'administration²³. Niée la nature juridictionnelle du recours exercé devant le supérieur hiérarchique, le recours administratif n'est plus considéré comme un recours parallèle au recours juridictionnel²⁴, même lorsqu'il est exercé simultanément avec le recours juridictionnel. De même, la crainte du rétablissement du ministre-juge est à la base de la suspicion à l'égard des recours administratifs préalables obligatoires²⁵ qui sont établis, par exception à la règle du caractère facultatif, par des textes spéciaux.

Or, la fin de la théorie du ministre-juge n'a pas seulement déterminé le caractère facultatif des recours administratifs. À la différence des recours juridictionnels, les recours administratifs sont conçus comme un appel à l'indulgence administrative (**A**) et ceux-ci sont

²² C.E.f. 13 déc. 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille, Rec.*, p. 1148, concl. JAGERSCHMIDT.

²³ « *Cons. En effet que si le recours pour excès de pouvoirs peut être, au gré des parties intéressées, formé directement devant le Conseil d'État ou préalablement porté devant le supérieur hiérarchique* », C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 430, concl. LEVASSEUR DE PRECOURT. Confirmé par C.E.f. 14 janv. 1887, *L'union des gaz, Rec.*, p. 43. « *Les parties ont toujours, sauf si des législations spéciales ont créé des procédures particulières, la faculté de porter d'abord leur réclamation devant l'auteur de l'acte ou devant le ministre supérieur hiérarchique, et de ne pourvoir devant le Conseil d'État que quand cette réclamation a été rejetée* », C.E.f. 25 mai 1928, *Reynaud, Rec.*, p. 628, *R.D.P.* 1928, 3, p. 55, note APPLETON, *S.* 1928, 3, 81, note HAURIUO. Confirmé par C.E.f. Sec. 15 fév 1935, *Bladanet, Rec.* p. 201 ; C.E.f. 3 mars 1944, *Société pour la fabrication d'aliments composés pour le bétail, Rec.*, p. 75.

²⁴ C.E.f. 10 mars 1911, *Cne de Boujailles, Rec.*, p. 289, *S.* 1912, 3, p. 41 note HAURIUO. Il est aussi possible de cumuler le recours pour excès de pouvoir et le recours de plein contentieux : C.E.f. 8 mars 1912, *Lafage, Rec.*, p. 348, *S.* 1913, III, p. 1, note HAURIUO ; *R.D.P.* 1912, p. 266, note JEZE, *G.A.J.A.* 18^e éd., arrêt n° 23.

²⁵ « *Le recours administratif préalable obligatoire n'a pas très bonne presse* » (...) « *les recours administratifs ne suscitent pas l'enthousiasme* », Jean-Claude BONICHOT, « *Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ?* », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p. 81-82.

caractérisés par l'absence de procédure (B).

A. Un appel à l'indulgence administrative

La négation de l'obligation de porter les contestations devant les autorités administratives et, en tout cas, devant le ministre, ne pouvait pas signifier l'interdiction aux administrés de faire usage de leur droit d'adresser des pétitions au pouvoir public, constamment reconnu aux administrés depuis la révolution²⁶ et qui, même si depuis 1873 il n'apparaissait plus dans les textes constitutionnels²⁷, c'est « (...) *la conséquence nécessaire de la liberté individuelle et de la liberté d'opinion* »²⁸. Les recours administratifs facultatifs, comme des manifestations du droit de pétition ou de plainte²⁹ peuvent être exercés sans besoin d'avoir été prévus expressément par un texte³⁰. Seule une disposition expresse³¹ peut exclure la possibilité d'exercer des recours administratifs à l'égard d'un acte administratif n'étant, dans ce cas, que l'objet du recours juridictionnel³². Les recours administratifs facultatifs ne peuvent pas être exercés dans le cas où la nature de l'organe, sa composition et ses pouvoirs sont incompatibles avec le recours administratif lui-même³³.

Considérés comme découlant du droit de pétition³⁴, les recours administratifs sont

²⁶ La déclaration de droits de 1789 prononcée, d'après son préambule : « *afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution, et au bonheur de tous* ». Le droit de pétition est expressément reconnu par le paragraphe 3 du titre I de la Const. de 1791 ; l'art. 32 de la déclaration des droits de 1793 ; l'art. 83 de la Const. de l'an VIII ; le sénatus-consulte organique du 28 floréal an XII ; l'art. 53 et 65 de la Charte de 1814 ; art. 45 de la Const. de 1830 ; l'art. 8 de la Const. de 1848 ; l'art. 45 de la Const. de 1852 ; l'art. 41 de la Const. de 1870.

²⁷ Art. 4 de la loi du 13 mars 1873, dite constitution de Broglia. Les lois constitutionnelles de 1875 ne mentionnent pas le droit de pétition et celui-ci n'est prévu que par le règlement des Chambres. La Const. de 1958 ne le consacre pas ; mais, il est prévu par l'art. 4 de l'ord. du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et par l'art. 147 et suiv. du règlement de l'Assemblée nationale.

²⁸ Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. V, 2^e éd., éd. de Boccard, Paris, 1925, p. 440.

²⁹ « *La pétition peut être formulée en vue d'un but purement individuel : on demande la modification ou la suppression d'une décision individuelle. La pétition formulée ainsi (...) est incontestablement (...) l'exercice d'un droit naturel et civil, c'est-à-dire d'un droit qui appartient à tout individu en tant qu'homme (...) Le droit de pétition ainsi compris est bien certainement un droit supérieur au législateur, que celui-ci peut réglementer, mais qu'il ne peut ni restreindre, ni supprimer* », *ibidem*, p. 441.

³⁰ C.E.f. 6 janv 1995, *Assemblée territoriale de la Polynésie française*, *Rec.*, p.10.

³¹ Les recours administratifs pouvaient être exclus par une disposition législative ou réglementaire : C.E.f. sect. 10 juillet, 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, *Rec.*, p. 399, *D.* 1964, p. 84, concl. RIGAUD. Cette exclusion n'emportait pas l'interdiction de l'exercice du pouvoir hiérarchique de contrôle, exercé même sans texte en tant que principe général du droit : C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéral*, *Rec.*, p. 413 ; *D.* 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; *S.* 1951, 3, p. 85, note AUBY. Or, en 2006, le Conseil d'État a considéré que le recours hiérarchique relevait d'un principe général, ce qui ferait penser que son exclusion n'est possible que par une norme législative : « *Considérant que ces dispositions réglementaires, qui se rapportent à la procédure contentieuse, ne font pas obstacle à l'application du principe général selon lequel toute décision administrative peut être contestée devant l'autorité hiérarchique* ».

³² Le recours pour excès de pouvoir « *est ouvert même sans texte contre tout acte administratif* », C.E.f. 17 fév 1950, *Dame Lamotte*, *Rec.*, p. 110 ; *R.D.P.* 1951, p. 478, concl. DELVOLVE et note WALINE.

³³ Il n'est pas possible d'exercer des recours administratifs contre les sanctions prises par les autorités administratives indépendantes : « *Eu égard à la nature, à la composition et aux pouvoirs de la Commission de contrôle des assurances, la procédure particulière instituée par ces dispositions fait obstacle à ce que les décisions de sanction qu'elle prend puissent faire l'objet de la part des personnes sanctionnées, dans le délai qui leur est imparti pour l'introduction d'un recours de plein contentieux, d'un recours gracieux interrompant le cours de ce délai* », C.E.f. Sous-sections 9 et 10 réunies, 5 déc. 2001, *SOCIÉTÉ C.A.P.M.A. - C.A.P.M.I.*, n° 203591, 214196.

³⁴ À l'origine, tel était aussi le cas du recours pour excès de pouvoir qui : « *n'était pas considéré comme un recours contentieux proprement dit ; c'était une sorte de pétition adressée au chef de l'État en son Conseil* », Frédéric Eugène LEVAVASSEUR de PRECOURT, concl. sur C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais*, *Rec.*, p. 431.

empreints de l'absence de formalisme, mais aussi d'efficacité. L'appel à l'indulgence administrative se concrétise, pour l'administré, dans la possibilité de faire valoir des moyens non juridiques (1) et, pour l'administration, dans l'absence d'obligation de donner suite au recours (2).

1. La possibilité de faire valoir des moyens non juridiques

Le recours administratif adressé à l'autorité administrative, auteur de l'acte, est dénommé recours gracieux et l'expression est en soi évocatrice de la fonction non contentieuse de ce recours : par le recours gracieux, l'administré demanderait simplement une grâce ou une faveur de la part de l'autorité administrative³⁵, consistant au retrait ou à la modification d'un acte lui faisant grief ou ne lui convenant pas. Lorsque la pétition³⁶ s'adresse au supérieur, autorité supposée être mieux informée, le recours s'appelle recours hiérarchique. Mais, cela ne représente pas un changement dans la nature de la pétition qui resterait, en tout cas, un appel à la bonne volonté de l'administration³⁷.

Demandant une grâce, l'administré n'entend pas nécessairement contester la régularité de l'acte. Il peut tenter de convaincre, voire de séduire l'autorité administrative par tous les moyens de nature à justifier sa requête. Les arguments issus de l'équité, de l'opportunité et, en général, les arguments extra juridiques sont admis dans la pétition gracieuse. De même, lorsque l'administré exerce son droit de pétition par la voie d'un recours administratif, l'autorité administrative n'entend pas être liée à donner une réponse congruente avec les arguments de l'administré. En conséquence, l'administration peut justifier sa réponse par des moyens tant juridiques que non juridiques, autres que ceux invoqués par le requérant³⁸.

Cette possibilité de faire un recours à l'égard d'un acte, sans pour autant le contester, marque la séparation entre les recours administratifs et les recours juridictionnels dans lesquels le requérant n'est recevable que s'il entend contester l'acte par des moyens juridiques. De cette séparation, les recours administratifs ordinaires ou facultatifs peuvent être exercés à l'égard d'actes échappant au contrôle juridictionnel, notamment par rapport aux actes du gouvernement et aux mesures d'ordre intérieur³⁹.

³⁵ « Le recours est dit gracieux dans la mesure où le requérant demande une grâce, une faveur et appuie sa requête sur des considérations qui ne sont pas exclusivement et nécessairement juridiques », Claude-Albert COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 1959, p. 122.

³⁶ « Les recours administratifs constituent une expression du droit de pétition aux autorités publiques traditionnellement reconnu en droit français aux citoyens », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 20.

³⁷ « Ce qu'il importe de retenir, c'est le principe sur lequel repose le recours gracieux, c'est l'idée qui lui sert de fondement ; ce principe c'est la bonne volonté de l'administration. De sa nature, le recours gracieux n'est pas autre chose qu'une demande, une pétition adressée à l'administration mieux informée ou supposée mieux informée et mise à même d'apprécier plus exactement les choses (...) et en s'inspirant des considérations d'opportunité dont un administrateur doit tenir compte », Léon MARIE, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », 1^{er} article, loc. cit., p. 276-277.

³⁸ C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Rec.*, p. 413 ; D. 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; S. 1951, 3, p. 85, note AUBY.

³⁹ Catégorie aujourd'hui en retrait : C.E.f. Ass. 17 fév. 1995, *M. Marie* ; *M. Hardouin*, R.D.P. 1995, p. 1338, note GOHIN ; A.J.D.A. 1995, p. 375, chron. TOUVET et STAHL ; R.F.D.A. 1995, p. 822, note MODERNE et CERE ; P.A. 1995,

L'opportunité de faire valoir des arguments non juridiques à l'appui du recours devient le moyen principal pour nier la fonction contentieuse des recours administratifs⁴⁰. Comme si les recours administratifs ne pouvaient répondre qu'à une seule et exclusive fonction, la différence de fond existant entre les recours fondés sur des raisons de pure opportunité, face auxquels l'administration ne serait portée, dans aucune circonstance, à exercer une fonction contentieuse⁴¹ et les recours fondés sur des moyens de droit où l'administré conteste véritablement la décision, est banalisée. La banalisation de la différence entre les recours administratifs comme manifestation du droit de pétition et les recours comme contestation de la régularité de l'acte conduit à considérer que quand l'administré agit en juriste, par la voie d'un recours dit gracieux ou hiérarchique, les arguments juridiques ne seraient qu'une raison de plus justifiant la pétition et ayant la même nature et la même force persuasive que les arguments issus de l'équité et de l'opportunité. De ce fait, l'administré ne contesterait véritablement la régularité des actes administratifs que lors d'un recours juridictionnel qui justifierait, par conséquent, la dénomination de recours contentieux.

Dans la droite lignée de l'identification des recours administratifs avec une simple pétition, les recours administratifs sont récemment assimilés à la conciliation. Pour ce faire, il est mis en avant, que dans les recours administratifs comme dans la conciliation, la solution du litige peut résulter des arguments de droit, d'opportunité et d'équité⁴². Par conséquent, l'administration saisie d'un recours est encouragée à tenter un rapprochement avec le requérant afin de trouver un arrangement⁴³ pouvant éviter l'enregistrement d'un nouveau recours juridictionnel⁴⁴. Ainsi, les recours administratifs facultatifs seraient confirmés en tant qu'appel à la bonne volonté de l'administration, et non comme un mécanisme de résolution unilatéral des litiges.

2. L'absence d'obligation de donner suite au recours

n° 69, p. 16, note VAN TUONG ; P.A. n° 93, p. 28, note AYADEGUE OTEKPO ; D. 1995, p. 381, note BELLOUBET-FRIER ; J.C.P. 1995, II, 22426, note LASCOMBES et BERNARD.

⁴⁰ « La doctrine confère d'ailleurs une importance tout à fait exagérée au pouvoir qu'ont les administrateurs actifs de trancher des questions non contentieuses (...) », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 84.

⁴¹ Ces recours « ne sauraient manifester l'exercice d'un véritable droit de réclamation contentieuse dans la mesure où les autorités saisies, tenues par aucune contrainte légale, statuent exclusivement en fonction de l'utilité administrative », *ibidem*, p. 12.

⁴² « (...) la fonction de la procédure gracieuse (...) est bien identique à celle de la conciliation. Il s'agit, ici comme là, de rechercher, en droit et en opportunité comme en équité, une solution qui satisfasse à la fois les intérêts de l'administration et ceux de l'administré », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude de la Section du rapport et des études, La documentation française, Paris, 1993, p. 32.

⁴³ « Comme la médiation, la conciliation, la transaction et l'arbitrage, les recours administratifs constituent donc intrinsèquement des modes consensuels de règlement des litiges », Arnauld NOURY, *Les alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration*, étude sous la direction scientifique du professeur Gérard MARCOU, Université Lille 2, avril 2001, p. 5.

⁴⁴ « (...) le recours préalable, la médiation, la conciliation, la transaction sont des tentatives pour instaurer, entre l'administration et les personnes privées, un dialogue direct, débouchant si possible sur un compromis ou sur un accord alors que le juge, lui, tranche des conflits dans lesquels les intérêts sont, ou sont devenus, inconciliables », *ibidem*, p. 16.

De prime abord, les recours administratifs facultatifs seraient comblés de vertus, notamment la possibilité de faire valoir des arguments qui ne seraient pas accueillis devant le juge et de le faire sans les contraintes de forme et de délai propres au recours juridictionnel. Le contrôle engagé à la suite du recours serait, dès lors, un instrument accessible et souple, complément nécessaire du contrôle juridictionnel. Mais, ces vertus se transforment en néant lorsque l'administration ne décide pas volontairement de donner une suite à la pétition de l'administré⁴⁵.

Face au recours de l'administré, l'administration peut garder le silence en entendant, par là, ne donner aucune suite à la pétition. Il est vrai que depuis la loi de 1900, le silence gardé indéfiniment par l'administration ne fait plus obstacle à l'accès de l'administré à la juridiction et la décision administrative préalable peut être obtenue en dépit de l'inaction administrative⁴⁶ : passé un certain temps, l'administré peut considérer que sa demande est rejetée et qu'il a une décision implicite à déférer au juge. Cette même présomption de décision négative s'applique aussi au silence gardé à l'égard des recours administratifs. Grâce à cette présomption, les recours administratifs seraient indéfectiblement décidés par l'organe administratif qui « *ne peut pas ne pas répondre, puisque son silence même est interprété comme une réponse* »⁴⁷. Cette règle a le risque d'être interprétée comme une invitation aux administrations à garder le silence⁴⁸. Or, il serait factice d'admettre que la décision implicite de rejet est une véritable réponse sur le fond au recours de l'administré, résultant de l'examen du bien-fondé de la pétition, alors que sa fonction essentielle consiste à surmonter l'impasse provoquée par le silence de l'administration, le transformant en un objet du contrôle juridictionnel. Dans le silence de l'administration, on ne peut pas voir que de la mauvaise volonté ; celui-ci est parfois le résultat des administrations mal organisées ou débordées.

De même, l'administration peut refuser, en principe, expressément de répondre⁴⁹ sans être contrainte de s'expliquer devant l'administré⁵⁰. Cependant, la décision *Quéralt* de 1950 a limité le privilège de l'administration de refuser librement d'examiner les recours des administrés. Par cet arrêt, le Conseil d'État énonce le principe que les autorités administratives ont l'obligation de répondre aux recours administratifs : « *Dès lors qu'elle est compétente, l'autorité administrative a l'obligation de statuer sur le recours dont elle est saisie, sinon elle*

⁴⁵ « (...) ces avantages pour les requérants disparaissent si l'on considère que l'autorité saisie n'est pas obligée de répondre », Jean-Marie AUBY et Robert DUCOS-ADER, *Institutions administratives*, Dalloz, Paris, 1996, p. 303

⁴⁶ Art. 3 de la loi du 17 juillet 1900.

⁴⁷ Marcel WALINE, « Du critère des actes juridictionnels », *loc. cit.*, p. 571.

⁴⁸ « (...) l'examen des recours gracieux est superficiel ; les requêtes ne sont pas instruites ; l'Administration a tendance à ne pas répondre, sachant que son silence donnera naissance à une décision de rejet », Gilles PELLISSIER, « Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs – Réflexions sur la fonction des recours administratifs dans l'ordre juridique français - », *R.F.D.A.* n° 14 – 2 - mars – avril 1998, p. 321.

⁴⁹ C.E.f. 11 juin 1875, *Hailli, Rec.*, p. 558 ; C.E.f. 20 janvier 1882, *Lafaille, Rec.*, p. 53 ; C.E.f. 31 juillet 1903, *Picard, S.* 1906, III, p. 14.

⁵⁰ « (...) le supérieur hiérarchique sollicité d'exercer son pouvoir de contrôle peut garder silence ; ou bien il peut refuser catégoriquement d'agir, sans donner de motifs » Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III : *Le fonctionnement des services publics*, 3^e éd., Marcel GIARD, Paris, 1926, réimpression Dalloz, Paris, 2011, p. 124.

méconnaît « l'étendue de sa compétence »⁵¹. L'énoncé du principe est prometteur. Or, le commissaire du gouvernement de l'affaire explique que, certes, l'administration est obligée de répondre aux recours administratifs, mais qu'elle peut remplir cette obligation en gardant le silence, configurant ainsi, une décision implicite de rejet⁵². Par conséquent, le principe ne consiste pas en une obligation d'étudier et de décider les recours administratifs. Le principe posé par l'arrêt *Quéralt* interdit aux autorités administratives de se déclarer illégalement incompétentes⁵³. Ainsi, le Conseil d'État sanctionne le refus d'examiner un recours administratif, « fondé sur un motif erroné d'incompétence de son auteur »⁵⁴. Lorsque la décision sur le recours relève de sa compétence, l'administration doit répondre⁵⁵, même en gardant le silence⁵⁶.

Il est vrai que l'autorité administrative pouvait refuser d'examiner le recours quand l'acte administratif, objet du recours administratif, était déjà l'objet d'un recours juridictionnel dont l'examen est en cours⁵⁷. Mais, étant obligée de retirer l'acte illégal, même au cours de l'instance juridictionnelle⁵⁸, son refus exprès d'examiner le recours n'est plus aujourd'hui légitime⁵⁹. De même, dans le cas de l'intervention d'une décision implicite d'acceptation, la jurisprudence avait conclu au dessaisissement de l'autorité administrative qui devait, dès lors, refuser d'examiner le recours contre cette décision⁶⁰. Cependant, la loi a renversé la jurisprudence, en reconnaissant la possibilité de retirer la décision implicite d'acceptation, sous conditions de délai⁶¹. Par conséquent, dans une seule hypothèse, l'autorité administrative pourra refuser légitimement d'examiner le recours et de répondre : lorsqu'elle n'est pas compétente pour décider l'affaire⁶². Celle-ci devra néanmoins transmettre le recours à

⁵¹ C.E.f. 30 juin 1950, *Quéralt, Rec.*, p. 413, *Dr. soc.*, 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; S. 1951, III, p. 85 note AUBY ; D. 1951, juris., p. 593.

⁵² « Lorsqu'elle est saisie d'un tel recours, l'autorité supérieure est tenue d'examiner et de prendre une décision. Cette obligation tient à l'institution même du recours. Cela ne signifie pas d'ailleurs qu'elle sera tenue de prendre une décision explicite ; il serait souhaitable qu'elle le fit ; il ne peut être question de lui imposer (...) », Jean DELVOLVE, conclusions sur C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Droit social*, 1951, p. 248.

⁵³ C.E.f. 16 septembre 1983, *Ministre du Travail c/ Mme Saurin, Rec.*, p. 390.

⁵⁴ Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative, op. cit.*, p. 25.

⁵⁵ C.E.f. 19 nov. 1971, *Min de la santé publique, Rec.*, p. 692 ; C.E.f. 18 déc 1974, *Dame Fragnaud, Rec.*, p. 634.

⁵⁶ « (...) à la différence des juges, l'autorité administrative n'est pas tenue de statuer expressément sur les recours », Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.*, I, 1955, p. 119.

⁵⁷ C.E.f. 20 nov. 1953, *Sarran, Rec.*, p. 529, *A.J.D.A.* 1954, chron., p. 2.

⁵⁸ C.E.f. 12 mars 1976, *Gillet, Rec.*, p. 754 ; C.E.f. 30 janvier 1981, *Min. du travail et de la participation, D.* 1982, p. 37, note AUBY ; C.E.f. 11 juin 1982, *Plottet, Rec.*, p. 217 ; *D.A.* 1982, n° 255 ; C.E.f. 10 fév. 1992, *Roques, Rec.*, p. 55 ; *D.A.* 1992, n° 146 ; *R.F.D.A.* 1992, p. 841, concl. LAROQUE.

⁵⁹ Dans ce cas, si la décision sur le recours fait disparaître l'acte, la juridiction déclarera le non-lieu à statuer : C.E.f. 8 fév. 1957, *Caisse régionale de sécurité sociale de Paris, Rec.*, p. 98.

⁶⁰ C.E.f. Sect. 14 nov. 1969, *Eve, Rec.*, p. 498. Dans l'affaire, le commissaire BERTRAND concluait qu'« il est dans la nature des décisions implicites d'acceptation ou d'approbation de ne pouvoir être légalement rapportées même en cas de recours gracieux émanant d'un tiers et même si les conditions auxquelles la jurisprudence subordonne la légalité du retrait des actes administratifs se trouvent remplies ». Cette règle ne s'applique pas lorsque le recours hiérarchique est préalablement obligatoire : C.E.f. Sect. 1^{er} fév. 1980, *Min Santé et Famille c/ Clinique Ambroise-Paré, Rec.*, p. 62, *J.C.P.* 1980, II, 19445 note BARTHELEMY et de CHAISEMARTIN ; *R.D.S.S.* 1980, p. 259 concl. BACQUET.

⁶¹ « Une décision implicite d'acceptation peut être retirée, pour illégalité, par l'autorité administrative : 1° Pendant le délai de recours contentieux, lorsque des mesures d'information des tiers ont été mises en œuvre ; 2° Pendant le délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision, lorsqu'aucune mesure d'information des tiers n'a été mise en œuvre ; 3° Pendant la durée de l'instance au cas où un recours contentieux a été formé », art. 23 de la loi du 12 avril 2000.

⁶² « (...) la décision de retrait d'un permis de construire ne peut être légalement prise que par l'auteur de la décision ou par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique », C.E.f. 13 fév. 1981, *Naudin, Rec.*, p. 970.

l'autorité compétente⁶³.

Cela montre un panorama dominé par la volonté de l'administration dans l'examen et la décision expresse des recours administratifs. Cette liberté n'est limitée qu'en raison de l'interdiction de se déclarer illégalement incompétente et de l'obligation de retirer ou d'abroger des actes illégaux. Or, même dans ce cas, la mesure d'épuration des actes administratifs n'est pas conçue comme la décision sur le recours administratif, mais comme l'accomplissement d'un devoir qui existe sans besoin d'un recours administratif. En conséquence, l'administration peut retirer ou abroger l'acte, sans besoin de viser la pétition de l'administré.

Conçus comme une pétition, les recours administratifs constituent un appel à la bienveillance administrative : l'administré peut essayer de convaincre par tout genre d'arguments alors que l'administration est dans la liberté de décider expressément le recours. Par conséquent, davantage qu'un certain mécanisme de dialogue entre l'administration et les administrés, permettant de conduire à une conciliation, le recours administratif s'identifie avec le caractère vertical des relations entre les administrés et l'administration⁶⁴. La liberté de l'administration à l'égard du recours se complète par l'absence d'une procédure devant être suivie pour la décision des recours.

B. L'absence de procédure dans les recours facultatifs

En France, la séparation des recours juridictionnels et des recours administratifs est largement construite à partir d'une différenciation procédurale. Dans le processus de différenciation, la négation de la théorie de l'administrateur-juge s'est ainsi accompagnée de l'association des garanties processuelles à la juridiction. N'ayant pas des différences matérielles entre les recours administratifs et les recours juridictionnels⁶⁵, la démarcation a dû être formelle grâce à l'absence de procédure dans les recours administratifs⁶⁶. Confiés au bon vouloir d'une administration qui, dans le cas où elle décide d'examiner le recours de l'administré, n'est contrainte par le respect d'aucune procédure spéciale, les recours administratifs deviennent un mécanisme, certes, informel et accessible, mais inintéressant pour l'administré pouvant accéder directement au juge⁶⁷ dont l'efficacité est assurée en partie par les garanties processuelles. L'absence de délai pour la présentation des recours

⁶³ Art. 20 de la loi du 12 avril 2000.

⁶⁴ « *Ce mode alternatif de règlement des litiges conserve un caractère unilatéral aux relations entre l'administration et le citoyen et reste ainsi entièrement tributaire du bon vouloir de la première* », Mattias GUYOMAR et Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2010, p. 175.

⁶⁵ Le recours pour excès de pouvoir est « *un recours hiérarchique juridictionnalisé* », Léon DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris, 1901, réimpression Dalloz, Paris, 2003, p. 581.

⁶⁶ « *A mesure que le juge administratif se sépare de l'administration active, les recours administratifs perdent leur physionomie contentieuse ; et la conception classique des recours administratifs de se constituer ainsi par référence au seul système bureaucratique* », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 44.

⁶⁷ « (...) *le recours pour excès de pouvoir bénéficie des garanties juridictionnelles ; le recours hiérarchique, inorganisé au contraire, perd tout intérêt, et parce qu'il a perdu tout intérêt, demeure inorganisé* », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 24.

administratifs (1) s'accompagne de l'absence de forme (2) des recours, de l'instruction et de la décision de celui-ci.

1. L'absence de délai

Les relations entre les recours administratifs et les recours juridictionnels sont déterminées par le principe de l'indépendance : les recours administratifs facultatifs ne sont pas le préalable nécessaire des recours juridictionnels et, par conséquent, les recours administratifs peuvent être exercés, au choix de l'administré, préalablement, simultanément et même postérieurement au recours juridictionnel⁶⁸ ; mais, dans ce dernier cas, l'administration sera obligée, par le respect de la chose jugée juridictionnelle, de ne pas décider dans un sens contraire de celle-ci. Lorsque les recours administratifs sont exercés préalablement au recours juridictionnel, l'indépendance des recours juridictionnels et administratifs est néanmoins aménagée par la règle de l'interruption du délai du recours juridictionnel (a). Grâce à cette règle, un recours juridictionnel pourra être exercé après le recours administratif et en dépit du fait que plus de 2 mois se sont écoulés depuis la publication ou la notification de l'acte objet du recours administratif, à la condition du respect des conditions de l'interruption du délai du recours juridictionnel (b).

a. La règle de l'interruption du délai du recours juridictionnel

Étant donné que le droit de pétition aux autorités ne saurait pas, en droit français, être limité dans le temps⁶⁹, les recours administratifs facultatifs peuvent être exercés en tout temps. Cependant, cette alternative intemporelle ne saurait pas entraîner la banalisation des délais des recours juridictionnels par sa réouverture à l'infini, en raison d'un recours administratif exercé sans délai. Même si, dans un premier temps, il a été admis la réouverture du délai⁷⁰ et « *le recours hiérarchique produisait l'effet d'une véritable novation, quant à la décision même et quant au délai du recours* »⁷¹, cela a été nié par la jurisprudence *Bansais* décidant que le délai du recours juridictionnel contre un acte, ne saurait pas renaître par la décision explicite ou implicite d'un recours déposé quarante-sept ans après : « (...) *ce mode de procéder n'a pu avoir pour effet de proroger le délai* »⁷² du recours au Conseil d'État. *A contrario*, la jurisprudence a admis qu'un autre « *mode de procéder* » aurait pour effet de proroger le délai et cela ne saurait être que l'exercice du recours administratif dans le délai du

⁶⁸ C.E.f. 24 juin 1881 *Bougard*, concl. GOMEL, S. 1882, p. 2.

⁶⁹ Droit naturel et intemporel dans sa conception révolutionnaire.

⁷⁰ C.E.f. 9 fév. 1865, *Andigné de Resteau (d')*, Concl. L'HOPITAL, *Rec.*, p. 171.

⁷¹ Raphaël ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, Paris, 1926, p. 149-150.

⁷² « *Qu'à la date du recours formé par le sieur et la dame Bansais devant le préfet de la Mayenne, puis devant le Min. de l'int., il s'était écoulé plus de trois mois depuis que l'arrêté attaqué avait été exécuté à l'égard du requérant et de ses auteurs ; qu'ainsi (...) ledit arrêté n'était plus, aux dates précitées, susceptible d'être déféré au Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir* », C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 430.

recours juridictionnel⁷³.

La règle de l'interruption ou de la conservation⁷⁴ du délai du recours juridictionnel a été formulée dans le contexte de la théorie du ministre-juge⁷⁵ : le recours au ministre constituait la première instance juridictionnelle et il est de toute juridiction dont celle du ministre, de ne pouvoir être saisie que dans un certain délai⁷⁶. Mais, cette règle a été aussi expliquée en raison de la nature hiérarchique du recours pour excès de pouvoir : lorsque l'administré choisit de se porter d'abord devant le supérieur hiérarchique immédiat, avant d'aller devant le Conseil d'État, il ne ferait que respecter l'ordre hiérarchique et, par conséquent, son recours devant le Conseil d'État n'est pas forclos⁷⁷. Ces deux explications perdent d'actualité, d'un côté, lorsque la théorie de la première instance ministérielle est abandonnée et, d'un autre côté, lorsque la règle de la conservation du délai du recours juridictionnel est étendue aux recours de tutelle⁷⁸ et aux recours gracieux⁷⁹. Séparée des fondements liés au caractère juridictionnel ou hiérarchique du recours, la règle de l'interruption du délai du recours juridictionnel a pu être formulée dans des termes généraux à l'égard de tout recours administratif⁸⁰, non comme un principe général du droit, mais comme une règle pouvant être écartée par la voie réglementaire ou législative⁸¹.

Cette règle de la conservation du délai du recours juridictionnel emporte des conséquences sur les recours administratifs facultatifs⁸² qui seront ainsi de deux types : les « *recours administratifs à effet prorogatoire* »⁸³ et ceux qui n'ont pas la vertu de conserver le

⁷³ « Les époux Bansais avaient deux voies pour arriver devant le Conseil d'État. Ils pouvaient déférer directement pour excès de pouvoirs l'arrêté du maire de 1831 ; ils ont choisi l'autre voie (...) ils se sont d'abord adressés au préfet, puis au ministre, avant de former leur recours devant le Conseil d'État », Frédéric Eugène LEVAVASSEUR de PRECOURT, concl. sur C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 431.

⁷⁴ Il s'agit d'une véritable interruption ou d'une conservation et non d'une simple suspension du délai dans la mesure où le délai du recours juridictionnel démarre en entier dès la publicité de la décision explicite ou dès la configuration de la décision implicite, sans tenir compte du temps écoulé avant l'exercice du recours administratif.

⁷⁵ « Cons. En effet que si le recours pour excès de pouvoirs peut être, au gré des parties intéressées, formé directement devant le Conseil d'État ou préalablement porté devant le supérieur hiérarchique » (...) « la réclamation par eux formée à cette date n'a pu avoir pour effet de saisir valablement la juridiction contentieuse », C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 430. Cette jurisprudence a été confirmée par C.E.f. 14 janvier 1887, *L'union des gaz, Rec.*, p. 43.

⁷⁶ « N'est-il pas de l'essence de toute juridiction de ne pouvoir être saisie d'une action quelconque que dans un délai déterminé ? (...) Mais le supérieur hiérarchique statue en deux qualités distinctes : comme supérieur hiérarchique, il peut statuer à toute époque : mais comme juge contentieux, statuant sur une décision qui peut être déférée au Conseil d'État, il doit être saisi dans le délai légal », Frédéric Eugène LEVAVASSEUR de PRECOURT, conclusions sous C.E.f. 13 janvier 1881, *Bansais, Rec.*, p. 434 ; S. 1882, p. 29.

⁷⁷ Le recours hiérarchique exercé dans le délai du recours juridictionnel conserve le délai du recours devant la juridiction administrative : C.E.f. 12 janvier 1917, *Marchelli, Rec.*, p. 42 ; S. 1920, III, p. 12.

⁷⁸ C.E.f. 17 janvier 1936, *Constantin, Rec.*, p. 173.

⁷⁹ C.E.f. Sect. 23 mars 1945, *Vinciguerra, Rec.*, p. 56.

⁸⁰ C.E.f. 20 avril 1956, *École professionnelle de dessin industriel*, concl. LONG, D. 1956 p. 322 ; C.E.f. 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, concl. RIGAUD, D. 1965, p. 84 ; G.A.C.A., 3^e éd., arrêt n° 38.

⁸¹ C.E.f. 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, concl. RIGAUD, D. 1965, p. 84 ; G.A.C.A., 3^e éd., arrêt n° 38. Or, l'affirmation que contre un acte ne procède aucun recours, ne saurait pas exclure la possibilité d'exercer le recours pour excès de pouvoir : C.E.f. 17 fév. 1950, *Dame Lamotte, Rec.*, p. 110.

⁸² « (...) cette règle n'a de sens que si le recours préalable est facultatif. Dans le cas contraire, on ne voit pas très bien comment un recours obligatoire ne pourrait pas conserver le recours juridictionnel sauf à nier purement et simplement le droit de recours au juge ! », Jean-François BRISSON, « Les recours administratifs préalables obligatoires en droit public français, alternative au juge ou voie sans issue ? », in table ronde « *Problèmes de procédure administrative non contentieuse* », vendredi 13 mars 2009, Sciences Po, p. 5 in http://chairesadp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2009/CONTRIBUTION_JEAN_FRANCOIS_BRISSON.pdf, consulté le 15 octobre 2009.

⁸³ Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs préalables », *A.J.D.A.* 1997, p. 11.

délai du recours juridictionnel. Seul le recours administratif exercé dans le délai du recours juridictionnel peut être considéré comme pré-juridictionnel : lorsque l'administré exerce le recours dans ces conditions, l'intention de pouvoir poursuivre la contestation devant le juge est claire. Sans la possibilité d'un contrôle juridictionnel ultérieur, les recours administratifs non conservatoires auront une possibilité moindre d'être pris au sérieux par l'administration et ils se rapprocheront davantage d'une simple pétition adressée à l'autorité administrative. N'offrant pas de véritables garanties processuelles et sous le risque réel d'une décision implicite de rejet, la conservation du délai du recours juridictionnel constitue un instrument essentiel en faveur de la subsistance des recours administratifs facultatifs : de manière à voir fermé définitivement l'accès au juge par l'exercice d'un recours administratif, les administrés seraient de moins en moins prêts à encourir le risque de se pourvoir devant l'administration⁸⁴.

L'exercice du recours administratif dans le délai du recours juridictionnel est interprété comme la manifestation de l'intention de se porter devant le juge, s'il n'obtient pas gain de cause devant l'autorité administrative, et non d'accumuler les recours administratifs⁸⁵. C'est pour cette raison qu'en principe, un seul recours administratif aura des effets conservatoires⁸⁶, obligeant l'administré voulant conserver le délai du recours juridictionnel, à choisir entre le recours dit gracieux et le recours hiérarchique⁸⁷. De ce fait, les décisions rendues sur un recours gracieux, exercé après la décision d'un recours hiérarchique sont simplement confirmatives, elles ne conservent plus le délai du recours juridictionnel⁸⁸, alors même que le recours hiérarchique est un préalable obligatoire du recours juridictionnel⁸⁹. Un recours administratif ordinaire reste possible après un recours spécial, obligatoire ou non ; mais, celui-ci n'est pas conservatoire⁹⁰. De même, le recours hiérarchique exercé après la décision d'un recours gracieux⁹¹ ou le recours hiérarchique exercé après le rejet d'un premier recours hiérarchique⁹² n'est pas conservatoire. Dans toutes ces hypothèses, un seul recours administratif a la vertu de conserver le délai du recours juridictionnel.

⁸⁴ D'autres mécanismes différents du recours ont un effet conservatoire, notamment la demande de déféré préfectoral et c'est l'effet conservatoire qui le rend encore intéressant : C.E.f. Sect., 25 janvier 1991 *M. Brasseur, R.F.D.A.* 1991 p. 594. Dans l'espèce, le commissaire du gouvernement concluait la confirmation de la jurisprudence niant l'effet conservatoire à la demande de référé (C.E.f. 16 mai, 1986, *Cassar, Rec. t.*, p. 657). Mais, le Conseil d'État n'a pas suivi les conclusions et la décision a reconnu l'effet conservatoire à la demande de référé. Sans effet conservatoire, « *La jurisprudence Cassar doit être abandonnée parce qu'elle condamne le déféré sur demande à une extinction progressive* », Jean-Claude DOUENCE, « Les incidences d'un refus de déféré préfectoral sur le contrôle de légalité des actes locaux », note sous C.E.f. Sect., 25 janvier 1991 *M. Brasseur, R.F.D.A.* 1991, p. 594.

⁸⁵ « *L'enchaînement de recours successifs ne doit pas permettre qu'une décision administrative puisse être susceptible d'être annulée au contentieux pendant une période trop longue et d'une durée indéterminée* », Yves STRUILLOU, conclusions sur C.E.f. 7 oct. 2009, *Ouahrirou, A.J.D.A.* 2009, p. 2239.

⁸⁶ « *Les intéressés qui forment un second recours administratif sont, en quelque sorte, présumés avoir renoncé à l'action contentieuse et s'en remettre aux solutions qu'ils pourront obtenir par la voie administrative* », Raymond ODENT, *Contentieux Administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 857.

⁸⁷ C.E.f. 11 avril 1930, *Sté « Les Grands Moulins Seigle »*, *Rec.*, p. 458 ; *D.* 1930, 3, 25, concl. ANDRIEUX, note J.A.

⁸⁸ C.E.f. 10 mai 1980, *S.A. Clinique Sainte-Croix, Rec.*, p. 231 ; C.E.f. 3 mars 1989, *Clinique Blomet et Ministre des affaires sociales et de l'emploi, Rec.*, p. 67, *Chron, A.J.D.A.* 1989, p. 319.

⁸⁹ « *Un recours gracieux faisant suite à un recours hiérarchique ne peut conserver le délai de recours contentieux lorsque ces recours ont été présentés par la même personne et alors même que le recours hiérarchique est un préalable obligatoire au recours contentieux* », C.E.f. 16 mai 1980, *SA « Clinique Sainte-Croix »*, *Rec.*, p. 231.

⁹⁰ C.E.f. 3 Mars 1989, *Clinique Blomet et Ministre des affaires sociales c/ Fédération hospitalière de France, A.J.D.A.* 1989, p. 319 *chron. HONORAT et BAPTISTE* ; C.E.f. 3 mars 2008, *Fédération hospitalière privée Rhône-Alpes*, n° 301643 ; *A.J.D.A.* 2008, p. 495.

⁹¹ C.E.f. 8 fév 1933, *Aubin, Rec.*, p. 166.

⁹² C.E.f. Sect. 5 juin 1953, *Sieur Sapvin*, n° 95758, *Rec.*, p. 271.

On pouvait compter, notamment, l'exception à la règle d'un seul recours administratif conservatoire⁹³ relative au contrôle de licenciements : le recours devant le supérieur hiérarchique avait été considéré comme le préalable du recours hiérarchique au ministre. Le recours postérieur au ministre serait conservatoire en raison du fait que le contrôle hiérarchique est un principe général du droit⁹⁴. Cette argumentation issue de l'arrêt *Quéralt*⁹⁵ a été reprise en 2009⁹⁶ afin d'énoncer le principe que le délai du recours juridictionnel peut être interrompu par l'exercice de deux recours administratifs facultatifs, un recours gracieux et un recours hiérarchique, et que le délai du recours juridictionnel ne démarre qu'à la suite de la décision de ces deux recours⁹⁷. Il ne faut pas y voir un cas de double interruption successive du délai du recours juridictionnel. Cette situation se présente notamment, lorsqu'après un premier recours conservatoire, l'administré saisit une juridiction incompétente⁹⁸ ou lorsqu'il demande la communication des motifs de la décision implicite de rejet⁹⁹. En revanche, il s'agit ici de deux recours exercés, tous les deux, dans le délai du recours juridictionnel¹⁰⁰, ce qui signifierait *stricto sensu*, que ce n'est pas une conservation successive, mais une double conservation simultanée¹⁰¹ : le délai du recours juridictionnel ne démarrerait qu'à la décision des deux recours, indépendamment lequel des deux a été présenté en dernier¹⁰², à la condition d'avoir été exercés dans le délai initial du recours juridictionnel.

b. Les conditions de l'interruption du délai du recours juridictionnel

⁹³ La même exception a été établie en matière du contrôle du règlement intérieur des entreprises : C.E.f. 1^{er} fév. 1980, *Ministre du travail c/ Société Peintures Corona, Rec.*, p. 59 et en matière de notation des fonctionnaires : C.E.f. Sect. 19 nov. 1971 ; *Dlle Bruguières, Rec.*, p. 691 ; A.J.D.A. 1972, p. 91, chron. LABETOULLE et CABANES.

⁹⁴ C.E.f. Sect. 23 juin 1972, *Synd. des métaux CFDT-CFTC des Vosges et autres et SA Perrin-électronique, Rec.*, p. 473, concl. BERNARD. « (...) le principe du recours hiérarchique au ministre ne cède qu'en présence de textes nettement dérogoratoires et que ce recours reste possible quand sont organisés de simples recours spéciaux qui ne sont assimilables ni au recours hiérarchique ni au recours gracieux », Antoine BERNARD, conclusions sur C.E.f. Sect. 23 juin 1972, *Synd. des métaux CFDT-CFTC des Vosges et autres et SA Perrin-électronique, Rec.*, p. 482.

⁹⁵ C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Rec.*, p. 413 ; D. 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; S. 1951, 3, p. 85, note AUBY.

⁹⁶ « C'est donc dans une large mesure le ministre qui fixe la position définitive de l'administration et il nous paraîtrait justifié que, dans l'hypothèse d'un double recours formé dans le délai du recours contentieux, à tout le moins le recours hiérarchique ne soit pas privé d'une portée utile », Yves STRUILLLOU, concl. sur C.E.f. 7 oct. 2009, *Ouahriou, A.J.D.A.* 2009, p. 2239.

⁹⁷ C.E.f., Sous-sections 4 et 5 réunies, 7 octobre 2009, *Ouahriou*, n° 322581, A.J.D.A. 2009, p. 1862 et 2234, obs. de MONTECLAIR, concl. d'YVES STRUILLLOU ; J.C.P. 23 novembre 2009, note ROUAULT.

⁹⁸ Après un recours administratif conservatoire, la saisine d'une juridiction incompétente conserve le délai du recours juridictionnel : C.E.f. 11 avril 1930, *Société des grands moulins Seigle, Rec.*, p. 458 ; D. 1930, III, p. 25, concl. ANDRIEUX et note J. A. ; S. 1930, III, p. 82. L'interruption opère même s'il se trompe à nouveau de juridiction : C.E.f. 4 mars 1966, *Beigbeder, Rec. T.*, p. 1050.

⁹⁹ « (...) à la demande de l'intéressé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande. Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués », article 5 de la loi du 11 juillet 1979.

¹⁰⁰ « Considérant, en premier lieu, que quand, dans le délai initial du recours contentieux ouvert à l'encontre d'une décision administrative, sont exercés contre cette décision un recours gracieux et un recours hiérarchique, le délai du recours contentieux, prorogé par l'exercice de ces recours administratifs, ne démarre à l'égard de la décision initiale que lorsqu'ils ont été l'un et l'autre rejetés », C.E.f. 7 octobre 2009, *Ouahriou*, n° 322581, A.J.D.A. 2009, p. 1862 et 2234, obs. de MONTECLAIR, concl. d'YVES STRUILLLOU ; J.C.P. 23 novembre 2009, note ROUAULT.

¹⁰¹ Les recours gracieux et hiérarchique de l'Association Ouahriou avaient été présentés avec un jour de différence. Mais, d'après la rédaction de l'arrêt, rien n'empêche qu'il existe une distance importante entre les deux recours, à la condition que les deux soient exercés dans le délai du recours juridictionnel.

¹⁰² Celui exercé en dernier, dans le délai du recours juridictionnel, peut être expressément rejeté avant que celui qui a été formé en premier ne soit pas encore décidé et le délai ne démarre qu'au rejet aussi du premier recours.

L'interruption du délai du recours juridictionnel liée à l'exercice d'un recours administratif est soumise à certaines conditions :

Premièrement, il doit s'agir d'un véritable recours administratif. Pour cela, le recours doit porter des conclusions visant à la modification, le retrait ou l'abrogation de l'acte¹⁰³. Une simple exposition des raisons ou des sentiments à l'égard de l'acte, dépourvue de conclusions, n'a pas la vertu d'interrompre le délai du recours juridictionnel¹⁰⁴. Le recours doit être compréhensible par l'autorité administrative et donc, le recours rédigé dans une langue étrangère n'a pas la vertu d'interrompre le délai du recours juridictionnel¹⁰⁵.

Deuxièmement, des conditions de recevabilité du recours juridictionnel doivent avoir été respectées lors du recours administratif. Il est vrai que le recours administratif peut être exercé par une personne n'ayant pas d'intérêt direct par rapport à la modification ou la disparition de l'acte. De cette manière, les règles relatives à la capacité et à la représentation ne sont pas exigées par les autorités administratives. Mais, un recours exercé sous ces conditions ne saurait pas conserver le délai du recours juridictionnel dans la mesure où ce dernier devra être exercé par la personne ayant un intérêt direct¹⁰⁶ dans l'affaire¹⁰⁷. De plus, le recours administratif doit se diriger contre un acte faisant grief : la pétition adressée notamment contre un acte du gouvernement ne saurait conserver le délai d'un recours juridictionnel irrecevable¹⁰⁸. Le recours administratif n'est conservatoire que s'il est exercé par la personne ayant qualité pour agir¹⁰⁹.

Troisièmement, il doit exister une identité entre le recours administratif et le recours juridictionnel de deux points de vue : d'un côté, le recours administratif doit être dirigé contre le même acte qui fera l'objet du recours juridictionnel. Plus précisément, par exemple, l'administré doit attaquer les mêmes articles du décret¹¹⁰. Le recours administratif contre un acte, certes, proche, mais non contre l'acte objet du recours juridictionnel, ne conserve pas le délai du recours juridictionnel¹¹¹. D'un autre côté, le recours administratif et le recours juridictionnel doivent avoir les mêmes conclusions¹¹².

¹⁰³ C.E.f. 3 déc. 1952, *Dubois, Rec.*, p. 555 ; J.C.P. 1953, II, n° 7353, note VEDEL ; C.E.f. 21 mai 1986, *Synd. nat. Pharmaciens hôpitaux des centres universitaires, Rec.* p. 146 ; A.J.D.A. 1986, p. 603, note MOREAU.

¹⁰⁴ C.E.f. 5 déc. 1990, *Commune de Hyères c/ M. Salvi, A.J.D.A.* 1991, 243, note PRETOT.

¹⁰⁵ C.E.f. 5 janv. 2000, *Commune de Macot-La-Plage, R.F.D.A.* 2000, p. 461, A.J.D.A. 2000, p. 179.

¹⁰⁶ La protection de la légalité ne suffit pas : C.E.f. 27 oct. 1989, *Seghers, Rec.*, t., p. 835.

¹⁰⁷ Cet intérêt spécial peut être déterminé par la qualité de contribuable de la commune : C.E.f. 29 mars 1901, *Casanova, Rec.*, p. 333 ; S. 1901, 3, p. 73, note HAURIUO ; G.A.J.A. 18^e éd., n° 8. Le divorce entre les conditions de recevabilité du recours administratif et du recours juridictionnel conduit à admettre qu'un agent immobilier exerce un recours contre le permis de construire accordé à son concurrent ; mais, faute d'intérêt spécial pour agir, son recours juridictionnel sera irrecevable : C.E.f. Sect. 5 oct. 1979, *SCI Adal d'Arvor, Rec.*, p. 365.

¹⁰⁸ C.E.f. 19 fév. 1875, *Prince Napoléon, Rec.*, p. 155 ; D. 1875, 3, p. 18, concl. DAVID ; G.A.J.A. 18^e éd., arrêt n° 3. Ainsi, il sera possible d'adresser une pétition au gouvernement pour qu'il présente un projet de loi ; mais, son refus ne fait pas grief : C.E.f. 29 nov. 1968, *Tallagrand, Rec.*, p. 607 ; D. 1969, p. 386, note SILVERA ; R.D.P. 1969, p. 686, note WALINE.

¹⁰⁹ C.E.f. 31 mars 1995, *Comité d'établissement des automobiles Peugeot de Sochaux, Rec.*, p. 249.

¹¹⁰ C.E.f. 4 juillet 1986, *Sté des agrégés de l'Université, Rec.*, p. 195.

¹¹¹ C.E.f. 27 avril 1928, *Queinec et Daret, Rec.*, p. 542.

¹¹² Pour obligation de retirer sous un recours gracieux : C.E.f. 12 mars 1976, *Gillet, Rec.*, p. 754 ; C.E.f. 30 janvier 1981, *Min. du travail et de la participation, D.* 1982, p. 37, note AUBY ; C.E.f. 11 juin 1982, *Plottet, Rec.*, p. 217 ; D.A. 1982, n° 255 ; C.E.f. 10 fév. 1992, *Roques, Rec.*, p. 55 ; D.A. 1992, n° 146 ; R.F.D.A. 1992, p. 841, concl. LAROQUE. Pour recours hiérarchique : C.E.f. Sect. 4 décembre 1959, *Geoffroy, Rec.*, p. 654 ; R.D.P. 1960, p. 132,

Quatrièmement, le recours administratif exercé contre un acte faisant grief, qui sera ultérieurement l'objet d'un recours juridictionnel, ayant dans les deux cas les mêmes conclusions et exercé par la personne ayant intérêt par rapport à l'affaire, doit être exercé dans le délai du recours juridictionnel¹¹³. Pour prouver cette dernière condition, la simple affirmation de la date du dépôt du recours administratif, accompagné de la copie de celui-ci n'est pas suffisante¹¹⁴. L'administré devra apporter tout document ayant une date certaine, notamment le récépissé postal du recours administratif¹¹⁵ ou le récépissé administratif du recours¹¹⁶. À cet égard, les recours administratifs sont considérés comme des demandes adressées à l'administration¹¹⁷ et, par conséquent, les autorités administratives sont obligées d'en accuser réception¹¹⁸. L'accusé de réception doit notamment faire mention de la date du dépôt du recours et de la date où l'administré pourra considérer que son recours a été rejeté ou, accueilli, selon le cas, en raison du silence gardé par l'administration¹¹⁹. Ce document pourra être établi sur un support électronique quand le recours a été adressé par ces mêmes moyens¹²⁰.

L'accusé de réception doit être établi par l'autorité ayant compétence pour décider le recours¹²¹ : lorsque l'administré a saisi à tort une autorité incompétente, celle-ci aura l'obligation de transmettre le recours à l'autorité compétente qui devra en accuser réception. Le délai de configuration de la décision implicite de rejet démarre à la date du recours devant l'autorité incompétente¹²². En revanche, quand il s'agit d'une décision implicite d'acceptation, le délai commence à courir dès la réception du recours par l'autorité administrative compétente.

Une condition spéciale pour l'interruption du délai du recours juridictionnel est prévue en matière d'urbanisme : l'interruption n'opère que si le requérant a accompli le devoir de

note WALINE ; C.E.f. 7 oct. 1960, *Min. de la santé publique c/ Sieur Lautier, Rec.*, p. 122 ; C.E.f. 2 déc. 1960, *Dame Franc, D.* 1962, p. 7, note AUBY ; C.E.f. 20 juin 1989, *Noon, Rec.*, p. 25. Pour le recours hiérarchique : C.E.f. Sect. 4 décembre 1959, *Geoffroy, Rec.*, p. 654 ; *R.D.P.* 1960, p. 132, note WALINE ; C.E.f. 7 oct. 1960, *Min. de la santé publique c/ Sieur Lautier, Rec.*, p. 122 ; C.E.f. 2 déc. 1960, *Dame Franc, D.* 1962, p. 7, note AUBY ; C.E.f. 20 juin 1989, *Noon, Rec.*, p. 25.

¹¹³ Dans deux hypothèses le recours exercé en dehors du délai du recours juridictionnel rouvre néanmoins le délai de celui-ci : quand l'autorité administrative a l'obligation de faire disparaître l'acte illégal et quand le recours est décidé par une décision non confirmative, c'est-à-dire ayant mis en place une procédure conduisant l'autorité à instruire et à réexaminer l'affaire : C.E.f. Sect. 29 janv 1932, *dame veuve Janson, Rec.*, p. 128 ; C.E.f. Sect. 19 mai 1950, *Cuchet-Magni, Rec.*, p. 296. Or, seule la décision nouvelle est susceptible d'être déférée au juge C.E.f. 28 mars 1952, *Piteau et Lhuillier, S.* 1952, III, p. 97, note AUBY ; C.E.f. 13 nov. 1987, *Mlle Gondre, R.F.D.A.* 1988, p. 58, note LABETOUILLE.

¹¹⁴ C.E.f. 1^{er} juillet 1948, *œuvre de l'hospitalité de nuit, Rec.*, p. 780.

¹¹⁵ C.E.f. 26 avril 1951, *Lesmayoux, Rec.*, p. 215.

¹¹⁶ Pour démontrer que le recours a été exercé dans le délai du recours juridictionnel « il suffit que le demandeur produise un accusé de réception ou un récépissé postal de son recours hiérarchique », C.E.f. 3 juill. 1991, *De Sault, Rec.*, p. 268 ; *D.A.* 1991, comm. n° 402 ; *R.F.D.A.* 1991, p. 685.

¹¹⁷ Art. 18 de la loi du 12 avril 2000.

¹¹⁸ Art. 19 de la loi du 12 avril 2000.

¹¹⁹ Art. 1^{er} du décret n°2001-492 du 6 juin 2001.

¹²⁰ Ord. n° 2005-1516, 8 déc. 2005, art. 3 et 5, *J.O.* 9 décembre 2005.

¹²¹ Art. 20 de la loi du 12 avril 2000.

¹²² C.E.f. 2^e et 7^e sous-section, 27 juillet 2005, *Ghenin*, n° 267084.

notification vis-à-vis des bénéficiaires de la décision contestée¹²³.

2. L'absence de forme

Les recours administratifs facultatifs du droit français ne sont pas l'objet de règles formelles spéciales. Mise à part la possibilité d'exercer les recours dans tout le temps, l'absence de forme domine la présentation du recours (a), l'instruction de l'affaire (b) et la décision sur le recours (c).

a. Le recours

Le recours administratif facultatif se différencie du recours juridictionnel par l'absence de forme des recours administratifs : « aucune disposition législative ou réglementaire n'impose de formes particulières aux recours gracieux ou hiérarchiques »¹²⁴. Néanmoins, un minimum de forme est requis afin de configurer un véritable recours administratif. Tout d'abord, il est nécessaire que l'administré exprime d'une certaine façon sa contestation vis-à-vis de la régularité ou de l'opportunité de l'acte administratif¹²⁵. L'administré doit prétendre quelque chose, c'est-à-dire que le recours administratif doit porter des conclusions¹²⁶ saisissant l'autorité administrative¹²⁷. Lorsqu'il conteste la régularité de l'acte, l'administré ne doit pas respecter de technique juridique particulière. La contestation reste libre de formes. Ensuite, le recours administratif peut être verbal¹²⁸, même s'il est conseillé qu'il soit « présenté par écrit et signé »¹²⁹. Enfin, le recours doit être rédigé en français¹³⁰.

Mises à part ces conditions formelles exigües du recours administratif facultatif, l'absence de conditions de recevabilité des recours administratifs marque une déconnexion avec les recours juridictionnels¹³¹. L'autorité administrative ne réalise pas de contrôle de l'intérêt à agir du requérant ou de sa capacité pour agir, à la différence de ce qui est fait par le

¹²³ Cette obligation est prévue à l'article R. 600-1 du Code de l'urbanisme. La non-notification du recours fait obstacle à la conservation du délai du recours juridictionnel : C.E.f. Sect. 1^{er} mars 1996, *Association « Soisy Étioilles environnement »*, *Rec.*, p. 60 ; R.F.D.A 1996, p. 1022, concl. BONICHOT ; A.J.D.A. 1996, p. 513, chron. CHAUVAUX et GIRARDOT ; C.E.f. 7 août 2008, *Cne Libourne*, n° 288966.

¹²⁴ C.E.f. 7 nov. 1956, *Delzant*, *Rec.*, p. 421 ; A.J.D.A. 1957, II, 3.

¹²⁵ « Le recours administratif suppose en tout cas l'existence d'un litige », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 18.

¹²⁶ C.E.f. 21 mai 1986, *Synd. nat. Pharmaciens hôpitaux des centres universitaires*, *Rec.*, p. 146 ; A.J.D.A. 1986, p. 603, note MOREAU.

¹²⁷ « (...) il s'efforce de déterminer si, compte tenu de leur rédaction, elles comportent le degré minimum de précision et de « contestation » nécessaire pour que l'administration s'estime saisie, même de manière informelle, de conclusions dirigées contre une décision », Didier TRUCHET, « Recours administratif », loc. cit., p. 6.

¹²⁸ Cela peut être déduit du fait qu'« aucune disposition législative ou réglementaire n'impose de formes particulières aux recours gracieux ou hiérarchiques », C.E.f. 7 nov. 1956, *Delzant*, *Rec.*, p. 421 ; A.J.D.A. 1957, II, 3.

¹²⁹ Henry PUGET et Georges MALEVILLE, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *R.A.*, 1953, p. 113.

¹³⁰ C.E.f. 10 juin 1991, *Kerrain*, *Rec.*, p. 1107 ; le recours rédigé dans une langue étrangère n'a pas d'effets conservatoires : C.E.f. 5 janv. 2000, *Cne de Macot-La-Plage*, R.F.D.A. 2000, p. 461 ; A.J.D.A. 2000, p. 179.

¹³¹ « (...) n'étant au fond pour la jurisprudence que l'exercice d'un droit général de pétition aux autorités publiques, on ne s'étonnera pas de voir écartés à leur égard les conditions de recevabilité requises d'un recours juridictionnel », Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs », loc. cit., p. 118.

juge administratif¹³². L'autorité administrative commettrait une irrégularité en limitant le droit de pétition aux personnes ayant un intérêt direct dans la modification ou la disparition de l'acte¹³³, alors que l'autorité administrative n'est pas obligée de décider du recours contre une décision favorable au requérant¹³⁴. Néanmoins, seules les personnes ayant rempli les conditions d'intérêt propres pour déposer un recours juridictionnel lors du recours administratif, pourront accéder ultérieurement au juge, grâce à la conservation du délai¹³⁵.

b. L'instruction

Les autorités administratives ne sont pas obligées d'instruire les recours administratifs facultatifs : l'autorité administrative n'est pas contrainte à réaliser un nouvel examen du dossier ou à le compléter à partir de la pratique de nouvelles mesures d'instruction, même celles demandées par le requérant dans le corps de son recours. Les demandes d'instruction du requérant correspondent, comme le recours lui-même, à une pétition non contraignante. Or, lorsque l'autorité administrative a volontairement décidé d'examiner le recours de l'administré, l'arrêt de principe *Maire de Bourges* énonce avec netteté « *qu'aucune procédure spéciale n'est prescrite au Ministre pour l'examen des réclamations de cette catégorie* »¹³⁶. L'autorité administrative pourra, à son gré, mettre en place de nouveau la procédure d'élaboration de l'acte ou certaines de ses étapes ; mais, cette procédure initiale n'est pas essentiellement adaptée à une véritable contestation de l'acte, puisqu'elle est conçue pour sa production. Cependant, cela relève d'une décision libre : l'autorité administrative voulant décider expressément le recours, n'est pas soumise au parallélisme des formes¹³⁷ : la procédure d'élaboration de l'acte ne doit pas être reproduite pour sa modification ou pour sa disparition à la suite d'un recours¹³⁸.

Lorsque l'autorité administrative décide d'examiner l'affaire, l'instruction n'est pas contradictoire¹³⁹. Les personnes intéressées pour le maintien de l'acte ne sont pas informées

¹³² Le juge administratif spécial et ordinaire contrôle la capacité de la personne naturelle : C.E.f. Sect. 9 juillet 1997, *MLLE Kang, Rec.*, p. 302 ; A.J.D.A. 1997, p. 906, concl. DENIS-LINTON ; G.A.C.A. 3^e éd., arrêt n° 31. Quant à la personne juridique, le contrôle porte sur la représentation : C.E.f. Sect. 3 avril 1998, *Fédération de la plasturgie, Rec.*, p. 127 ; A.J.D.A. 1998, p. 413, chron. RAYNAUD et FOMBEUR ; D. 1999, jur. p. 69, note BORE ; G.A.C.A. 3^e éd., *op. cit.*, p. 603. Quant à l'intérêt pour agir, seule la personne ayant un intérêt spécial dans l'affaire est admise à se pourvoir devant le juge : C.E.f. 29 mars 1901, *Casanova, Rec.*, p. 333 ; S. 1901, 3, p. 73, note HAURIOU ; G.A.J.A. 18^e éd., n° 8. Cet intérêt peut consister en la qualité de randonneur se voyant affecté par l'interdiction du camping sur une commune : C.E.f. Sect. 14 fév. 1958, *Sieur Abisset, Rec.*, p. 98 ; A.J.D.A. 1958, II, p. 221, chron FOURNIER et COMBARNOUS ; G.A.C.A. 3^e éd. arrêt n° 32.

¹³³ Dans le contexte des recours administratifs ordinaires, il n'y a pas « *lieu de recherche si l'auteur du recours gracieux avait qualité pour former un tel recours* », C.E.f. 10 fév. 1982, *Angeletti, Rec.*, p. 62 ; C.E.f. Sect. 23 nov. 1962, *Ass. des anciens élèves de l'Institut commercial de Nancy, Rec.*, p. 625.

¹³⁴ C.E.f. 13 mai 1991, *Mars et autres, Rec.*, p. 707.

¹³⁵ C.E.f. 31 mars 1995, *Comité d'établissement des automobiles Peugeot de Sochaux, Rec.*, p. 249.

¹³⁶ C.E.f. 7 juillet 1905, *Maire de Bourges, Rec.*, p. 612 S. 1907, 3, p. 88.

¹³⁷ C.E.f. 2 fév. 1951, *Cassagneau, Rec.*, p. 66.

¹³⁸ Par exemple, les avis obligatoirement recueillis pour l'adoption de l'acte initial, ne doivent pas être demandés à nouveau pour la résolution du recours : C.E.f. 22 avril 1959, *Secrétaire d'État à la Santé publique c/Béraud, Rec.*, p. 255 ; C.E.f. 29 mars 1991, *Soc. anonyme Laboratoire L. Lafon*, concl. HUBERT ; A.J.D.A. 1991 p. 582 note PRETOT ; P.A. 8 mai 1991 p. 6 note CELERIER.

¹³⁹ C.E.f. Sect. 10 déc 1943, *Dlle Sée, Rec.*, p. 285, et C.E.f. 9 mars 1945, *Sté pour la fabrication d'aliments composés pour le bétail, Rec.*, p. 294 ; C.E.f. 27 avril 1953, *Collin, Rec.*, p. 197 ; C.E.f. 5 fév. 1982, *Cahen, Rec.*, p. 60.

du recours et ne sont pas appelées à se prononcer sur le recours¹⁴⁰. Des décisions de principe se sont prononcées dans ce sens, tout en affirmant que l’instruction des recours administratifs « *eu égard de la nature du recours formé* » n’est contradictoire que si un texte l’a expressément prévue¹⁴¹, en faisant ainsi, un recours administratif spécial. Une procédure auditoire était prévue lorsque la décision était de celles dont la motivation est obligatoire d’après la loi de 1979¹⁴². Néanmoins, l’article 19 de la loi du 12 avril 2000, ayant considéré les recours administratifs comme des demandes, a exclu la procédure d’auditoire en matière de recours administratifs contre des décisions motivées¹⁴³. Cette situation est corrigée par la jurisprudence pour qui, lorsqu’un recours administratif est exercé à l’encontre d’un acte créateur des droits pour un tiers, l’autorité administrative devra notifier et recueillir les observations du tiers bénéficiaire de l’acte¹⁴⁴.

c. La décision

La décision expresse des recours administratifs facultatifs reste confiée à la bonne volonté de l’autorité administrative¹⁴⁵. Lorsque l’autorité décide le recours, cette décision ne se substitue pas à la décision initiale¹⁴⁶ et les deux restent potentiellement contestables devant le juge¹⁴⁷. Le contenu de la décision sur le recours ordinaire n’est pas règlementé ; l’autorité ne doit pas respecter des règles spéciales visant à élaborer une véritable réponse au recours. L’administration dispose d’une large marge d’action pour décider les recours dans la mesure où sa compétence pour se prononcer sur la régularité ou l’opportunité de ses propres actes ou de ceux de son subordonné ne découlent pas directement du recours de l’administré.

¹⁴⁰ L’article 8 du décret du 28 novembre 1983, ainsi que l’article 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 ne reconnaît pas le droit d’être entendu du seul fait de l’exercice d’un recours administratif contre l’acte dont sa disparition pourrait entraîner des effets négatifs.

¹⁴¹ « (...) *eu égard à la nature du recours formé* (...) ainsi qu’à son objet, et en l’absence de toutes dispositions législative ou réglementaire instituant une procédure contradictoire, le sieur Collin n’est pas fondé à soutenir que ledit recours aurait dû lui être communiqué afin qu’il pût présenter ses observations », C.E.f. 27 avril 1953, *Collin, Rec.* p. 197. C’est avec regret que le commissaire du gouvernement de l’affaire *Brissaud* reconnaît qu’en dépit de la demi-douzaine de recours administratifs présentés par écrit, l’audition du Sieur BRISSAUD aurait « *éclairé d’un jour nouveau certaines circonstances de l’affaire* », alors qu’en l’absence d’une norme prévoyant le droit d’être entendu, ce moyen est inopérant : Erwin GULDNER, conclusions sur C.E.f. 27 juin 1957, *Brissaud, Rec.*, p. 401.

¹⁴² « (...) *exception faite du cas où il est statué sur une demande présentée par l’intéressé lui-même, les décisions qui doivent être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979 susvisée ne peuvent légalement intervenir qu’après que l’intéressé ait été mis à même de présenter des observations écrites* », art. 8 du décret du 28 novembre 1983. Puisque les recours administratifs n’étaient pas considérés comme des demandes, au sens de l’art. 5 du décret, la procédure auditoire prévue à l’art. 8 s’appliquait aux recours administratifs exercés par l’intéressé et par les tiers.

¹⁴³ « *Exception faite des cas où il est statué sur une demande – comme c’est le cas des recours –, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 (...) n’interviennent qu’après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales* », art. 24 de la loi du 12 avril 2000.

¹⁴⁴ C.E.f. 3 juillet 2009, n° 301095, *Min. de l’Emploi c/ Sté Orléans Gestion, A.J.D.A.* 2009, p. 2288, concl. KELLER.

¹⁴⁵ Il faut rappeler que quand l’autorité administrative accomplit son devoir de retirer ou d’abroger des actes illégaux, cela ne signifie pas nécessairement une décision expresse du recours administratif. Le recours est décidé dans le cas où la disparition de l’acte est motivée non seulement à partir de l’illégalité, mais aussi lorsque la décision vise le recours ; celle-ci est rédigée comme une décision provoquée et elle est notifiée au requérant.

¹⁴⁶ C.E.f. 1^{er} oct. 1954, *Dame Bonnetblanc, Rec.* p. 491 ; C.E.f. Ass. 23 août 1965, *Ducroux, Rec.*, p. 231 ; A.J.D.A. 1965, p. 332 ; C.E.f. 3 oct 1979, *Lasry, A.J.D.A.* 20 déc. 1979, p. 31 ; C.E.f. 5 oct 1983, *SA des transports en commun de Bayonne, Rec.*, p. 395 ; C.E.f. 12 juin 1987, *Soc. Gantois, Rec.*, p. 208, A.J.D.A. 1987, p. 466, chron. AZIBERT et de BOISDEFFRE.

¹⁴⁷ Les vices de la décision initiale subsistent malgré la décision d’un recours administratif ultérieur : C.E.f. 28 nov. 1960, *Dame Mignon, Rec.*, p. 646.

Par conséquent, l'autorité administrative peut décider au-delà des moyens et des conclusions soulevés par l'administré. Il n'est pas interdit d'aggraver la situation du requérant unique¹⁴⁸. La non *reformatio in pejus* s'applique néanmoins lorsque le recours porte sur une sanction administrative¹⁴⁹ ou lorsque l'acte initial est légal et lorsqu'il a créé des droits pour le requérant¹⁵⁰. Dans ce cas, pour décider le recours, l'autorité administrative devra se rapporter aux circonstances de fait et de droit présents au moment de l'adoption de l'acte créateur de droits¹⁵¹. En revanche, l'autorité dispose d'une grande latitude lorsque l'acte n'a pas créé de droits ; celle-ci peut prendre une décision conforme aux circonstances de fait et de droit au moment de décider le recours¹⁵². En effet, les contraintes au moment de décider le recours ne découlent pas du fait qu'il s'agit de décider un recours administratif, mais du respect des droits acquis.

La décision des recours administratifs facultatifs n'est pas essentiellement motivée : l'obligation de motivation ne découle pas du fait d'être la décision d'un recours administratif¹⁵³. Une circulaire de 1979, du Premier ministre, portant sur l'application de la loi sur la motivation des actes administratifs, a précisé que la décision des recours administratifs n'est motivée que si la décision objet du recours était motivée conformément à la loi, notamment dans les cas des décisions individuelles défavorables¹⁵⁴. Cette interprétation de la loi faisant exception à l'absence de parallélisme des formes en matière de recours administratifs a été confirmée par la jurisprudence du Conseil d'État¹⁵⁵.

Compte tenu du fait que la décision implicite est naturellement non motivée, l'obligation de motivation aurait pu devenir la source d'un véritable devoir de décision expresse des recours contre les actes motivés¹⁵⁶. Conformément à une jurisprudence antérieure à 1979, la décision implicite qui devait être motivée était nécessairement illégale¹⁵⁷.

¹⁴⁸ C.E.f. 24 juin 1948, *Sté Grand Café de Chalon, Rec.*, p. 301, S. 1949, III, 74 ; C.E.f. 7 oct. 1960, *Lautier, Rec.*, p. 522.

¹⁴⁹ C.E.f. sect., 16 mars 1984, *Moreteau, Rec.*, p. 108, concl. GENEVOIS ; D. 1984. p. 483, note HERON.

¹⁵⁰ C.E.f. 1^{er} juillet 1898, *Brincart, Rec.*, p. 514.

¹⁵¹ C.E.f. 4 déc 1953, *Sarra, Rec.*, p. 529 ; C.E.f. 26 fév 1969, *Fufloq, Rec.*, p. 11 ; C.E.f. 12 mars 1980, *Min du travail c/ Syndicat des travailleurs de la métallurgie toulousaine, Rec.*, p. 144 ; C.E.f. 6 juillet 1990, *Min du travail c./ Mattei, A.J.D.A.* 1991, p. 230, note BELLOUBET-FRIER.

¹⁵² C.E.f. Sect. 6 juillet 1990, *Sté Clinique Les Martinets*, n° 77546.

¹⁵³ C.E.f. 23 mai 1947, *Courty, Rec.*, p. 215 ; C.E.f. 12 juin 1987, *Ruat et Gril, R.D.S.S.* 1988, p. 25, obs. DUBOIS ; C.E.f. 5 oct 1983, *SA des transports en commun de Bayonne, Rec.*, p. 395 ; C.E.f. 25 mars 1988, *Bernadet, Rec.*, p. 575.

¹⁵⁴ « (...) la loi ne fait pas un sort spécial aux réponses à des recours administratifs. Les décisions prises sur recours gracieux ou hiérarchiques ne sont obligatoirement motivées que dans la mesure où la décision initiale doit l'être elle-même. Il reste que la motivation des réponses faites à des recours administratifs spéciaux est, dans tous les cas, souhaitable », Circulaire du Premier ministre du 31 août 1979, *D.* 1979, p. 308.

¹⁵⁵ C.E.f. 16 février 1983, *Mme Vigne, Rec.*, p. 569 ; C.E.f. 23 juillet 1993, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c/ Institution privée mixte de Monistrol-sur-Loire*, n° 99391, *Rec. t.*

¹⁵⁶ Le professeur ISAAC plaide pour l'illégalité des décisions implicites ne respectant pas les formes prévues pour la décision explicite : « Ce n'est que cette sanction de l'annulation automatique en cas de non-respect des formalités qui consacrerait pour l'administration une véritable obligation », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 320.

¹⁵⁷ « (...) aux termes du dernier alinéa de l'art. 570 code de la Santé Publique : « tout refus de licence doit faire l'objet d'une décision motivée (...) si ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'une décision implicite de rejet intervienne par suite du silence gardé par l'administration sur une demande de licence, elle s'oppose à ce qu'une telle décision, nécessairement dépourvue de motivation, puisse être regardée comme régulière (...) », T.A. de Grenoble, 19 juin 1963, *Soc. d'Action Mutualiste Interprof, Rec.*, p. 730 ; Celle-ci était aussi la position du Conseil d'État : C.E.f. 15 juillet 1964, *Duquerroix, Rec.*, p. 424.

Cependant, la même loi de 1979 a tranché la discussion. Elle affirme clairement que la décision implicite n'est pas illégale du seul fait de ne pas être motivée. Elle reconnaît, aussi, le droit de solliciter les motifs de la décision qui aurait dû être motivée¹⁵⁸. À partir de ce principe, la jurisprudence a encore réduit le champ d'application de l'obligation de motivation de la décision des recours contre des actes motivés : la décision n'est pas nécessairement motivée quand elle est de rejet, c'est-à-dire simplement confirmative, entendant par là, que la décision sur le recours s'approprie des motifs de la décision initiale¹⁵⁹.

En l'absence de motivation, l'administration perd l'opportunité d'expliquer au requérant les raisons qui pourraient conduire au rejet d'un éventuel recours juridictionnel¹⁶⁰. L'administration renonce ainsi à exercer une pédagogie dissuasive¹⁶¹. Elle confirme que le recours n'est qu'un appel à la bienveillance administrative. Sans motivation du rejet, la fonction du recours administratif ne peut pas être celle de la défense des administrés. Malgré cela, c'est l'administré qui choisit librement de lancer un appel à la bienveillance administrative au lieu de saisir directement le juge. L'absence d'un régime juridique propre à une véritable contestation peut être expliquée dans la mesure où le recours administratif facultatif est considéré comme une demande d'exercer des compétences existant sans besoin du recours de la part de l'administré.

§ 2. Une demande de mettre en œuvre des pouvoirs dont l'administration dispose indépendamment du recours

D'après le professeur Jean-Marie AUBY, les recours administratifs « *ne sont que la demande adressée à une autorité, de mettre en œuvre une compétence qui pourrait s'exercer de la même manière ex officio* »¹⁶². Cette explication rejoint celle déjà donnée au début du XXe siècle par Émile ARTUR, ajoutant que l'initiative de l'administré ne changeait en rien la nature juridique de la compétence administrative¹⁶³. Les recours administratifs ne seraient ainsi que

¹⁵⁸ « Une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation. Toutefois, à la demande de l'intéressé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande. Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués », art. 5 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979.

¹⁵⁹ C.E.f. 30 nov. 1994, *Guyot, Rec.*, p. 517 ; C.E.f. Ass. 17 fév. 1995, *Hardouin, Rec.*, p. 82, concl. FRYDMAN ; *Gaz. Pal.* 1995, 2, p. 452, note OTEKPO ; *J.C.P.* 1995, II, n° 22426, note LASCOMBE et BERNARD ; *A.J.D.A.* 1995, p. 421 et p. 379 chron. ; *P.A.* 28 avril 1995, note VLACHOS ; *P.A.* 9 juin 1995, note NGUYEN VAN TUONG ; C.E.f. 14 oct. 1996, *Figuet, Rec.*, t., p. 683 ; C.E.f. 8 déc. 2000, *Parti nationaliste basque ERI-PNB*, n° 212044, *A.J.D.A.* 2001, p. 769, conclusions MAUGUE.

¹⁶⁰ « (...) l'indication des motifs permettrait à l'intéressé de mieux mesurer les chances d'un recours contentieux contre l'acte dont il se plaint », Didier TRUCHET, « Recours administratif », *loc. cit.*, p. 23.

¹⁶¹ « C'est l'effet de ce qu'on peut appeler une « pédagogie du non », CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires, op. cit.*, p. 36.

¹⁶² Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.*, I, 1955, p. 117. Le recours hiérarchique « (...) tend à ce que soit mis en œuvre le pouvoir du supérieur sur l'inférieur », Henry PUGET et Georges MALEVILLE, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *loc. cit.*, p. 113.

¹⁶³ « (...) l'auteur de l'acte (...) et le supérieur hiérarchique, en réformant ou annulant l'acte, ne fera rien d'autre que ce qu'aurait pu faire l'auteur de l'acte lui-même : il fera fonction d'administrer et non de juge ; son acte, pour avoir été provoqué par la demande d'un particulier, n'en aura pas moins la même nature que s'il avait été fait d'office (...) », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 1^{er} article, *R.D.P.* mars-avril 1900, p. 245.

la confirmation de la possibilité reconnue par la monarchie d'informer les autorités des éventuels vices touchant ses actes¹⁶⁴. Cette fonction simplement informative serait à la source des caractéristiques des recours administratifs facultatifs en droit français : tout d'abord, tout le monde a la possibilité d'informer le pouvoir et, par conséquent, l'autorité administrative n'est pas censée contrôler les conditions de légitimation pour l'exercice des recours facultatifs. Ensuite, l'informant n'a pas de place dans le contrôle et, ainsi, aucune garantie à son égard ne peut être justifiée. Enfin, l'information donnée par l'administré n'est ni la source ni la limite des pouvoirs de l'autorité pour contrôler les actes : elle peut ne pas prendre en considération l'information donnée par l'administré et, surtout, elle peut l'utiliser pour aggraver la situation de l'informateur¹⁶⁵. Cette dernière caractéristique concerne aussi, en principe, le droit colombien.

Le recours administratif est considéré comme une demande d'exercer le contrôle hiérarchique (A), pouvant comprendre l'examen de la régularité et de l'opportunité de l'acte. Or, lorsque le recours concerne exclusivement la régularité, il peut être considéré comme une demande d'accomplir le devoir de faire disparaître les actes irréguliers (B).

A. La demande d'exercer le contrôle hiérarchique

L'organisation administrative hiérarchisée justifie la mise en place des mécanismes de contrôle des supérieurs à l'égard des subordonnés et de leurs actes. L'existence du contrôle hiérarchique tient à la nécessité de garantir le bon fonctionnement de l'administration hiérarchisée¹⁶⁶. En droit français, le contrôle hiérarchique existe sans qu'aucun texte ne le prévoie¹⁶⁷ et il ne peut être exclu que par une disposition législative expresse¹⁶⁸. En droit colombien, il n'existe pas un principe général concernant l'existence du contrôle hiérarchique sans texte. Néanmoins, dans des conditions prévues par la loi, les actes administratifs doivent être abrogés par l'auteur de l'acte ou par son supérieur hiérarchique¹⁶⁹, supposant un contrôle administratif préalable à la décision d'abrogation. De surcroît, la jurisprudence a reconnu que le pouvoir d'abroger les actes d'une autre autorité ne s'applique pas en l'absence du lien

¹⁶⁴ « Malgré « l'exemple donné en des temps barbares par Édouard, Prince de Galles et duc de Guyenne, célèbre sous le nom de Prince Noir, en faisant pendre ceux qui portaient à l'autorité supérieure des plaintes de leurs administrés » (Meyer, « Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays d'Europe », Paris 1818-1821, tome IV, p. 233), les princes ont consenti de bonne heure à être saisis des décisions de leurs serviteurs, car c'était là un moyen pour être informés et contrôler ; ce n'était donc qu'indirectement que les particuliers tiraient profit de cette technique », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 618-619.

¹⁶⁵ « Ensuite et surtout parce que le recours hiérarchique, à la différence du recours contentieux, n'enferme pas l'autorité compétente dans les termes de la requête ; il déclenche le contrôle hiérarchique, qui existe de plein droit, et le met en œuvre dans sa plénitude », Jean DELVOLVE, conclusions sur C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Droit social*, 1951, p. 249.

¹⁶⁶ « Le pouvoir du chef de service correspond à une nécessité, non pas même juridique ou logique, mais biologique, en ce sens que, si l'on prétendait éliminer ce pouvoir, le service ne saurait fonctionner normalement », Jean RIVERO, note sous C.E.f. 7 fév. 1936, *Jamart*, S. 1937, p. 113.

¹⁶⁷ C.E.f. 31 juillet 1903, *Picard*, S. 1906, III, p. 14 ; c'est un principe général du droit : C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Droit social*, 1951, p. 248, S. 1951, III, p. 85, note AUBY.

¹⁶⁸ C.E.f. 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, D. 1965, Jur. p. 84 ; C.E.f. 23 fév. 1964, *Sieur Daligault*, A.J.D.A. 1964, p. 640, note PAULIN. « (...) il n'est pas nécessaire que le contrôle soit prévu par un texte ; dans le cadre de la hiérarchie administrative, il existe toujours dès lors qu'aucun texte ne l'exclut », Jean DELVOLVE, conclusions sur C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Droit social*, 1951, p. 248.

¹⁶⁹ Art. 69 du C.C.A. et l'art. 93 du C.P.A.C.A.

hiérarchique¹⁷⁰, ce qui permet de conclure, *a contrario*, que dès qu'il y a des rapports de hiérarchie, le contrôle hiérarchique existe de plein droit. Or, en droit colombien, la décision du recours administratif est incompatible avec l'exercice du pouvoir de révocation¹⁷¹ et, par conséquent, l'assimilation du recours hiérarchique à une demande d'exercer le contrôle hiérarchique ne peut concerner que le droit français.

En droit français, lorsque le recours hiérarchique pose la question de la régularité de l'acte administratif, le supérieur hiérarchique peut mettre en place un contrôle visant davantage à rétablir la légalité administrative (1) qu'à répondre à la contestation de l'administré. Ce contrôle aurait pu être exercé indépendamment du recours. En revanche, le contrôle d'opportunité est possible en raison du recours hiérarchique (2).

1. Un contrôle visant à rétablir la légalité administrative

Le contrôle du supérieur hiérarchique sur les actes pris par ses subordonnés représente un volet essentiel de la relation hiérarchique¹⁷². La finalité primaire de ce contrôle consiste à garantir la régularité des actes administratifs des subordonnés. D'office, le supérieur hiérarchique peut prendre connaissance d'un acte administratif de son subordonné et l'annuler lorsqu'il constate son illégalité. Quand le rapport de l'acte est possible pour illégalité, le supérieur dispose, de même, de la possibilité de le modifier¹⁷³. Cela signifie que le pouvoir de réformer un acte légal, n'existe que si un texte spécial l'a expressément attribué¹⁷⁴, autorisant exceptionnellement le supérieur hiérarchique à se substituer¹⁷⁵.

Une option différente au rapport s'offre au supérieur hiérarchique lorsque l'acte est vicié : la régularisation¹⁷⁶ permet la disparition des vices de l'acte initial¹⁷⁷. La régularisation se

¹⁷⁰ C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 23 août 2007, affaire n° 200300046 02, C.R. Rafael LAFONT.

¹⁷¹ « *Lorsqu'au moment de décider un recours de la voie gouvernementale, l'administration exerce la prérogative de la révocation directe, celle-ci commet une voie de fait (...) cela est contraire avec le droit à la procédure régulière du droit dans la mesure où il y a un détournement de la procédure déterminée pour la décision des recours* », C.c.c. Sentence T-033-02, 25 janvier 2002, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

¹⁷² « *La hiérarchie les soumet à la rigueur d'une série de pouvoirs permettant l'autorité de dominer intégralement tout le fonctionnement de l'organisation. Le chef commande le mouvement des unités : il les arrête et il les accélère ; il conditionne l'opportunité de l'activité ; celui-ci surveille le comportement des agents, corrige les erreurs par la révision des actes ou en détruisant ce qui a été mal fait. Le chef sanctionne les omissions* », Aparicio MENDEZ, *La jerarquía*, éd. Amalio Fernández, Montevideo, 1973, p. 28.

¹⁷³ C.E.f. 26 avril 1978, *Minjor*, A.J.D.A. 1978, p. 673, Conc. MASSOT. « (...) si les décisions du subordonné sont illégales, ce qui déclenche un pouvoir de réformation », Jean MASSOT, conclusions, A.J.D.A. 1978, p. 675.

¹⁷⁴ C.E.f. Ass. 29 mars 1968, *Manufacture française de pneumatiques Michelin*, concl. VUGHT, *Rec.*, p. 215 ; A.J.D.A. 1968, p. 335, note DEWOST et MASSOT.

¹⁷⁵ C.E.f., 11 juin 1982, *Mestdag* : A.J.D.A. 1983, p. 44 concl. GENEVOIS ; C.E.f. Sect. 25 févr. 1983, *Union commerçants Parthenay*, *Rec.*, p. 80 ; A.J.D.A. 1983, p. 300, chron. LASSERRE et DELARUE ; C.E.f. 23 oct. 1985, *Sté Sodico-Ouest*, *Rec.*, p. 295.

¹⁷⁶ C.E.f. 1^{er} oct. 1954, *Dame Bonnetblanc*, *Rec.*, p. 491 ; C.E.f. 27 fév 1956, *Ass. des moyens et petits propriétaires du Chesne et autres*, *Rec.*, p. 92.

¹⁷⁷ C.E.f. 27 fév 1956, *Assoc des moyens et petits propriétaires du Chesne et autres*, *Rec.*, p. 92. En Colombie, la jurisprudence a reconnu que les vices d'un acte administratif peuvent être régularisés par un acte administratif ultérieur, pris par la même autorité ou par une autre, à la condition que l'irrégularité ne soit pas définitive. Ainsi, un acte administratif adopté par une autorité administrative incompétente peut être régularisé par l'intervention de l'autorité compétente ; non ainsi, si l'acte n'a pas été adopté par une autorité administrative : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 6 juin 1991, affaire n° 1244, C.R. Miguel GONZALEZ.

met en place soit par l'adoption d'une nouvelle décision¹⁷⁸ qui, dans le cas d'un vice procédural, reprend à nouveau la procédure veillant à ne pas reproduire le défaut entachant l'acte initial¹⁷⁹, soit par la voie de la substitution des motifs¹⁸⁰.

Le pouvoir de régularisation du supérieur hiérarchique est l'un des principaux arguments pour soutenir que le recours hiérarchique ne fait que déclencher le contrôle hiérarchique dans la mesure où un administré entendant contester l'acte devant le supérieur, se trouvera face à la même décision, mais épurée de vices¹⁸¹. Il aurait ainsi perdu la possibilité d'avoir gain de cause devant le juge. De surcroît, le supérieur hiérarchique ne limite pas son contrôle aux seuls griefs invoqués par l'administré. Il se saisit entièrement de l'affaire¹⁸². De ce fait, la décision sur le recours peut aggraver la situation du requérant¹⁸³. De ce point de vue, le recours administratif n'est pas la source de la compétence du supérieur hiérarchique à l'égard de l'acte administratif du subordonné et ne limite pas, non plus, l'étendue de son pouvoir propre.

2. Un contrôle d'opportunité possible grâce au recours hiérarchique

Le principe général du droit administratif du contrôle hiérarchique concerne tant la légalité que l'opportunité¹⁸⁴. Le contrôle hiérarchique d'opportunité a été l'une des raisons principales ayant motivé la formulation du principe général du droit du contrôle hiérarchique parce que ce type de contrôle, à la différence du contrôle de légalité, est exclusif à

¹⁷⁸ Le vice d'incompétence ne se régularise pas, lorsqu'étant compétent, le supérieur hiérarchique n'a pas décidé expressément le recours ; la décision implicite de rejet ne confirme pas l'acte pris par l'autorité incompétente : C.E.f. Sect. 10 avril 1959, *Synd national des speakers de la radiodiffusion française*, Rec., p. 231 ; A.J.D.A. 1982, p. 538 conc. Yves ROBINEAU sur C.E.f. Sect. 3 mai 1982, *M. Louchart*, req. n° 16.799.

¹⁷⁹ La régularisation de la procédure est possible lorsque celle-ci peut être reprise par le supérieur. Lorsque le supérieur conclut que celle-ci n'est pas régularisable, il est amené à rapporter la décision et à renvoyer à l'autorité afin qu'elle reprenne la procédure pour l'adoption d'un nouvel acte : C.E.f. 24 nov. 2006, *Guinot*, n° 275645.

¹⁸⁰ C.E.f. 28 mars 1958, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec., p. 207 ; C.E.f. Ass. 23 avril 1965, *Dame Vve Ducroux*, Rec., p. 231 ; J.C.P. 1965, II, 14412 note DURAND-PRINBORGNE ; D. 1965, p. 845, note PALAZZOLI ; R.D.P. 1965, p. 1188, concl GALABERT et A.J.D.A. 1965, p. 332.

¹⁸¹ Cette décision « conduit à pénaliser la personne qui a commencé par internet un recours administratif, avant de saisir directement le juge de l'excès de pouvoir : car il est bien évident que si, au lieu de s'adresser d'abord au ministre, la dame Ducroux avait saisi aussitôt le juge, elle aurait obtenu l'annulation de la sanction dont l'avait frappée le receveur (...) », Claude PALAZZOLI, note sous C.E.f. Ass. 23 avril 1965, *Dame Vve Ducroux*, Rec., p. 231 ; in D. 1965, p. 846.

¹⁸² De ce point de vue, il s'agit de « - prendre une décision et non de trancher un litige - », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 369.

¹⁸³ « (...) quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle est amenée à examiner la décision de l'autorité subordonnée, l'autorité supérieure a la faculté de réformer ou d'annuler cette décision, même dans un sens contraire aux prétentions de l'auteur du recours », C.E.f. Sect. 24 juin 1949, *Société Grand café de Chalons*, S. 1949, 3, p. 74. De même, en droit colombien, hormis le cas du recours contre une sanction disciplinaire, le supérieur hiérarchique « peut exercer sa compétence sur la décision administrative contestée, sans aucune limitation », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 6 juillet 2001, affaire n° 6570, C.R. Olga NAVARRETE. En dehors du recours contre une sanction, pour que le principe de *non reformatio in pejus* « soit applicable dans d'autres matières, il est besoin d'une norme le disposant expressément », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 14 mars 2002, affaire n° 5863, C.R. Gabriel MENDOZA. Or, la jurisprudence constitutionnelle a reconnu que « Quand l'administré exerce un recours de la voie gouvernementale, en exerçant le droit de pétition, le pouvoir de décision de l'administration est limité : elle ne pourra décider au-delà ou dehors de ce qui a été demandé. Cela serait une voie de fait, pour la méconnaissance des droits constitutionnels à la procédure régulière du droit et de la non " reformatio in pejus " », C.c.c. Sentence T-033-02, 25 janvier 2002, M.R. Rodrigo ESCOBAR. Néanmoins, l'art. 308 du nouveau C.P.A.C.A. limite la *non reformatio in pejus* à la décision des recours contre les sanctions.

¹⁸⁴ C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt*, *Droit social*, 1951, p. 249.

l'administration¹⁸⁵.

Or, le contrôle hiérarchique de l'opportunité est soumis à différentes limitations. L'idée jadis acceptée d'un pouvoir hiérarchique tout puissant, maître des actes de ses subordonnés et pouvant reprendre librement, pour des raisons d'opportunité, les actes adoptés par l'administration sous sa hiérarchie, fait partie d'une certaine « *mythologie traditionnelle* »¹⁸⁶. Le « *mythe* »¹⁸⁷ de ce pouvoir hiérarchique illimité disparaît lorsque les pouvoirs de contrôle d'opportunité sont examinés d'un point de vue strictement juridique¹⁸⁸.

En effet, le contrôle hiérarchique de l'opportunité n'est mis en place qu'à la suite d'un recours administratif¹⁸⁹. Le supérieur hiérarchique ne saurait se saisir d'office du contrôle d'opportunité d'un acte de son subordonné : « (...) *tout est donc décidé, sur le terrain de l'opportunité, par le subalterne, auteur de l'acte* »¹⁹⁰. De plus, le supérieur hiérarchique ne se voit pas attribuer le pouvoir de porter atteinte aux droits acquis par une décision légale, mais jugée inopportune. Par conséquent, des considérations d'opportunité ne sont possibles que quand l'acte créateur des droits peut être modifié ou rapporté pour des raisons de légalité¹⁹¹. Dans la mesure où la décision illégale disparaît, une nouvelle décision est adoptée, prenant en considération des éléments d'opportunité. Il ne s'agit pas, à vrai dire, d'un contrôle de l'opportunité, mais du processus ordinaire d'adoption d'une nouvelle décision. En revanche, lorsque l'acte objet du recours n'a pas créé de droits, même l'acte légal peut être modifié ou rapporté, sans délai, pour des raisons d'opportunité. Cette situation se présente, notamment, quand il s'agit d'un recours hiérarchique préalable obligatoire, confiant au supérieur hiérarchique le soin d'arrêter la position définitive de l'administration. Le recours administratif préalable obligatoire est décidé conformément à l'opportunité et à la légalité présentes au moment de décider le recours¹⁹².

En droit colombien, le recours administratif ne saurait être assimilé au contrôle hiérarchique dans la mesure où le contrôle d'opportunité engagé à la suite d'un recours est différent du contrôle d'opportunité entamé d'office. Il est nécessaire d'avertir, d'emblée, que la jurisprudence n'a pas reconnu expressément le pouvoir de contrôle de l'opportunité au

¹⁸⁵ « *Mais ce n'est pas l'aspect le plus important de ce contrôle puisque, en définitive, ces questions de droit trouveront toujours un juge (...) Au contraire (...) il reste toujours (...) une large zone d'appréciation, qui relève surtout de l'opportunité et qui échappe, soit en droit, soit en fait, au contrôle du juge de l'excès de pouvoir. C'est à ce point de vue que le contrôle hiérarchique a le plus d'importance et est le plus indispensable (...) il est donc nécessaire que la décision prise puisse être revue par l'autorité supérieure avec le recul de lieu et de temps qui permet de décider avec plus d'objectivité* », Jean DELVOLLE, conclusions sur C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Droit social*, 1951, p. 249.

¹⁸⁶ Jean RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *A.J.D.A.* 1966, p. 155.

¹⁸⁷ Jean-Claude GROSHENS, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leurs subordonnés », *A.J.D.A.* 1966, p. 143.

¹⁸⁸ « *À l'analyse juridique le pouvoir du supérieur hiérarchique se dissipe comme brouillard au soleil* », Jean RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *loc. cit.*, p. 154.

¹⁸⁹ Sur ce point cf. BERGERON, *Le recours hiérarchique*, thèse Paris 1923, p. 30, cité par Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse, op. cit.*, p. 627.

¹⁹⁰ Jean RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *loc. cit.*, p. 155.

¹⁹¹ C.E.f. 3 fév. 1956, *De Fontbonne, R.D.P.* 1956, p. 859 ; C.E.f. 4 déc. 1959 *Geoffroy, R.D.P.* 1960, p. 132. C.E.f. Sect. 11 juin 1982, *Berjon, Rec.*, p. 221, concl. GENEVOIS.

¹⁹² C.E.f. Ass. 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, concl. VUGHT, *Rec.*, p. 215 ; *A.J.D.A.* 1968, p. 335, note DEWOST et MASSOT.

supérieur hiérarchique. L'existence de ce type de contrôle peut être déduite de la régulation des recours administratifs : le Code du contentieux administratif dispose que les recours doivent être décidés de façon motivée, tout en précisant que celle-ci doit contenir des raisons de fait, de droit « *et d'opportunité, le cas échéant* »¹⁹³. Par ailleurs, la même norme précise que la décision doit porter sur les questions soulevées par le recours lui-même et sur celles soulevées à l'occasion de la décision sur le recours¹⁹⁴.

Le contrôle d'opportunité engagé afin de décider le recours administratif est différent du contrôle d'opportunité réalisé d'office. Ce dernier existe en raison de l'obligation d'abroger d'office les actes administratifs contraires à l'intérêt public ou social¹⁹⁵. De prime abord, il s'agit d'un contrôle d'opportunité limité à la protection de ces deux intérêts, l'intérêt public ou l'intérêt social. Les raisons d'opportunité ne pouvant pas être liées à ces valeurs, ne justifient pas une décision d'abrogation. Néanmoins, l'intérêt public et social représentent des valeurs tellement larges, qu'il est possible d'y inclure de nombreuses hypothèses du contrôle d'opportunité.

D'après l'interprétation non contentieuse des recours administratifs, lorsque l'administré exerce un recours administratif, l'autorité administrative supérieure n'est pas portée à le décider, mais à mettre en œuvre ses pouvoirs hiérarchiques pour réformer ou faire disparaître l'acte et cela même en aggravant la situation du requérant. Cette fonction des recours administratifs, visant seulement à demander l'exercice des pouvoirs dont l'administration dispose indépendamment du recours, s'apparente aussi au devoir de correction des actes administratifs.

B. La demande d'accomplir l'obligation de disparition des actes irréguliers

La disparition des actes administratifs requiert l'intervention d'un nouvel acte dit « *acte de fin* »¹⁹⁶. Celui-ci peut consister en un acte juridictionnel ou en un acte administratif. La disparition peut être rétroactive ou seulement pour le futur. En droit français, l'annulation juridictionnelle fait disparaître l'acte de façon rétroactive : l'acte administratif est déclaré nul et non avenu¹⁹⁷. Néanmoins, à titre exceptionnel, le juge administratif se reconnaît le droit de faire exception au caractère rétroactif de l'annulation¹⁹⁸. La disparition administrative de l'acte

¹⁹³ Art. 59 C.C.A., al. 1. On doit néanmoins avertir que l'art. 80 du nouveau C.P.A.C.A. dispose seulement que les recours doivent être décidés de façon motivée.

¹⁹⁴ L'art. 59 du C.C.A. dispose que « *La décision devra résoudre toutes les questions ayant été proposées et celles apparaissant à l'occasion du recours* ». Avec une rédaction semblable, l'art. 80 du C.P.A.C.A. abandonne l'expression *questions* afin d'adopter celles des *pétitions* et préciser que celles-ci doivent être présentées à temps.

¹⁹⁵ « *Les actes administratifs devront être révoqués par les fonctionnaires qui les ont pris ou par leurs supérieurs hiérarchiques, d'office ou à la demande de l'intéressé, dans les cas qui se suivent : (...)* 2. *Lorsque ces actes sont contraires à l'intérêt public ou social ou lorsqu'ils l'altèrent* », art. 93 du C.P.A.C.A. Cette norme équivaut au n° 2 de l'art. 69 du C.C.A.

¹⁹⁶ Florence CROUZATIER-DURAND, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 219.

¹⁹⁷ C.E.f. 26 déc. 1925, *Rodière, Rec.*, p. 1065 ; *R.D.P.* 1926, p. 32, concl. CAHEN-SALVADOR ; *S.* 1925, 3, p. 39, note HAURIUO ; C.E.f. 18 déc. 1953, *Welter, Rec.*, p. 564 ; C.E.f. Sect. 25 juin 2001, *Soc. Toulouse football club, A.J.D.A.* 2001, p. 887, note SIMON.

¹⁹⁸ C.E.f. 11 mai 2004, *Association A.C. ! et autres, G.A.J.A.* 18^e éd., n° 112.

peut avoir des effets rétroactifs ou « *dès lors* » (*ex tunc*), et, dans ce cas, il s'agit d'un retrait ; de rapporter l'acte ou d'une annulation quand elle est prononcée par le supérieur hiérarchique. De même, la disparition administrative de l'acte peut avoir des effets pour le futur ou « *dès à présent* » (*ex nunc*) et, dans ce cas, il s'agit d'une abrogation. De ce seul point de vue, il n'y a pas de différences entre la disparition juridictionnelle et administrative des actes administratifs en droit français. En revanche, en droit colombien, les autorités administratives colombiennes ne disposent pas de la prérogative de faire disparaître rétroactivement des actes administratifs¹⁹⁹ ; cette prérogative est réservée pour l'annulation juridictionnelle²⁰⁰. La disparition administrative de l'acte ne peut dès lors avoir que des effets pour le futur. Ce genre d'abrogation, en droit colombien, s'appelle révocation. Elle peut intervenir à la suite d'un recours administratif ou d'office.

Pour déterminer dans quelle mesure les recours administratifs ne sont qu'une demande d'accomplir l'obligation de disparition des actes irréguliers, il est question de s'intéresser, d'un côté, à l'obligation de retirer ou d'abroger en droit français (1), ainsi qu'à l'obligation de révoquer en droit colombien (2).

1. L'obligation de retirer ou d'abroger en droit français

Le retrait et l'abrogation des actes administratifs représentent des prérogatives auxquelles l'administration ne peut pas valablement renoncer²⁰¹. Or, la question intéressant la détermination de la fonction des recours administratifs n'est pas celle de savoir quand le retrait ou l'abrogation sont possibles, en raison principalement du respect des droits acquis et dont la réponse complexe est partagée par les normes et par la jurisprudence²⁰². La question consiste à déterminer quand l'administration est dans l'obligation de prononcer la disparition de l'acte.

¹⁹⁹ La situation de la Colombie où seul le juge peut annuler les actes administratifs correspond à celle existant en France jusqu'au début du XXe siècle où cela a été admis : C.E.f. 16 fév. 1912, *Abbé Blanc, Rec.*, p. 223 ; C.E.f. 14 juin 1912, *Wulliet, Rec.*, p. 659 ; C.E.f. 28 nov. 1913, *Milloud, Rec.*, p. 1181 ; C.E.f. 26 juin 1914, *Richebe, Rec.*, p. 769 ; C.E.f. 1^{er} août 1919, *Frassé, Rec.*, p. 695 ; C.E.f. 3 nov. 1922, *Dame Cachet, Rec.*, p. 790 ; S. 1925, III, p. 9, note HAURIU ; R.D.P. 1925, p. 552, concl. RIVET.

²⁰⁰ « *Quand le juge du contentieux administratif déclare la nullité de l'acte administratif, il constate les vices le lézant dès sa naissance, en raison de l'une des causes de l'art. 84 du C.C.A. qui sont plus larges que celles prévues à l'art. 69 du C.C.A. Par conséquent, la décision du juge est déclarative et elle a des effets ex-tunc, c'est-à-dire rétroactifs, pouvant, le cas échéant, condamner à la réparation des préjudices provoqués pendant le temps où l'acte a existé* », C.E.c. Section 3, 13 mai 2009, affaire n° 15652, C.R. Myriam GUERRERO.

²⁰¹ « *La compétence conférée à l'effet d'abroger des actes administratifs présente un caractère d'ordre public. Comme toute compétence, elle est insusceptible de renonciation. L'engagement pris par une autorité de laisser subsister indéfiniment un acte unilatéral serait certainement illicite* », C.E.f. 9 mars 1951, *Ville de Villefranche-sur-Saône, Rec.*, p. 144.

²⁰² Lorsque l'acte administratif individuel n'a pas créé de droits à l'égard des administrés, le retrait est possible librement et sans délai (C.E.f. Sect. 27 juin 1947, *Sté Duchet et Cie, Rec.*, p. 283). Lorsque l'acte a créé des droits, la possibilité de retrait est soumise à différentes conditions (C.E.f. 3 nov. 1922, *Dame Cachet, Rec.*, p. 790 ; S. 1925, III, p. 9, note HAURIU ; R.D.P. 1925, p. 552, concl. RIVET ; art. 23 de la loi n° 200-321 du 12 avril 2000 ; C.E.f. Ass. 24 oct. 1997, *Mme de Laubier, Rec.*, p. 371 ; A.J.D.A. 1997, p. 936 chron. GIRARDOT et RAYNAUD ; D. 1998, p. 202, note BRISSON ; J.C.P. 1998, I, n° 165, chron. PETIT ; P.A. fév. 1998, n° 22, note PELLISSIER ; R.F.D.A. 1998, p. 527, concl. PÉCRESSE ; C.E.f. Ass. 26 oct. 2001, *Ternon, Rec.*, p. 497 ; A.J.D.A. 2001, p. 1037, chron. GUYOMAR et COLLIN ; A.J.D.A. 2002, p. 738, note GAUDEMET ; R.F.D.A. 2002, p. 77, concl. SENERS et 88, note DELVOLVE ; G.A.J.A. 18^e éd., n° 107).

Si les autorités administratives françaises étaient dans l'obligation de prononcer d'office, sans besoin d'être saisies d'un recours, le retrait ou l'abrogation des actes administratifs illégaux, il faudrait conclure que les recours administratifs ne sont qu'une demande d'exécuter cette obligation²⁰³. Les recours administratifs n'auraient aucune conséquence sur la compétence de l'autorité administrative. Or, l'obligation d'abrogation spontanée n'existe qu'à l'égard des règlements illégaux ou sans objet²⁰⁴. Cela implique un exercice de révision des règlements afin de procéder régulièrement à une telle épuration. En revanche, pour les actes administratifs non réglementaires, le retrait des actes illégaux est facultatif²⁰⁵ et il ne peut être prononcé que dans le délai de deux mois suivant la notification de l'acte²⁰⁶. Les autorités administratives ne sont tenues de prononcer la disparition de l'acte administratif que si un recours est exercé à leur encontre. Ainsi, l'autorité administrative doit retirer l'acte administratif individuel illégal pour lequel un recours gracieux²⁰⁷ ou hiérarchique²⁰⁸ a été exercé²⁰⁹. De même, l'autorité administrative devra prononcer l'abrogation du règlement illégal, même si l'illégalité est originaire ou survenue²¹⁰, à partir du moment où celle-ci

²⁰³ « (...) on peut penser que le juge plutôt que de chercher à étendre le rôle de l'administration dans le règlement des litiges, a voulu assigner à l'administration une nouvelle mission, celle consistant dans « l'apurement de l'ordre juridique » l'élimination des illégalités. Il s'agit là d'une fonction qui relèverait normalement du juge (...) », Jean-Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *loc. cit.*, p. 98.

²⁰⁴ L'art. 16-1 de la loi du 12 avril 2000, inséré par l'art. 1^{er} de la loi du 20 décembre 2007, dispose que « L'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet, que cette situation existe depuis la publication du règlement ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ».

²⁰⁵ C.E.f. 2 oct. 1987, *M. Castel et autres*, R.F.D.A. 1988, p. 871, concl. GUILLAUME.

²⁰⁶ C.E.f. 16 mars 1990, *Min de l'agriculture c/ Consorts Madret*, Rec., p. 69.

²⁰⁷ C.E.f. 12 mars 1976, *Gillet*, Rec., p. 754 ; C.E.f. 30 janvier 1981, *Min. du travail et de la participation*, D. 1982, p. 37, note AUBY ; C.E.f. 11 juin 1982, *Plottet*, Rec., p. 217 ; D.A. 1982, n° 255 ; C.E.f. 10 fév. 1992, *Roques*, Rec., p. 55 ; D.A. 1992, n° 146 ; R.F.D.A. 1992, p. 841, concl. LAROCHE.

²⁰⁸ C.E.f. Sect. 4 décembre 1959, *Geoffroy*, Rec., p. 654 ; R.D.P. 1960, p. 132, note WALINE ; C.E.f. 7 oct. 1960, *Min. de la santé publique c/ Sieur Lautier*, Rec., p. 122 ; C.E.f. 2 déc. 1960, *Dame Franc*, D. 1962, p. 7, note AUBY ; C.E.f. 20 juin 1989, *Noon*, Rec., p. 25. Pour le recours hiérarchique : C.E.f. Sect. 4 décembre 1959, *Geoffroy*, Rec., p. 654 ; R.D.P. 1960, p. 132, note WALINE ; C.E.f. 7 oct. 1960, *Min. de la santé publique c/ Sieur Lautier*, Rec., p. 122 ; C.E.f. 2 déc. 1960, *Dame Franc*, D. 1962, p. 7, note AUBY ; C.E.f. 20 juin 1989, *Noon*, Rec., p. 25.

²⁰⁹ L'art.2 du décret du 28 nov. 1983 avait disposé que l'annulation juridictionnelle d'un règlement obligeait aux autorités administratives à faire droit aux demandes présentées sans délai, visant à faire disparaître les actes non réglementaires pris sous le fondement du règlement annulé. Or « (...) Cette disposition est tombée en désuétude en raison de la volonté du juge de préférer à cette disposition réglementaire sa jurisprudence traditionnelle concernant l'obligation de retrait ou l'abrogation des actes non réglementaires illégaux », Anicet LE PORS, « Chronique d'une mort annoncée : le décret du 28 novembre 1983 », *J.C.P. A.*, n° 6, 2007, n° 2021, p. 23.

²¹⁰ Avant la décision *Alitalia* de 1989, la jurisprudence différenciait entre l'illégalité de l'acte réglementaire, originaire et survenue. Le règlement illégal dès sa signature, ne devait être « abrogé » que dans le délai du recours juridictionnel (il s'agissait à vraiment dire, d'un retrait) (C.E.f. 10 avril 1959, *Syndical national des speakers de la radiodiffusion française*, Rec., p. 231 ; C.E.f. Sect. 30 janv. 1981, *Soc. Afrique France Europe Transaction*, Rec., p. 32). Après le délai du recours juridictionnel, l'abrogation du règlement illégal dès l'origine n'était pas obligatoire (C.E.f. Sect. 6 nov. 1959, *Coopérative laitière de Belfort*, Rec., p. 581 ; C.E.f. 30 janv. 1982, *Min. du travail et de la part.*, Rec., p. 32). Pour le règlement devenu illégal, la jurisprudence a d'abord accepté que l'abrogation pouvait être demandée sans délai (C.E.f. 10 janv. 1930, *Despujol*, Rec., p. 30 ; C.E.f. 25 janv. 1933, *Abbé Coiffier*, Rec., p. 100 ; C.E.f. Sect., 20 juillet 1971, *Méhu et autres*, Rec., p. 568). Ensuite, la jurisprudence a différencié entre le règlement devenu illégal pour changement des circonstances de fait dont l'abrogation pouvait être demandée, en principe, sans délai (C.E.f. 10 janv. 1964, *Simonet*, Rec., p. 19 ; C.E.f. Ass. 10 janv. 1964, *Ministre de l'agriculture c/ Simonet*, Rec., p. 19), et le règlement devenu illégal pour changement des circonstances de droit dont l'abrogation devait être demandée dans le délai de deux mois, suivant la publication de la norme faisant devenir illégal le règlement (C.E.f. 10 janv. 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, Rec., p. 17). L'art. 3 du décret n° 83-1025 du 28 nov. 1983 a essayé de renverser ces différences jurisprudentielles, en disposant que l'autorité administrative devait faire droit à la demande d'abrogation du règlement dont l'illégalité était originaire ou survenue. Or, le Conseil d'État continue pendant quelque temps à exiger les conditions du changement des circonstances en matière économique de la décision *Simonet* de 1964. C'est seulement par l'arrêt *Alitalia* (C.E.f. Ass. 2 fév 1989, *Soc. Alitalia*, Rec., p. 44) que le Conseil d'État adopte le principe établi dans le décret de 1983, tout en affirmant que « les dispositions de l'article 3 du décret du 28 novembre 1983 (...) s'inspirent de ce principe », et non l'inverse. Cette jurisprudence est confirmée par C.E.f. 20 déc. 1995, *Mme Vedel et Jannot*, Rec., p. 44 ; C.E.f. 20 mars 2000, *Gisti*, A.J.D.A. 2001, p. 188.

existe dès sa signature ou dès sa publication²¹¹.

En d'autres termes, lorsqu'un recours administratif est exercé contre un acte illégal, la compétence de l'autorité administrative est liée. La disparition de l'acte illégal doit être prononcée même pour des raisons différentes à celles exposées dans le recours²¹². Du seul point de vue de l'obligation de faire disparaître les actes administratifs illégaux, l'autorité administrative ne décide pas une contestation lorsqu'elle prononce le retrait ou l'abrogation d'un acte illégal ; elle ne fait qu'exécuter son devoir. L'autorité administrative n'est pas obligée de répondre expressément au recours de l'administré ou de le viser dans sa décision d'épuration d'illégalités. Le retrait ou l'abrogation peut être simplement implicite, suite à l'adoption d'un acte contraire.

Néanmoins, il est inexact que les recours administratifs n'aient aucune conséquence sur la compétence de l'autorité administrative car, hormis le cas des règlements, l'obligation de faire disparaître l'illégalité n'existe qu'à la suite du recours. De surcroît, pour déterminer l'illégalité de l'acte et, par conséquent, pour déterminer la compétence qui est liée, l'autorité administrative a dû prendre en considération le recours administratif et instruire l'affaire. De plus, le retrait de l'acte administratif créateur de droits ne peut être prononcé au-delà des délais ordinaires que si le titulaire des droits créés le demande par la voie d'un recours administratif²¹³. Cette hypothèse a pu être considérée comme l'« *un des rares éléments spécifiques du recours administratif* »²¹⁴.

2. L'obligation de révoquer en droit colombien

Lors des recours administratifs, l'administration colombienne peut, notamment, abroger des actes administratifs objet du recours. Elle peut aussi les abroger de sa propre initiative, en utilisant la procédure de la révocation directe des actes administratifs dont l'appellation est évocatrice : l'administration fait disparaître pour le futur l'acte administratif de manière directe, c'est-à-dire sans que l'intervention d'un recours administratif soit nécessaire. Or, les administrés peuvent demander à l'administration l'exercice de sa prérogative de révocation directe. Même si dans les deux cas, une

²¹¹ L'art. 16-1 de la loi du 12 avril 2000, inséré par l'art. 1^{er} de la loi du 20 décembre 2007, dispose l'obligation d'abroger le règlement illégal ou sans objet dès sa publication ou pour des faits postérieurs alors que l'arrêt *Alitalia* fixait ce devoir pour les illégalités existantes dès la signature du règlement. Bien qu'il ait paru que « *la formulation législative de la règle semble désormais soustraire l'administration à l'obligation d'abroger les actes réglementaires illégaux à compter de leur signature* », Bertrand SEILLER, « Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile ? », *A.J.D.A.* 2008, p. 402, il revient à la jurisprudence de continuer à appliquer la jurisprudence *Alitalia* pour les illégalités existantes avant la publication du règlement.

²¹² « (...) le supérieur hiérarchique a l'obligation d'annuler les actes qui lui sont déférés dès lors qu'ils sont entachés d'illégalité, même pour des motifs autres que ceux exposés dans le recours », C.E.f. 2 déc. 1960, *Dame Franc, D.* 1962, p. 7, note AUBY ; C.E.f. 20 juin 1989, *Noon, Rec.*, p. 25.

²¹³ C.E.f. 20 fév. 1924, *Brandstetter, Rec.*, p. 193 ; C.E.f. 9 janvier 1953, *Desfour, Rec.*, p. 5 ; C.E.f. Sect. 29 nov. 1974, *Sieur Barras, Rec.*, p. 598 ; C.E.f. 16 mars 1984, *Moreteau, Rec.*, p. 108, concl. GENEVOIX. Dans ce cas, l'autorité administrative ne peut substituer la décision que pour une autre plus favorable pour l'intéressé : C.E.f. 23 juin 1974, *Min Intérieur c/ Gay, Rec.*, p. 441 ; *A.J.D.A.* 1974, p. 534, chron. FRANC et BOYON. Le retrait est néanmoins possible, sans le recours du bénéficiaire de l'acte, lorsque celui-ci porte atteinte aux droits d'un tiers : C.E.f. 6 fév. 1948, *Dlles Mollet et Salvan, Rec.*, p. 62 ; C.E.f. 29 nov. 1974, *Barras, Rec.*, p. 598 ; *R.D.P.* 1975, p. 1121, note WALINE.

²¹⁴ Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs », *loc. cit.*, p. 119.

révocation peut être prononcée, la confusion des deux figures reste pour le moins critiquable²¹⁵, de même qu'il n'est pas possible d'assimiler la révocation au retrait des actes administratifs²¹⁶.

La première différence entre les recours administratifs et la révocation directe²¹⁷ des actes administratifs consiste en son initiative : alors même que l'autorité administrative ne saurait se saisir d'office d'un recours administratif contre un acte administratif, elle est censée démarrer d'office une procédure de révocation directe, tout en garantissant la procédure régulière du droit et, particulièrement le droit de la défense des administrés affectés par l'acte qui sera révoqué²¹⁸. Or, la révocation directe peut aussi être demandée par l'administré qui n'a pas exercé des recours contre l'acte ou après la résolution des recours²¹⁹.

Deuxièmement, en droit colombien, il n'est pas possible d'exercer des recours contre des actes de contenu général ou réglementaire, contre les actes d'exécution ou les actes préparatoires²²⁰, alors qu'il est possible d'exercer la révocation directe à l'égard de tout acte administratif.

Troisièmement, les recours administratifs peuvent avoir pour objet l'abrogation de l'acte, ainsi que son interprétation et sa modification²²¹, tandis que la révocation directe limite la compétence de l'autorité administrative à l'abrogation de l'acte. C'est-à-dire que le supérieur hiérarchique ne pourra modifier l'acte de son subordonné que lors de la décision d'un recours administratif. De même, lors d'un recours administratif contre un acte, visant à son interprétation ou

²¹⁵ « En Colombie, la protection juridique des administrés s'obtient par la voie gouvernementale, c'est-à-dire par la demande de révocation directe des actes administratifs généraux, au motif de la protection de l'ordonnancement juridique, de la morale ou de l'intérêt de la société en général », Gustavo PENAGOS, "Protección jurídica de los administrativos", Revue *Vniversitas*, n° 76, juin 1989, p. 81.

²¹⁶ « Le retrait de l'acte administratif consiste en la disparition d'un acte antérieur, par l'expression de la volonté administrative contraire », Gaspar CABALLERO, « El control administrativo – La jerarquía y la tutela », *loc. cit.*, p. 84.

²¹⁷ Sur les différences entre les recours administratifs et la révocation directe, peut être consulté : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 23 nov. 1992, affaire n° 1856, C.R. Ernesto ARIZA

²¹⁸ L'art. 74 du C.C.A. dispose que pour la révocation des actes administratifs, devra être suivi la procédure prévue à l'art. 28, c'est-à-dire que les personnes intéressées ou affectées par l'acte devront être notifiées du début de la procédure de révocation directe, en leur donnant la possibilité de s'exprimer, d'apporter et de solliciter des preuves avant l'adoption de la décision qui devra être motivée (art. 34 et 35 du C.C.A.). Le nouveau code C.P.A.C.A., qui commence à être appliqué le 2 juillet 2012, précise que « lors de la procédure de la révocation directe, seront garantis les droits d'être entendu et à se défendre », paragraphe unique de l'art. 97 du C.P.A.C.A.

²¹⁹ Il est difficile de comprendre l'art. 70 du C.C.A., déclaré conforme à la Constitution (C.c.c. Sentence C-742-99, 6 oct. 1999, M.R. José HERNANDEZ), disposant qu'« il n'est pas possible de demander la révocation directe des actes administratifs à l'égard desquels des recours administratifs ont été exercés ». Cela signifierait, de prime abord, qu'une fois que des recours ont été exercés, il n'est plus possible de demander ultérieurement la révocation directe de l'acte. Or, l'alinéa 2 de l'art. 71 du C.C.A. dispose que quand l'administré demande la révocation d'un acte à l'égard duquel il a présenté une demande juridictionnelle, l'administration devra décider dans les trois mois. Sachant que pour présenter la demande juridictionnelle, l'administré a dû exercer le recours administratif préalable obligatoire, il faudra comprendre qu'il n'est pas possible de demander simultanément la révocation de l'acte et exercer des recours administratifs ; mais, que rien ne fait obstacle à demander ultérieurement aux recours, la révocation de l'acte. Dans ce sens : opinion dissidente du conseiller Camilo ARCINIEGAS à l'arrêt C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 11 oct. 2007, affaire n° 25000-23-24-000-2003-00571-02, C.R. Rafael LAFONT. Le nouvel art. 94 du C.P.A.C.A. dispose, en revanche, qu'il n'est possible de demander la révocation directe de l'acte, seulement lorsque le motif est l'anti juridicité de l'acte ou, lorsque, à l'égard du même motif, le délai de l'action juridictionnelle est forclus. Cela voudrait dire que la révocation de l'acte anti juridique peut être demandée après l'exercice des recours administratifs, mais dans le délai de l'action juridictionnelle.

²²⁰ « Il n'y aura pas de recours contre les actes de caractère général, contre les actes préparatoires et contre les actes de simple exécution, sauf dans les cas expressément prévus par une norme », art. 75 du C.P.A.C.A. Cela correspond à l'art. 49 du C.C.A.

²²¹ Art. 50 du C.C.A. et art. 74 du C.P.A.C.A.

à sa modification, l'autorité ne pourra pas décider d'office son abrogation directe²²². Dans ce cas, l'autorité devra attendre la décision sur le recours pour démarrer une procédure d'abrogation directe²²³.

Quatrièmement, les motifs ou les moyens des recours administratifs sont illimités, à la seule condition d'être exprimés et expliqués par le requérant²²⁴, alors que la révocation directe ne peut être demandée et ne peut être prononcée que par l'un des trois motifs prévus par le Code du contentieux administratif :

- tout d'abord, la méconnaissance évidente de la Constitution ou de la loi ;
- ensuite, l'opposition avec l'intérêt public ou social ou son altération ;
- enfin, la constitution d'un préjudice injustifié à une personne²²⁵.

Bien qu'il s'agisse de clauses assez larges, il s'instaure une véritable limitation du pouvoir d'abrogation d'office des actes administratifs, exigeant, dès lors, un effort de motivation pour l'encadrement de la décision dans l'une de ces trois causes.

Cinquièmement, les recours administratifs doivent être exercés dans un bref délai suivant la publicité de l'acte administratif²²⁶. Le délai de l'action juridictionnelle ne commence à courir qu'à la suite de la décision des recours ou de la configuration du silence administratif. En revanche, la révocation directe ne fait pas partie de la procédure d'élaboration de l'acte et, par conséquent, celle-ci peut être décidée sans délai. Elle peut intervenir même lorsque l'acte a été déféré au juge, mais à la condition qu'il n'ait pas prononcé la décision préliminaire concernant la recevabilité de la demande²²⁷. Le nouveau code autorise les autorités administratives à communiquer, en cours d'instance juridictionnelle, une offre d'abrogation de l'acte comme instrument de conciliation. Une fois l'instance juridictionnelle engagée, la révocation nécessite l'accord du demandeur. L'accord concerne la portée de l'abrogation et, le cas échéant, le montant de l'indemnisation des préjudices

²²² « Lorsqu'au moment de décider un recours de la voie gouvernementale, l'administration exerce la prérogative de la révocation directe, celle-ci commet une voie de fait (...) cela est contraire avec le droit à la procédure régulière du droit dans la mesure où il y a un détournement de la procédure déterminée pour la décision des recours », C.c.c. Sentence T-033-02, 25 janvier 2002, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

²²³ Des arguments plaideraient pour autoriser l'autorité administrative à abroger d'office les actes anti juridiques, lors de la décision d'un recours administratif visant seulement à son interprétation ou à sa modification, notamment l'économie de procédure. Néanmoins, le droit colombien reconnaît dans cette limitation, que les recours administratifs sont un instrument conçu avant tout en faveur de la défense de l'administré. Ainsi, décidé le recours, la révocation directe devra respecter les droits acquis par l'acte et seulement l'annulation juridictionnelle y pourra porter atteinte.

²²⁴ L'art. 52, n° 1 du C.C.A. dispose que les recours administratifs doivent être « argumentés, en exprimant de façon concrète les motifs d'insatisfaction ». Cela équivaut au n° 2 de l'art. 77 du C.P.A.C.A.

²²⁵ « Les actes administratifs devront être révoqués par les fonctionnaires qui les ont pris ou par leurs supérieurs hiérarchiques, d'office ou à la demande de l'intéressé, dans les cas qui se suivent : 1. Lorsqu'ils sont en évidente opposition avec la Constitution politique ou à la loi. 2. Lorsque ces actes sont contraires à l'intérêt public ou social ou lorsqu'ils l'altèrent. 3. Lorsque l'acte cause un préjudice injustifié à une personne », art. 69 du C.C.A. Cela correspond à l'art. 93 du C.P.A.C.A. Cette rédaction existe sans aucune modification depuis l'art. 21 du décret n° 2733 du 7 oct. 1959.

²²⁶ L'art. 51 du C.C.A. dispose que les recours administratifs doivent être exercés dans les cinq jours suivant la publicité de l'acte et que les recours contre les actes implicites peuvent être exercés sans délai. L'art. 76 du nouveau C.P.A.C.A. a ramené ce délai à dix jours, tout en précisant qu'il n'est pas possible d'exercer des recours contre des actes implicites une fois que la juridiction en a été saisie.

²²⁷ « La révocation directe peut être décidée sans délai, même à l'égard des actes définitifs ou qui ont déjà été déférés au juge, à la condition qu'elle soit décidée avant la déclaration concernant la recevabilité de la demande », art. 71 du C.C.A. La norme du nouveau code a le même contenu normatif, tout en étant moins explicite: art. 95, al. 1 du C.P.A.C.A.

subis. L'accord de conciliation dont l'abrogation de l'acte fait partie, doit être validé par le juge²²⁸. Pouvant demander sans délai l'abrogation des actes administratifs²²⁹, les administrés trouvent, dans la révocation directe, un mécanisme s'apparentant aux recours facultatifs du droit français²³⁰ : c'est-à-dire une demande à l'autorité administrative d'exercer des pouvoirs dont elle pourrait se servir d'office et, dans le cas colombien, dont elle est tenue d'exercer d'office²³¹.

Sixièmement, l'exercice du recours administratif en appel, dans le délai prévu²³², ouvre la possibilité de saisir, ultérieurement, le juge²³³. Le dépôt du recours administratif fait démarrer le délai pour la constitution du silence administratif. En revanche, la demande d'abrogation des actes administratifs n'a pas les mêmes effets : tout d'abord, la demande de révocation ne conserve pas le délai de l'action juridictionnelle, déjà en cours. Par exemple, lorsque les recours administratifs ont été déjà décidés²³⁴. Ensuite, lorsque le délai de la demande juridictionnelle est déjà forclus, la demande de révocation n'a pas non plus pour effet de faire restaurer les délais pour l'exercice du recours administratif préalable obligatoire ou pour la saisine du juge. Enfin, bien que la demande de révocation directe doive être décidée dans un certain délai²³⁵, le silence gardé n'est pas considéré comme un silence administratif qui, dès lors, ferait courir des nouveaux délais²³⁶.

Ces différences entre les recours administratifs et la révocation directe des actes administratifs démontrent qu'en droit colombien, il n'est pas possible d'assimiler les recours administratifs à une simple demande d'exécuter l'obligation de révoquer. La révocation est une prérogative²³⁷ réglée, consistant en la disparition pour le futur des actes administratifs²³⁸, totale ou

²²⁸ « Au cours de l'instance juridictionnelle et avant la décision de second ressort, d'office ou à la demande du Ministère public, les autorités administratives pourront communiquer, sous l'autorisation préalable du comité de conciliation de cette autorité, l'offre de révocation des actes administratifs contestés. L'offre devra préciser les actes pouvant être révoqués, ainsi que la façon de rétablissement du droit ou de réparation des préjudices provoqués. Si le juge considérait que l'offre est conforme à la Constitution et à la loi, celui-ci la communiquera au demandeur qui, dans un délai fixe, devra accepter ou refuser. Au cas d'acceptation, le procès sera fini par une ordonnance exécutoire, déterminant les obligations de l'autorité administrative », Paragraphe unique de l'art. 95 du C.P.A.C.A.

²²⁹ Sauf lorsque la demande est motivée par la première cause de révocation, consistant en l'inconstitutionnalité ou l'illégalité des actes administratifs car, dans cette hypothèse, pour des raisons de sécurité juridique, l'art. 94 du nouveau Code C.P.A.C.A. limite la possibilité de demander l'abrogation, pour cette cause, au délai du recours juridictionnel.

²³⁰ Il faut néanmoins avertir que la demande d'abrogation ne conserve pas le délai de l'action juridictionnelle.

²³¹ Cette situation s'apparente au cas français de l'abrogation des règlements illégaux dont l'art. 16-1 de la loi du 12 avril 2000, inséré par l'art. 1^{er} de la loi du 20 décembre 2007, dispose que « L'autorité administrative est tenue, d'office ou à la demande d'une personne intéressée, d'abroger expressément tout règlement illégal ou sans objet (...) ».

²³² Cinq jours suivant la publicité de l'acte, selon le C.C.A. et dix jours, selon le nouveau C.P.A.C.A.

²³³ Il s'agit du recours administratif préalable obligatoire à la saisine du juge.

²³⁴ Dans d'autres cas, le délai de l'action juridictionnelle démarre immédiatement, lorsqu'il n'est pas possible d'exercer des recours administratifs : art. 62 du C.C.A. et art. 87 du C.P.A.C.A.

²³⁵ Par une rédaction très difficile, l'art. 71, al. 2 du C.C.A. dispose que les demandes de révocation doivent être décidées dans le délai de trois mois. Ce délai est réduit à deux mois par l'art. 95, al. 2 du C.P.A.C.A.

²³⁶ « La pétition de révocation d'un acte et la décision de cette pétition ne feront pas revivre les termes légaux de l'action juridictionnelle. Le silence gardé à l'égard de cette pétition, ne configurera pas un silence administratif », art. 96 du C.P.A.C.A. Cela correspond à l'art. 72 du C.C.A.

²³⁷ « Pour la Cour, la révocation directe a une nature et une finalité différentes de celles de la voie gouvernementale : la révocation est un véritable privilège de l'administration en tant que titulaire de l'imperium de l'État et chargée de la gestion de l'intérêt public. Celui-ci consiste en le pouvoir d'éliminer ses propres actes, les considérant comme contraires à la Constitution ou à la loi », C.c.c. Sentence T-033-02, 25 janvier 2002, M.R. Rodrigo ESCOBAR. Cette prérogative consiste à « donner l'opportunité à l'autorité de corriger par elle-même ses actes. À la différence des recours, la révocation n'est pas décidée conformément aux considérations de l'intérêt du requérant, mais pour des raisons d'intérêt général : la juridicité de l'action administrative et la réparation des dommages publics », C.C.c. Sentence C-742-99, 6 oct. 1999. M.R. José HERNANDEZ.

partiale, et qui peut être demandée par les administrés, mais, qui doit être décidée d'office par l'autorité administrative lorsqu'une des trois causes est constatée. S'agissant d'une disparition pour le futur, celle-ci ne fait pas obstacle au contrôle juridictionnel de l'acte révoqué afin d'obtenir la disparition rétroactive de l'acte, ainsi que le rétablissement des droits lésés et la réparation des préjudices qui ont été provoqués²³⁹. La révocation directe des actes du subordonné est une prérogative découlant du principe hiérarchique, alors qu'il est possible qu'un recours en appel soit décidé par une autorité qui n'est pas le supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte et, ne disposant pas, dès lors, du pouvoir de révoquer d'office les actes de l'autre autorité²⁴⁰. Ainsi, le droit colombien sépare le recours en appel, appelé en France, recours hiérarchique²⁴¹, du principe hiérarchique.

À partir du régime juridique, il est possible d'identifier l'existence des fonctions non contentieuses des recours administratifs : pouvant être exercés sans délai, sans intérêt pour agir, en présentant des moyens non juridiques et sans aucune obligation de la part de l'administration d'examiner le recours et de répondre, les recours administratifs remplissent une fonction de simple moyen d'expression des administrés ; il s'agit d'une forme d'exercer le droit de pétition, en droit français. Le recours peut aussi être conçu comme un moyen de participer à l'action administrative, en contribuant à informer des irrégularités des recours administratifs. L'administré ne trouverait qu'un bénéfice indirect du contrôle administratif²⁴². Face à l'acte administratif illégal, l'autorité administrative a une compétence liée, car elle doit faire disparaître l'illégalité. Cependant, l'autorité est davantage obligée à épurer les actes administratifs qu'à adopter une décision sur le recours administratif : elle peut régulariser l'acte administratif objet du recours ou prononcer le retrait ou l'abrogation implicite, sans faire aucune référence au recours de l'administré. En droit colombien, l'assimilation des recours administratifs à la demande d'exécuter l'obligation de faire disparaître des illégalités

²³⁸ « (...) la révocation d'un acte ne rétablit pas en soi l'ordre juridique affecté, ni enlève les effets ayant pu être produits avant cette déclaration », C.E.c. Section 1^{re}, 26 fév. 2004, affaire n° 7498, C.R. Gabriel MENDOZA.

²³⁹ « Lorsque la révocation directe de l'acte est fondée sur des raisons d'inconstitutionnalité ou d'illégalité (...) l'administration exerce la prérogative d'autotutela ou d'autocontrôle, offerte par la loi afin qu'elle puisse éliminer, elle-même, ses propres actes, par sa propre initiative ou par la demande d'un administré. Néanmoins, la révocation n'implique pas une déclaration formelle d'illégalité ou d'inconstitutionnalité de l'acte. Il s'agit d'une déclaration visant à arrêter les effets de l'acte et à décider sa disparition définitive ex nunc, c'est-à-dire pour le futur (...) La décision du juge est déclarative. Dès lors, il est possible que la juridiction puisse annuler un acte révoqué par l'administration (...) il faut néanmoins préciser que dans ce cas, la décision du juge ne fera pas disparaître l'acte administratif. Le juge réalisera un contrôle de la juridicité des actes, tout en décidant, le cas échéant, les demandes de rétablissement du droit ou d'indemnisation des préjudices », C.E.c. Section 3, 13 mai 2009, affaire n° 15652, C.R. Myriam GUERRERO.

²⁴⁰ La prérogative de la révocation directe « est permanente, générale, d'office et directe : elle peut être exercée à l'égard des actes du subordonné, indépendamment du fait qu'ils sont l'objet ou non du recours en appel ; sans délai, à l'initiative du supérieur et sans besoin de contester d'abord devant l'auteur de l'acte. Tout cela est de l'essence du contrôle hiérarchique », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 11 oct. 2007, affaire n° 25000-23-24-000-2003-00571-02, C.R. Rafael LAFONT.

²⁴¹ En France, la séparation théorique entre le principe hiérarchique et le recours administratif en appel commence à être possible à partir de l'acceptation que non seulement le contrôle hiérarchique est un principe général du droit, (C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Rec.*, p. 413 ; D. 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; S. 1951, 3, p. 85, note AUBY), mais, aussi, qu'il existe maintenant un principe général du recours hiérarchique, d'après lequel « toute décision administrative peut être contestée devant l'autorité hiérarchique », C.E.f. 13 févr. 2006, HINOPAY, n° 281840.

²⁴² « Mais, cela n'est qu'une conséquence indirecte dans la mesure où en garantissant la juridicité de l'administration, les droits individuels des administrés seront aussi protégés », Gaspar CABALLERO, « El control administrativo – La jerarquía y la tutela- », *loc. cit.*, p. 72.

n'est pas possible : l'obligation de révoquer se différencie clairement des recours administratifs et l'administration ne peut pas déclencher une procédure de révocation directe, alors que l'acte est l'objet d'un recours administratif. Lorsque le recours administratif est préalable obligatoire de la saisine du juge, comme en droit colombien et, dans plusieurs hypothèses du droit français, il remplit une autre fonction non contentieuse de permettre l'élaboration de l'acte administratif faisant grief.

Sous-section 2. L'élaboration de l'acte administratif faisant grief

Les recours administratifs préalables obligatoires relèvent d'une procédure administrative complexe, composée d'une part par la phase d'élaboration d'un acte administratif, ne pouvant pas être déféré au juge et, d'autre part, par la phase d'élaboration de l'acte qui pourrait être l'objet d'un recours juridictionnel. Dès lors, les recours administratifs exercent une fonction non contentieuse consistant à préparer l'instance juridictionnelle.

Cette deuxième étape est caractérisée tant par l'initiative de l'administré qui est ainsi associé à l'élaboration de l'acte objet du contrôle juridictionnel, majoritairement, par l'intervention d'une autorité administrative supérieure à celle ayant adopté la première décision²⁴³. Conçus comme un mécanisme permettant l'élaboration de l'acte pouvant être déféré au juge, les recours administratifs sont la partie finale de la procédure administrative (§ 1), ainsi que la condition d'accès à la juridiction (§ 2).

§ 1. La partie finale de la procédure administrative

La résolution des recours administratifs ne relève pas d'une fonction juridictionnelle exercée par l'administration. Ce n'est pas un procès juridictionnel qui se met en place pour décider les recours, même ceux qui sont le préalable obligatoire à la saisine du juge. Lorsque les recours administratifs sont le préalable nécessaire du recours juridictionnel, ils s'intègrent dans la procédure administrative. Dans le droit français, les recours administratifs permettent de consolider la décision administrative et il s'agit, ainsi, de l'adoption de la position définitive de l'administration (A). Pour le droit colombien, il s'agit de l'inclusion du contrôle dans la procédure administrative (B).

A. Le droit français : l'adoption de la position définitive de l'administration

La position définitive de l'administration est celle qui pourra être déférée au juge. À cette fin, des mécanismes de contrôle à plusieurs degrés sont conçus, permettant l'unification

²⁴³ En droit français, la plupart des recours administratifs préalables obligatoires sont des recours hiérarchiques, alors qu'en droit colombien, seulement le recours en appel, conçu sous une logique hiérarchique, est un préalable obligatoire à la saisine de la juridiction.

de la position de l'administration. À la suite de ce processus, constituant un préalable obligatoire de l'accès au juge, l'administration qui est soumise au contrôle du juge n'est pas une administration qui s'est désavouée, mais, qui au bout des mécanismes internes, est arrivée à adopter une seule décision ayant fait disparaître les précédentes. Ce schéma est propre aux recours administratifs préalables obligatoires (R.A.P.O.) qui ne sont que des exceptions à la règle du caractère facultatif des recours administratifs. La question de la généralisation des recours administratifs préalables obligatoires (1) ne semble pas encore définitivement tranchée. Aujourd'hui, l'identification des recours administratifs préalables obligatoires (2) est un enjeu central touchant ces mécanismes. C'est dans ces recours qu'il est possible de vérifier une procédure complexe d'élaboration de la décision de l'administration (3).

1. La question de la généralisation des recours préalables obligatoires

En France, au début des années 80, la préoccupation engendrée par l'encombrement des tribunaux administratifs a conduit à la création des recours administratifs spéciaux en matière de responsabilité de l'État et des établissements publics²⁴⁴ ; mais, cette norme est restée inappliquée. La doctrine proposait dès lors la généralisation des recours administratifs préalables, confiés à des commissions dites « quasi-juridictionnelles », comme un moyen de filtrer le contentieux²⁴⁵. La question est à nouveau posée en 1987²⁴⁶. Elle a conduit à la création des cours administratives d'appel. La discussion n'étant pourtant pas close, le législateur a confié au gouvernement la décision de l'introduction, soit des recours administratifs préalables, soit des mécanismes de conciliation obligatoire, en matière contractuelle et de responsabilité extracontractuelle²⁴⁷. En application de cette loi, une procédure de conciliation dans les marchés publics a été instaurée²⁴⁸.

Quant aux recours administratifs obligatoires, la question de leur généralisation s'est

²⁴⁴ Le décret n° 80-974 du 4 déc. 1980, (*D.* 1980, p. 429) avait prévu la création des comités départementaux consultatifs de règlement des dommages pouvant être saisis par la victime s'étant vue refuser l'indemnisation (art. 4) ou par l'autorité administrative devant résoudre le recours administratif contre la décision préalable. Certes, le comité ne rendait qu'un avis ; mais, sa saisine constituait, au fond, l'exercice d'un recours administratif spécial : quand l'avis était contraire à la décision de rejet, l'autorité administrative devait prendre une nouvelle décision « *dans le délai d'un mois à compter de la réception de l'avis* », al. 2 de l'art. 9 du décret du 4 déc. 1980.

²⁴⁵ « (...) le filtre recherché pourrait résider dans la généralisation du recours administratif préalable obligatoire et l'examen dans certains cas de ces recours administratifs par des commissions quasi-juridictionnelles », Jean-Marie WOEHRLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Mélanges R.-E. Charlier*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 355-356. Dans le même sens : Daniel CHABANOL, « Barrages contre le contentieux », *D.F.* 1986, p. 993.

²⁴⁶ « On doit, en effet, constater que les juridictions de l'ordre administratif sont encombrées de nombreuses affaires qui n'auraient pas dû atteindre le stade contentieux », CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.*, 1988, p. 15. Cette étude élaborée en 1987 et donnant lieu à l'art. 13 de la loi n° 87-11-27 du 31 déc. 1987, n'a été publiée qu'en 1988.

²⁴⁷ L'art. 13 loi n° 87-11-27 du 31 déc. 1987 (*D.* 1988, p. 68) prévoit que « Des décrets en Conseil d'État déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'État, les collectivités et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle, sont soumis, avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation ».

²⁴⁸ Décret n°91-204 du 25 février 1991, modifiant le Code des marchés publics et relatif au règlement amiable des litiges.

posée épisodiquement, en arrivant d'abord à des conclusions mitigées : le Conseil d'État concluait, en 1993, que la généralisation des recours administratifs préalables obligatoires pourrait avoir un effet positif sur le désencombrement de la juridiction administrative²⁴⁹ ; mais, qu'elle impliquerait un bouleversement si radical des structures administratives, qu'il ne pourrait y voir qu'une « *perspective à long terme* »²⁵⁰. L'impossibilité de demander le sursis à exécution, lors des recours administratifs, constituait un obstacle fondamental à la généralisation des recours préalables obligatoires²⁵¹. Bien que par la suite la possibilité de demander la suspension des actes administratifs soit admise, sans qu'il soit besoin d'introduire une requête en annulation²⁵², le Conseil d'État conclut, en 2008, qu'« *une généralisation des recours administratifs préalables obligatoires doit être exclue, de même que l'instauration de tels recours dans certaines matières* »²⁵³.

La généralisation des recours administratifs, considérés comme condition d'accès à la juridiction, ne saurait pas être construite sous la même logique que les recours facultatifs où l'administré ne dispose pas de garanties d'examen sérieux de son recours, et dont les autorités administratives ne reçoivent, au fond, qu'un appel non contraignant à sa bienveillance. Faire de ce schéma une condition de l'accès au juge constituerait une prérogative disproportionnée et dépourvue de justification. En revanche, l'obligation d'exercer des recours administratifs préalablement à la saisine du juge exigerait la prévision de véritables garanties pour l'administré : l'organisation d'une procédure auprès des organes ayant les moyens d'examiner les recours²⁵⁴, ainsi que l'obligation d'y procéder. Ainsi, les recours préalables ne seraient pas un attardement injustifié de la saisine du juge et de la décision définitive du litige²⁵⁵, mais une étape préalable utile, mise au service de l'administré, de l'administration et de la juridiction. À défaut de ces conditions, le système français a préféré l'adoption des recours administratifs préalables obligatoires au cas par cas.

2. L'identification des recours administratifs préalables obligatoires

La détermination du caractère obligatoire d'un recours administratif dans le droit français

²⁴⁹ Il s'agirait d'un mécanisme « *efficace, grâce à la conciliation que l'administration elle-même pratiquerait plus volontiers* », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, op. cit., p. 34.

²⁵⁰ *Idem*.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 35.

²⁵² C.E.f. 12 oct 2001, *Société des produits Roche, Rec.*, p. 463, A.J.D.A. 2002, p. 123 chron GUYOMAR et COLLIN ; R.F.D.A. 2002, p. 315, concl. FOMBEUR.

²⁵³ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 88.

²⁵⁴ « *Sa mise en œuvre impliquerait (...) notamment que les administrations publiques se dotent de structures leur permettant d'assurer dans de bonnes conditions l'instruction des réclamations* », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 36.

²⁵⁵ Les étapes administratives, notamment celles des recours administratifs préalables obligatoires sont prises en compte pour la détermination du délai raisonnable ; même si parfois pour la détermination du délai raisonnable, il n'est regardé que la structure juridictionnelle : « *il incombe aux États contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable* ». Voir, néanmoins : C.E.D.H. 4 oct. 2007, *Vallar c/ France*, n° 27314/02. C.E.D.H. 20 nov. 2008, *Gunes c/ France*, req. n° 32157/06. Voir. Franck АБИХЗЕР, « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ? », A.J.D.A. 2005 p. 985 ; Benoît DELAUNAY, « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », R.F.D.A. 2009, p. 551.

relève « *d'un enjeu de l'esprit* »²⁵⁶. En principe, ce sont les normes qui doivent expressément déroger au caractère facultatif des recours administratifs²⁵⁷ et, dès lors, il faudrait présumer que lorsqu'un recours spécial a été créé, déterminant notamment des conditions spéciales de délai, de légitimation pour l'exercer et de procédure, ce recours est, faute de qualification expresse, un recours facultatif²⁵⁸. La création d'un recours administratif préalable obligatoire peut avoir une source législative²⁵⁹, réglementaire²⁶⁰ ou contractuelle²⁶¹. Or, la jurisprudence a été portée à interpréter les normes n'ayant pas expressément qualifié la nature du recours établi²⁶². Pour ce faire, le juge utilise la technique dite du faisceau d'indices, aussi utilisée pour la découverte prétorienne des juridictions spécialisées.

Un indice fort du caractère obligatoire des recours administratifs consiste en la prévision d'une procédure spéciale plus au moins détaillée, visant à établir une véritable révision de la décision objet du recours. En créant un recours spécial, le législateur prétend excepter à l'informalité des recours facultatifs. Or, ce recours spécial n'est préalable obligatoire que quand le législateur a entendu que cette procédure doit être impérativement épuisée avant la saisine du juge²⁶³. Le caractère obligatoire est notamment déduit du fait que la décision sur le recours ou son instruction est confiée à un organe spécial, normalement un organe collégial²⁶⁴, dont la conformation est établie à partir d'une logique représentative²⁶⁵, ne pouvant être saisi que dans un certain délai et ayant un délai précis pour décider le recours. De cette découverte prétorienne des recours administratifs préalables obligatoires, la jurisprudence se reconnaît aussi le droit de prendre en considération l'opportunité d'un recours administratif préalable obligatoire²⁶⁶. Ainsi, la jurisprudence peut tantôt

²⁵⁶ Jean-Claude BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *loc. cit.*, p. 82.

²⁵⁷ Par exemple art. 1^{er} du décret du 7 mai 2001.

²⁵⁸ C.E.f. 15 fév 1935, *Bladanet*, Rec. p. 202 ; C.E.f. 28 janvier 1938, *Maire*, Rec., p. 98.

²⁵⁹ On aurait pu comprendre que la création des recours administratifs préalables obligatoires relevait de la compétence du législateur en tant que touchant au droit d'accès à la justice, ce dernier étant de la compétence du législateur : C.C.f. Décision n° 80-119, L, 2 déc. 1980, § 6, Rec., p. 74 ; R.D.P. 1981, p. 628 comm. FAVOREU.

²⁶⁰ Le Conseil constitutionnel a déclaré la nature réglementaire de la norme prévoyant le préalable obligatoire devant la C.A.D.A. Il est possible de déduire de cette décision, une règle générale, applicable aux préalables obligatoires dont les recours administratifs préalables obligatoires (R.A.P.O.) Ces procédures préalables « (...) ne mettent pas en cause l'exercice, par les administrés, du droit d'agir en justice contre des décisions leur faisant grief ; qu'elles ne portent atteinte à aucune des règles ni à aucun des principes fondamentaux réservés à la loi par l'article 34 de la Constitution ; qu'elles relèvent, dès lors, du pouvoir réglementaire », C.c.f. Décision n° 88-154 L, 10 mars 1988, § 6, Rec., p. 42. Néanmoins, la régulation législative d'une matière de nature réglementaire ne méconnaît pas la Constitution : C.c.f. Décision n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, § 11, Rec., p. 57.

²⁶¹ C.E.f. 3 juillet 1958, *Soc. Provence construction*, A.J.D.A. 1958, 2 p. 60 ; C.E.f. Sect. 26 juillet 1985 ; S.A. *Degrémont*, Rec., p. 247, concl. DANDELLOT ; R.F.D.A. 1986, p. 28 ; C.E.f. 22 juillet 1988, *Ophlm de Paris*, P.A. 22 juillet 1988, p. 13 note MODERNE ; D. 1989, som. p. 23. La clause prévoyant l'obligation d'exercer des recours préalables reste valable après la résiliation du marché : C.E.f. 21 janvier 1966, *Ville d'Avignon*, R.D.P. 1966, p. 992. Or, le défaut d'exercice d'un recours de source contractuelle n'est pas soulevé d'office par le juge : C.E.f. 17 janvier 1962, *Archimède*, A.J.D.A. 1962, p. 174, obs. J.B.

²⁶² C.E.f. 1^{er} fév. 1980 *Min. de la santé c/ Clinique Ambroise Paré*, Rec., p. 62.

²⁶³ Les recours spéciaux sont normalement obligatoires ; mais, ce n'est pas toujours le cas. Un recours spécial est préalable obligatoire notamment « si la procédure a été fixée par législateur ; si elle est « très organisée et impérative », si elle déroge très généralement aux règles de droit commun », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 323.

²⁶⁴ C.E.f. Sect. 23 mars 1945, *Vinciguerra*, Rec., p. 57 ; Guy BRAIBANT, conclusions sur C.E.f. Sect. 13 juin 1958, *Esnault*, Rec., p. 343.

²⁶⁵ Alain BACQUET, conclusions sur C.E.f. 1^{er} fév. 1980, *SARL Clinique Ambroise Paré*, R.D.S.S. 1980, p. 359.

²⁶⁶ Le caractère obligatoire du recours s'établit « (...) à l'aide de critères tels que les expressions employées, la nature de la matière, et en définitive, il faut bien le dire, l'opinion que vous formez sur l'opportunité de la solution », Michel ROUGEVIN-BAVILLE, conclusions sur C.E.f. Sect. 19 nov. 1971, *Bruguère*, Rec., p. 693

évaluer l'impact du recours obligatoire sur l'encombrement de la juridiction administrative²⁶⁷, tantôt elle peut agir contre le rétablissement de la situation qui existait à l'époque où l'on considérait les administrateurs comme des juges²⁶⁸.

L'exemple phare des recours administratifs préalable obligatoires, non seulement en raison de son ancienneté, mais, aussi en raison de son efficacité, est celui institué en matière fiscale²⁶⁹. Ce préalable est obligatoire à l'égard tant des actes d'établissement de l'impôt²⁷⁰ que de ceux tendant à son recouvrement²⁷¹. L'exercice de la réclamation préalable n'entraîne pas la suspension de l'obligation fiscale ; néanmoins, le requérant peut demander le sursis²⁷². Il s'agit d'une procédure très efficace : seule une affaire sur dix présentée devant l'administration fiscale termine, finalement, devant la juridiction²⁷³.

D'autres exemples des recours administratifs préalable obligatoires se trouvent dans le contexte de la fonction publique. Dans cette matière, la loi du 30 juin 2000 a disposé que les recours contentieux formés par les agents publics envers les actes relatifs à leur situation personnelle seront, à l'exception de ceux concernant le recrutement et l'exercice du pouvoir disciplinaire, précédés d'un recours administratif préalable dont les conditions seraient établies par décret²⁷⁴. Or, pendant longtemps, ce recours préalable n'a été mis en place qu'à l'égard des militaires²⁷⁵, avec de bons résultats quant à la diminution du contentieux juridictionnel²⁷⁶. Dès lors, le Conseil d'État considérait que les fonctionnaires civils n'étaient pas concernés par l'obligation du recours préalable²⁷⁷. Le rapport de 2008 insistait sur la nécessité de régler le recours obligatoire concernant la fonction publique civile²⁷⁸. En effet, à la suite de ce rapport²⁷⁹, le recours en matière des fonctionnaires civils a

²⁶⁷ Le recours obligatoire est parfois établi pour « (...) le désir de rendre plus rapide et plus simple le règlement de certains litiges », Jean-Marie Aubry, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.* I, 1955, p. 123.

²⁶⁸ Ce n'est pas la généralisation des recours administratifs préalable obligatoires qui ferait revivre la théorie du ministre-juge. Cela ne serait possible que si ce système était à nouveau qualifié, à tort, de juridictionnel.

²⁶⁹ Il a été initialement établi par la loi du 27 décembre 1927, en matière de l'assiette de l'impôt sur le revenu. S'étant montrée très efficace, la loi du 27 décembre 1963 a généralisé la réclamation fiscale à l'égard des « (...) impôts, contributions, droits, taxes, redevances, soultes et pénalités de toute nature établis ou recouvrés par les agents de la direction générale des impôts », art. 3, n° 1 de la loi n°63-1316 du 29 déc. 1963.

²⁷⁰ Cela donne lieu au contentieux de l'assiette, ou de la détermination de l'impôt, appelé aussi de l'imposition ou de l'établissement de l'impôt. La réclamation doit être adressée « (...) au service territorial, selon le cas, de l'administration des impôts (...) dont dépend le lieu de l'imposition », art. R. 190-1 L.P.F.

²⁷¹ Art. L. 190 et suiv. R. 196-1 et suiv. et L. 281 du L.P.F. Le contentieux du recouvrement doit être porté « au chef du service du département ou de la région dans lesquels est effectuée la poursuite. Le chef de service compétent est : a) Le trésorier-payeur général si le recouvrement incombe à un comptable du Trésor ; b) Le directeur des services fiscaux si le recouvrement incombe à un comptable de la direction générale des impôts ; c) Le directeur régional des douanes et droits indirects si le recouvrement incombe à un comptable de la direction générale des douanes et droits indirects », art. R. 282-1 L.P.F.

²⁷² Lorsque son obligation dépasse un certain montant, fixé aujourd'hui à 3 000 euros, le sursis est soumis à la condition de la constitution des garanties suffisantes du recouvrement : art. L. 277 et R. 277-1 et suiv. L.P.F.

²⁷³ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, op. cit., p. 19.

²⁷⁴ Art. 23 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000.

²⁷⁵ Décret du 7 mai 2001, codifié à l'art. R. 4125-1 et suiv. du Code de la défense. C.E.f. 27 nov. 2002, *Bourrel et autres*, n° 234748. Le recours est instruit par une Commission des recours des militaires, placée auprès du min. de la Défense qui décide le recours. Ce recours est obligatoire même à l'égard des demandes indemnitaires : C.E.f. 14 juin 2004, *Moniez, Rec.*, p. 251 ; *A.J.D.A.* 2004, p. 1782. Néanmoins, cette obligation ne concerne ni le recrutement et la sanction disciplinaire, ni le contentieux des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre : art. R. 4125-1 II, n° 1 et 2 du code de la défense.

²⁷⁶ Jean-Luc PISSALOUX, « Une expérience réussie : le recours administratif préalable des militaires », *A.J.D.A.* 2005, p. 1042.

²⁷⁷ C.E.f. 11 juin 2004, *Commune d'Apt*, req. n°263957.

²⁷⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalable obligatoires*, op. cit., p. 118.

été soumis à une expérimentation de trois ans, toujours sous la condition de la règlementation du recours²⁸⁰.

Toujours dans les recours administratifs préalables obligatoires les plus récents, on note : le recours devant le directeur général de pôle emploi en matière de radiation de la liste des demandeurs d'emploi²⁸¹ et le recours devant le ministre chargé de l'environnement, contre la décision d'affectation ou de délivrance de quotas d'émission de gaz à effet de serre²⁸². De plus, le rapport du Conseil d'État sur les recours administratifs préalables obligatoires invite à créer d'autres recours en matière de retrait du permis de conduire lors de la perte totale des points²⁸³, des décisions de l'administration pénitentiaire²⁸⁴ et du droit des étrangers, tout en déconseillant l'introduction de ces recours en matière de responsabilité extracontractuelle.

Au total, plus de 140 recours administratifs préalables obligatoires ont été recensés par le Conseil d'État en 2008²⁸⁵. Certes, le nombre est élevé ; mais, cela reste dans une logique d'exception à la règle du caractère facultatif des recours administratifs en droit français. Il s'agit en majorité des recours de nature hiérarchique²⁸⁶ ; mais, il y a aussi des recours gracieux obligatoires. Ces recours sont normalement obligatoires pour les administrés ; mais, il est aussi des recours préalables obligatoires pour l'administration²⁸⁷. Parfois, l'autorité est obligée de décider le recours par une décision expresse et motivée²⁸⁸. Cette diversité des recours administratifs préalables obligatoires s'explique en raison de ses origines : ce sont des mécanismes établis « *au coup par coup, acte par acte* »²⁸⁹, répondant à diverses motivations et prétendant être adaptés²⁹⁰ aux circonstances propres de la décision objet de révision, de la matière ou des sujets intervenants. Le schéma français des

²⁷⁹ Proposition de loi, n° 1890 présentée à l'Assemblée nationale le 7 août 2009.

²⁸⁰ Art. 14 de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011, *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, modifiant l'art. 23 de la loi n°2000-597 du 30 juin 2000, *relative au référé devant les juridictions administratives*.

²⁸¹ Art. R. 5412-8 du Code du travail.

²⁸² Le ministre demande l'avis de la commission de recours contre les décisions relatives aux quotas d'émission de gaz à effet de serre : art. R. 229-27 du Code de l'environnement. La décision du ministre se substitue à la décision initiale : C.E.f. 30 mai 2007, *Société Lessaffre Frères*, requête n° 287280.

²⁸³ Même si le Conseil d'État réserve le recours administratif préalable obligatoire au cas du retrait du permis (CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, *op. cit.*, p. 110 et suiv.), « (...) en matière de contentieux du permis à points, on peut réfléchir à des commissions administratives précontentieuses qui seraient habilitées à restituer des points du permis de conduire (ou à le proposer) lorsque les conditions du retrait ont été irrégulières, ce qui pourrait permettre d'alléger de manière sensible le stock de ce contentieux devant le juge », Bernard STIRN et Simon FORMERY, « "La déjudiciarisation d'un certain nombre de contentieux est devenue une nécessité" », *J.C.P. A.*, 2008, n° 10, 2051, p. 21.

²⁸⁴ Même si dans la matière les recours juridictionnels ne sont pas nombreux, les recours administratifs sont considérables : CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, *op. cit.*, p. 134 et suiv.

²⁸⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁶ Des recours portés devant une autorité spéciale dont une commission ; mais, aussi devant le ministre : C.E.f. 3 nov. 1922, *Dme Cachet*, *R.D.P.* 1923, p. 552, concl. RIVET.

²⁸⁷ C.E.f. 24 mars 1944, *Mignal*, *Rec.*, p. 99 ; C.E.f. 14 fév. 1945, *Vollet*, *Rec.*, p. 31 ; C.E.f. 23 mars 1945, *Vercruyex*, *Rec.*, p. 58.

²⁸⁸ C.E.f. 27 juin 1919, *Routaix*, *Rec.*, p. 5641. Néanmoins, lorsque le texte n'a pas prévu le délai pour la configuration d'une décision implicite, il est appliqué le délai général de deux mois : C.E.f. Sect., 7 juin 1957, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Lautié*, *Rec.*, p. 385 ; C.E.f. Sect. 19 fév. 1982, *Mme Commaret*, *Rec.*, p. 78, concl. DONDOUX ; *D.* 1983, p. 24, note LAVESSIERE ; *A.J.D.A.* 1982, p. 119, Obs. DELVOLVE.

²⁸⁹ Jean-François BRISSON, « Les recours administratifs préalables obligatoires en droit public français, alternative au juge ou voie sans issue ? », *loc. cit.*, p. 2

²⁹⁰ « *Le droit administratif ne connaît pas l'esprit de géométrie. Ses procédures doivent être adaptées à la matière* », Jean-Claude BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *loc. cit.*, p. 91.

recours administratifs préalables obligatoires est depuis un système à la carte, ce qui pose un certain nombre de problèmes : la lisibilité du système est compromise en raison de la dispersion et de la complexité de celui-ci. Pour savoir quand un recours est obligatoire, il faudra se rapporter à chaque norme ou à l'arrêt ayant déterminé sa nature. Il est vrai que l'administration est désormais dans l'obligation d'informer l'administré. La notification de la décision doit comporter la mention des recours administratifs préalables obligatoires qui procèdent, ainsi que son délai²⁹¹. L'absence de cette information empêche le délai du recours juridictionnel de courir. Mais, les défauts dans la notification ne permettent pas, pourtant, l'accès direct au juge²⁹². Même dans ce cas, le défaut d'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire est un défaut qui n'est pas régularisable²⁹³ ; l'administré devra alors tenter un recours administratif dont il méconnaissait auparavant le caractère obligatoire, et dont peut-être l'administration l'ignorait aussi²⁹⁴.

3. L'élaboration complexe de la décision de l'administration

Parmi la diversité des recours administratifs préalables obligatoires, il est possible d'identifier l'hypothèse où ces instruments sont conçus comme la procédure ordinaire d'élaboration de la décision administrative²⁹⁵. Il s'agit d'une procédure composée de plusieurs instances administratives pour l'examen d'une même affaire et qui doit se dérouler devant des organes à compétences étendues, ce qui expliquerait le caractère préalable obligatoire du recours administratif²⁹⁶.

C'est à partir des années 1940 du XXe siècle que ce genre de procédures complexes devant des instances collégiales est introduit, notamment en matière d'aménagement foncier dont loi du 9 mars 1941 sur le remembrement rural a disposé que les décisions adoptées par

²⁹¹ Art. 19-2 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000, introduit par l'art. 14 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, inspiré de la proposition n° 14 de l'étude CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 60-61. Les autorités administratives colombiennes ont cette obligation depuis 1941, (art. 74 de la loi n° 167 du 24 décembre 1941, confirmé par l'art. 10 du décret 2733 de 1959). Cette obligation est reproduite à l'art. 47 du Code de 1984.

²⁹² Cela a été envisagé lors de la discussion de la loi créant l'obligation d'informer sur le caractère obligatoire du recours « *On peut même se demander si la proposition ne devrait pas être plus ambitieuse et prévoir que l'obligation d'exercer un RAPO n'est pas opposable si elle n'a pas été régulièrement notifiée* », Rapport n° 2095 de M. Étienne BLANC, au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi de M. Jean-Luc WARSMANN (N° 1890) de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, in http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r2095-tl.asp#P998_263792. Néanmoins, l'idée a été abandonnée car « (...) le dialogue institué avec l'administration est important dans le cadre du RAPO et il est nécessaire de le préserver, même dans ce cas de figure », Bernard SAUGEY, Rapport n° 20 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi, ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, p. 50, in <http://www.senat.fr/rap/l10-020-1/l10-020-11.pdf>

²⁹³ C.E.f. 1^{er} avril 1992, *Abit*, Rec., p. 144.

²⁹⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 31-32.

²⁹⁵ Pour que le recours administratif soit préalable obligatoire « *il faut aussi qu'il l'ait organisée de telle sorte que cette procédure apparaisse soit comme la modalité normale d'élaboration d'une décision administrative, soit, ou en même temps, comme un véritable pré-contentieux destiné à donner des garanties particulières aux administrés* », Alain BACQUET, conclusions sur C.E.f. 1^{er} fév. 1980, *SARL Clinique Ambroise Paré*, R.D.S.S. 1980, p. 363.

²⁹⁶ « *Cette règle peut s'expliquer par divers motifs. Parfois, le législateur a organisé plusieurs instances administratives successives permettant l'examen d'un acte à plusieurs degrés par des organismes dont la composition et la compétence territoriale sont généralement de plus en plus larges. Il serait anormal ici d'autoriser les intéressés à abrégier ces procédures et à en éluder un ou plusieurs degrés pour saisir directement le juge* », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 322.

une commission communale fassent l'objet d'un recours devant la commission départementale²⁹⁷, devant laquelle il est réservé une procédure très élaborée²⁹⁸. De même, une procédure complexe de ce type a été introduite en matière d'équipement commercial²⁹⁹ ou d'inscription au tableau des ordres professionnels³⁰⁰.

Devant ces organes, la procédure n'est pas conçue principalement comme un mécanisme de contrôle ou d'examen de la décision prise par l'instance inférieure, à partir des moyens soulevés par le recours, mais comme une procédure d'élaboration d'une décision nouvelle³⁰¹. Plusieurs conséquences sont engendrées : l'instance supérieure dispose d'une compétence pleine pour réexaminer l'affaire³⁰², dans le but d'adopter une décision sur le fond comme si aucune décision n'était pas encore prise. Ainsi, l'autorité supérieure n'est pas limitée par les règles traditionnelles de retrait ou de modification des actes administratifs³⁰³ et sa compétence n'est pas encadrée par les moyens et les conclusions soulevés par l'administré. De plus, il est possible même d'aggraver la situation du requérant³⁰⁴, sauf en matière disciplinaire³⁰⁵. L'instance supérieure peut décider l'affaire pour des raisons juridiques et

²⁹⁷ Règlementé par l'art. 10 du décret du 7 janvier 1942. Les commissions de remembrement ont été remplacées par des commissions communales, intercommunales et départementales d'aménagement foncier et le recours devant la commission départementale est prévu à l'art. L. 121-7 du Code rural et de la pêche maritime. C.E.f. 13 juin 1958, *Esnault, Rec.*, p. 343, concl. BRAIBANT ; C.E.f. Sect. 19 nov. 1965, *époux Delattre-Floury, J.C.P.* 1966, n° 14697, concl. RIGAUD.

²⁹⁸ Malgré les éléments procéduraux, la commission départementale du remembrement rural n'était pas considérée comme une juridiction administrative : C.E.f. 27 janvier 1950, *Legrand et Billard, D.* 1950, *Rec.*, p. 41 ; C.E.f. 14 mars 1955, *Bolieret et autre, Rec.*, p. 153 ; C.E.f. 4 nov. 1959, *Bodin, Rec.*, p. 574.

²⁹⁹ Le caractère administratif des recours exercés devant les commissions départementales et nationale d'équipement commercial a été reconnu par le Conseil constitutionnel : C.c.f. Décision n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Rec.*, p. 14, § 36.

³⁰⁰ Par exemple, dans l'Ordre des médecins, les recours sont d'abord exercés devant le conseil régional et après devant le conseil national. Cette décision est l'objet d'un recours juridictionnel : C.E.f. 17 juillet 1953, *Minguet Rec.*, p. 584 ; C.E.f. 13 mai 1970, *Conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Eure, Rec.*, p. 334. La commission communale ou intercommunale peut recevoir des réclamations dans la procédure d'enquête publique ; mais, ces réclamations ne sont pas préalables obligatoires du recours devant la commission départementale : C.E.f. 2 fév. 2011, *Mme. Françoise C.*, affaire n° 332454.

³⁰¹ Il s'agit « de pouvoirs supposant un réexamen de l'affaire plutôt qu'un simple contrôle (...) », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative, op. cit.*, p. 28. Cette procédure « (...) correspond, non à un contrôle a posteriori exercé sur une véritable décision ; mais, davantage à une opération administrative purement décisionnelle », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, op. cit.*, p. 350. « Ce type de recours opère donc un véritable transfert du pouvoir de décision, qui autorise le supérieur hiérarchique à statuer en droit et en opportunité », Eugénie PREVEDOUROU, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français, op. cit.*, p. 265.

³⁰² C.E.f. Ass. 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, concl. VUGHT, *Rec.*, p. 215 ; A.J.D.A. 1968, p. 335, note DEWOST et MASSOT. En revanche, en matière des recours administratifs ordinaires, le supérieur hiérarchique est limité par les droits créés par la décision initiale : C.E.f. 6 juillet 1990, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Mattei*, req. n° 100480 et 101053, A.J.D.A. 1991, note BELLOUBET-FRIER. Dans ces recours, l'argument d'opportunité n'est valable que si la décision est illégale : C.E.f. 5 fév. 1982, *Cahen, Rec.*, p. 60.

³⁰³ Ces règles ont été écartées dans la décision *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, citée. Dans les recours préalables obligatoires, la décision initiale ne crée pas des droits : Nicole BELLOUBET-FRIER, note sous C.E.f. 6 juillet 1990, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Mattei*, req. n° 100480 et 101053, A.J.D.A. 1991, p. 231.

³⁰⁴ La possibilité de *reformatio in pejus* a été expliquée dans les Conc. Jean DELVOLVE sur arrêt C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Dr. Soc.* 1951, p. 246. Cette possibilité a été clairement explicitée dans l'arrêt C.E.f. Sect. 24 juin 1949, *Société Grand café de Chalons, S.* 1949, 3, p. 74 et confirmée par C.E.f. 6 juillet 1980, *Ministre du Travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Mattei*, A.J.D.A. 1991, p. 230, note BELLOUBET-FRIER ; « c'est une solution qui contrarie exagérément l'exigence fondamentale de sécurité juridique dès lors que le requérant pourra se voir appliquer une règle qui n'était pas en vigueur au moment où l'administration a pris la décision qu'il conteste », Jean-François BRISSON, « Les recours administratifs préalables obligatoires en droit public français, alternative au juge ou voie sans issue ? », *loc. cit.*, p. 8.

³⁰⁵ C.E.f. Sect. 16 mars 1984, *Moretau, Rec.*, p. 108.

d'opportunité³⁰⁶, soulevées ou non par le requérant. Par ailleurs, en raison de la compétence pleine de l'instance supérieure, sauf disposition législative ou réglementaire³⁰⁷, celle-ci doit prendre en considération les circonstances de fait et de droit existant au moment d'adopter la nouvelle décision, contrairement à ce qui se passe pour les recours facultatifs dont la décision prend en considération les circonstances existant au moment d'adopter la décision initiale, objet du recours.

À la suite de la procédure de recours préalable obligatoire, l'autorité supérieure est chargée « *d'arrêter définitivement la position de l'administration* »³⁰⁸ sur l'affaire³⁰⁹. En conséquence, la décision adoptée par l'instance supérieure se substitue rétroactivement à la décision initiale³¹⁰, précaire en raison de la procédure du recours préalable obligatoire, la faisant disparaître³¹¹. La décision initiale, pouvant être exécutoire lorsque le recours n'est pas suspensif, n'a pas pourtant vocation à être déférée au juge. Devant le juge, grâce au déroulement de ces procédures au milieu desquelles l'administré a participé par l'exercice d'un recours administratif, il n'y aura qu'un seul objet de contrôle consistant en la seule décision administrative adoptée par l'administration³¹². Néanmoins, des vices de la procédure d'élaboration de l'acte initial peuvent donner lieu à l'annulation de la décision sur le recours, lorsque la procédure n'a pas rattrapé un vice substantiel³¹³.

En droit français, les recours administratifs préalables obligatoires désignent une procédure administrative complexe pour l'élaboration de l'acte pouvant être déféré au juge. De ce seul point de vue, sans tenir compte des autres fonctions des recours administratifs, le Conseil d'État déconseille l'introduction de ces recours dans les hypothèses où la procédure

³⁰⁶ C.E.f. 28 juin 1974, *Gallet et autres*, A.J.P.I. 1974, p. 689 ; C.E.f. 26 janvier 1979, *SCI « Le maréchal »*, *Rec.*, p. 802.

³⁰⁷ Les règles fondamentales concernant les recours administratifs préalables obligatoires ont été légiférées par l'art. 14 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, créant un article 19-2 dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000. Il y est précisé que l'indication des recours préalables obligatoires procédant contre l'acte doit préciser que l'autorité administrative « *statuera sur le fondement de la situation de fait et de droit à la date de sa décision, sauf mention contraire dans une loi ou un règlement* ». Cette dernière réserve n'existait pas dans la proposition de loi initiale : art. 6, II de la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, n° 1890 présentée à l'Assemblée nationale le 7 août 2009.

³⁰⁸ C.E.f. Ass. 29 mars 1968, *Manufacture française de pneumatiques Michelin*, *Rec.*, p. 215 ; C.E.f. 31 janv. 1975, *Fleurence*, *Rec.*, p. 76 ; C.E.f. 5 janv. 1979, *Société Clinique chirurgicale Francheville*, *Rec.*, p. 9 ; R.D.S.S. 1979, p. 365, obs. MODERNE ; C.E.f. 3 oct. 1979, *Lasry*, *Rec.*, p. 358 ; C.E.f. 18 nov. 2005, *Houlbrequé*, affaire n° 270075, *Rec.*, p. 513 ; A.J.D.A. 2005, p. 2453, chron. LANDAIS et LENICA ; R.F.D.A. 206, p. 543, obs. GIRARDOT ; P.A. 24 avril 2006, obs. CLAEYS.

³⁰⁹ Ou d'adopter non la position définitive, mais la seule position de l'administration dans le cas où le recours doit être exercé contre une décision implicite : C.E.f. 22 déc 1950, *Martz*, *Rec.*, p. 633, *J.C.P.* 1951, 6408, note MODERNE.

³¹⁰ C.E.f. Sect. 20 oct. 1967, *Schullinger*, *Rec.*, p. 389 ; C.E.f. Sect., 30 mars 1973, *Sieur Gen*, *Rec.*, p. 269 ; A.J.D.A. 1973, p. 268 ; C.E.f. 16 mai 1980, *S.A. Clinique Sainte-Croix*, *Rec.*, p. 231.

³¹¹ « *Et si l'on regrette parfois que l'illégalité dont est entaché un acte initial ne soit pas sanctionné par le juge, c'est qu'on oublie que justement le recours administratif est fait pour que l'administration apporte elle-même, de manière simple et rapide, les corrections nécessaires* », Jean-Claude BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *loc. cit.*, p. 87. La décision initiale disparaît à jamais ; même si l'acte sur le recours est annulé, la décision initiale ne revit plus.

³¹² La requête dirigée contre l'acte initial est interprétée comme dirigée contre la décision sur le recours : C.E.f. 23 nov. 1934, *Syndicat des contribuables d'Aix-en-Provence*, *Rec.*, p. 1099.

³¹³ C.E.f. 18 nov. 2005, *Houlbrequé*, affaire n° 270075, *Rec.*, p. 513. A.J.D.A. 2005, p. 2453, chron. LANDAIS et LENICA ; R.F.D.A. 206, p. 543, obs. GIRARDOT ; P.A. 24 avril 2006, obs. CLAEYS. Dans ce cas, « *le juge de l'excès de pouvoir doit regarder les conclusions dirigées formellement contre la décision initiale comme tendant à l'annulation de la décision, née de l'exercice du recours, qui s'y est substituée* », C.E.f. 19 déc. 2008, *Madame Françoise P.*, D.A. 2009, comm. n°28 et repère n° 2 AUBY.

d'élaboration de la décision initiale est déjà suffisamment complexe³¹⁴. En droit colombien, les recours administratifs sont inclus dans une logique de contrôle.

B. Le droit colombien : l'inclusion du contrôle administratif dans la procédure administrative

Le système colombien des recours administratifs relève d'une réalité historique différente de celle des recours administratifs français. Les recours administratifs en droit colombien sont, par principe, obligatoires, alors qu'en droit français ils sont par principe facultatifs. Dans les deux cas, l'explication est avant tout historique. Par conséquent, il sera question de s'intéresser d'abord aux origines de la voie gouvernementale (1), ce qui permettra d'identifier une justification non contentieuse de ce préalable. Les recours administratifs sont introduits dans une procédure administrative conçue en deux phases : l'élaboration de l'acte et son contrôle (2).

1. Les origines de la voie gouvernementale

Le système colombien des recours administratifs préalables obligatoires n'est pas essentiellement d'inspiration française. Jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif³¹⁵, ce système s'appelle « *voie gouvernementale* » et l'intitulé s'identifie avec le système instauré en Espagne au XIXe siècle. Dès le nouveau code et en raison de l'influence française³¹⁶, le système s'intitule « *des recours contre les actes administratifs* »³¹⁷.

La voie gouvernementale naît en Espagne au Moyen Âge. Elle s'oppose à la voie judiciaire. La judiciaire ou contentieuse et la gouvernementale sont deux « *voies* » parallèles constituées par des matières distinctes : la voie judiciaire est constituée par des litiges entre des particuliers et des causes criminelles³¹⁸, alors que la voie gouvernementale touche essentiellement toutes les décisions

³¹⁴ Notamment en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement où il y a des enquêtes publiques, le recours pourrait constituer une procédure de plus : « *Cette procédure initiale offre donc des garanties suffisantes aux requérants potentiels, et permet de fixer en amont les termes de l'éventuel litige. Eu égard à sa complexité et à sa durée, il ne serait donc pas opportun d'introduire une procédure supplémentaire de recours* », CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 96.

³¹⁵ Le nouveau C.P.A.C.A. commence à être appliqué le 2 juillet 2012 : art. 308 du C.P.A.C.A.

³¹⁶ La mission de coopération internationale du Conseil d'État français a collaboré avec la Commission rédactrice du nouveau Code. Ainsi, il a été réalisé un séminaire portant sur la réforme de la Juridiction du contentieux administratif dont les mémoires ont été publiés en espagnol et en français : *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, éd. imprenta Nacional de Colombia, Bogota, 2008 ; Marcel POCHARD et William ZAMBRANO, *Le Conseil d'État en Colombie et en France, La protection de l'État de droit*, éditions L'Harmattan, Paris, 2009. Le dialogue entre la Commission rédactrice du projet de loi et le Conseil d'État français a été permanent, donnant lieu à un séminaire réalisé à l'ENA « La Colombie : un État de Droit à l'épreuve des réalités », le vendredi 30 octobre 2009.

³¹⁷ Art. 72 du C.P.A.C.A.

³¹⁸ « *Le contentieux consiste en des affaires judiciaires et des litiges entre parties (...) une chose ce sont les affaires administratives et une autre ce sont les affaires judiciaires et des litiges entre des parties, ceux-ci, tout naturellement, ne peuvent pas être tranchés par l'administration* », Alfredo GALLEGÓ, *Poder y derecho, Del Antiguo régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVII a XIX*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 93.

du roi ou de ses agents, ainsi que les recours dits économique-administratifs ou gouvernementaux exercés contre celles-ci. Ainsi, à l'origine, la voie gouvernementale n'était pas préalable à la voie judiciaire, mais, simplement, différente.

Or, exceptionnellement, des affaires concernant la couronne ou ses agents étaient portées devant les juges, notamment lorsque l'affaire touchait des droits des tiers³¹⁹. Dans ces cas, la voie gouvernementale était prévue exceptionnellement comme préalable à la voie judiciaire, notamment en matière de vente des biens de la couronne à des particuliers dont le contentieux relevait des juges. Dans cette matière, une ordonnance royale du 25 novembre 1839 a disposé que les affaires relatives à la vente des biens de la couronne étaient de nature gouvernementale, jusqu'à l'acquisition pleine de la propriété par les acquéreurs. Après cette acquisition, les affaires pourront être portées aux juges³²⁰. Cette mesure préalable visant à protéger l'indépendance de l'administration, pouvant être gênée par les juges³²¹, a été élargie, en 1842, à la vente des biens du clergé, des usines et des confréries³²². Ainsi, à la différence du cas français, l'indépendance de l'administration espagnole ne s'est pas mise en place par des défenses aux juridictions de connaître des affaires touchant l'administration, mais par l'existence d'une procédure administrative préalable à la saisine du juge : la voie gouvernementale³²³.

Avec la création de la juridiction administrative au sein de l'administration, par les lois du 2 avril et 6 juillet 1845³²⁴, une séparation s'imposait en Espagne à l'intérieur de la voie gouvernementale entre les affaires purement gouvernementales et les affaires contentieux-gouvernementales, confiées à la juridiction administrative. Cela a donné naissance au concept, jusqu'alors inconnu, de contentieux administratif³²⁵. Or, la protection de l'indépendance des autorités administratives s'avérait désormais nécessaire à l'égard de la juridiction administrative, pouvant par son contrôle, envahir la compétence des autorités administratives. Pour ce faire, une

³¹⁹ Charles III, réponse à la consultation du Conseil d'Hacienda en juin 1785, in *Novísima Recopilación*, Ley XV, lib. VI, tit. X.

³²⁰ « (...) les dossiers sur la vente aux enchères et la vente directe des biens nationaux sont purement gouvernementaux alors que les acheteurs ne viennent pas en pleine et efficace possession et que les ventes avec tous leurs incidents ne sont pas complètement finies. Jusque-là les acheteurs ne sont pas dans l'exercice de la pleine propriété et les biens ne sont pas encore privés. Jusque-là, donc, les juges ordinaires de première instance ne devront pas accueillir des demandes relatives à ces biens, et aux obligations, servitudes et droits pouvant s'y attacher », Ordonnance royale du 25 nov. 1839.

³²¹ « (...) la position des acheteurs est consolidée par un arbitrage (...) par l'imposition d'une procédure administrative préalable (qui est classée comme gouvernementale, impliquant l'interdiction tacite aux juges d'interférer en aucune façon) couvrant jusqu'à la fin de la vente (...) ce qui implique la création d'un état de choses consolidées, très difficile à effacer », Juan SANTAMARIA, « Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa », R.A.P. n° 77, mai-août, 1975, Instituto de Estudios Políticos, p. 89.

³²² Les « (...) dossiers relatifs à la déclaration d'être ou non concernés par les exceptions prévues à l'article 6 (...) seront examinés et décidés par l'ordre gouvernemental, avant de devenir contentieux », Ordonnance royale du 9 fév. 1842. Cette norme a été confirmée par l'ordonnance du régent du 15 mars 1843 disposant que « en gardant à l'esprit les dispositions de l'ordonnance royale du 9 février 1842, d'après laquelle il n'est pas possible de faire recours à la voie contentieuse, sans avoir fait recours, préalablement, à la voie gouvernementale (...) nous ordonnons au juge d'Almazán (...) de laisser parcourir librement la voie gouvernementale devant l'Assemblée, attendu que faute de cette condition, il n'aurait pas dû admettre l'action en justice comme il l'a fait ».

³²³ Ces mesures ont été prononcées « pour éviter les obstacles inutiles surgissant à l'application de la loi », Eduardo GARCIA et Tomás FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 3^e éd., Civitas, Madrid, 1991, p. 487.

³²⁴ Loi des conseils provinciaux du 2 avril 1845 et loi du 6 juillet 1845 – décret du 22 septembre 1845 relatif au Conseil royal.

³²⁵ Il faut rappeler que jusqu'à cette date, le seul contentieux existant était celui relatif aux litiges entre des particuliers et des affaires criminelles. Les contestations relatives à l'administration relevaient de la notion de voie gouvernementale.

procédure dite « *incident de dépôt de la demande* » a été introduite, permettant à une autorité administrative de déterminer préalablement si l'affaire relevait de la compétence de la juridiction administrative³²⁶ ou des autorités administratives, par la voie gouvernementale³²⁷. Cette procédure a été utilisée pour empêcher la saisine de la juridiction et, par conséquent, elle a été réformée afin de disposer que la saisine préalable de l'autorité administrative soit, certes, un recours donnant la possibilité à l'administration de modifier son acte, mais n'ayant pour effet que de retarder l'accès au juge³²⁸. Ce système de voie gouvernementale préalable a été élargi à d'autres affaires³²⁹ et, même, à l'égard des contentieux portés devant la juridiction dite ordinaire³³⁰. Même si ce système de recours administratifs préalables obligatoires est conservé en Espagne³³¹, il est néanmoins contesté pour considérer qu'il s'agit d'un privilège daté, dépourvu d'explication autre qu'historique³³².

Les circonstances de l'adoption du système espagnol de voie gouvernementale préalable par le droit colombien ne sont pas très claires. Il est vrai que pendant toute l'époque coloniale, il a existé en Nouvelle-Grenade une différenciation entre les matières gouvernementales et les matières contentieuses (des litiges entre des particuliers et des crimes)³³³; mais, avec l'indépendance, la Colombie a instauré un système conforme à l'idéal de séparation des pouvoirs et, dès lors, pendant tout le XIXe siècle les autorités administratives colombiennes étaient l'objet du contrôle juridictionnel porté devant la juridiction ordinaire pouvant être saisie directement sans besoin d'exercer des recours administratifs préalables obligatoires. À l'époque où est créée en Espagne la juridiction administrative, en 1845, la voie gouvernementale préalable est généralisée, la Colombie ne dépend plus de l'Espagne. En Colombie, par inspiration majoritairement française, la loi n° 130 du 13 décembre 1913 créa une juridiction du contentieux administratif, sans que les recours administratifs soient préalables à sa saisine. Déjà, la loi n° 53 de 1909 prévoyait la possibilité d'exercer un recours en reconsidération devant l'auteur de l'acte³³⁴ et le décret n° 1704 de 1923 régula le recours

³²⁶ « *La raison invoquée pour justifier cette réglementation est simplement d'empêcher que le Conseil royal absorbe et usurpe les attributions des ministres, en décidant par la voie contentieuse ce qu'ils avaient à décider par la voie gouvernementale* », Julián PELAEZ, *Tratado teórico práctico de organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Imprenta de D. B. Gonzalez, Madrid, 1849, p. 315.

³²⁷ D'après le règlement du 30 décembre 1846, le ministre de la couronne examinait préalablement toutes les demandes et décidait si l'affaire devait être envoyée à la voie contentieuse gouvernementale ou si elle devait être décidée par le Conseil, de façon purement gouvernementale. Lorsque l'affaire était présentée aux conseils provinciaux, la décision de l'incident correspondait au chef politique de la province.

³²⁸ Le décret du 11 nov. 1851 a disposé que quand le ministre décidait que l'affaire relevait du gouvernemental, cette décision n'avait pour effet que de retarder la décision contentieuse prise par le Conseil.

³²⁹ En matière du Trésor public, l'ordonnance royale du 20 sept. 1851 a disposé « *qu'il ne soit pas admis des demandes judiciaires contre le Trésor, sans qu'il soit certifié avoir porté préalablement la réclamation par la voie gouvernementale* ».

³³⁰ Concernant les demandes portées devant la juridiction ordinaire, concernant des intérêts de l'État : Ordonnance royale du 9 juin 1847.

³³¹ Il est des auteurs espagnols différenciant entre la voie gouvernementale et la voie administrative. La voie gouvernementale concernerait « *la résolution préalable des litiges ordinaires pouvant intéresser à l'administration* » alors que la voie administrative consisterait en « *la résolution préalable des litiges relatifs au contentieux administratif* », MANUEL CLAVERO, *Estudios de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1992, p. 185.

³³² « *La doctrine a critiqué la futilité de ce système, étant devenu avec le temps, l'un des privilèges injustifiés de l'Administration, sans aucune explication autre que la simple histoire* », Fernando GARRIDO et José FERNANDEZ, *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas*, 2^e éd., Civitas, Madrid, 1995, p. 244.

³³³ Cela a été traité dans la première partie.

³³⁴ « *Les résolutions ayant caractère définitif, adoptées par les ministres du bureau exécutif dans des affaires des différents ministères peuvent être reconsidérées et abrogées par les fonctionnaires les ayant adoptées, à pétition de la personne intéressée ou de son représentant, à la condition que cette pétition soit adressée dans les 30 jours suivant la notification de la résolution* », art. 1 de la loi n° 53 de 1909.

hiérarchique ou en appel³³⁵; mais, d'après les textes, ce n'étaient que des recours facultatifs. Or, avec une claire influence espagnole³³⁶, la loi n° 167 du 24 décembre 1941, *sur l'organisation de la juridiction du contentieux administratif*, a introduit le concept de procédure gouvernementale³³⁷ et des recours « *par la voie gouvernementale* »³³⁸ : le recours en reconsidération, devant l'autorité qui a pris l'acte, et le recours en appel, devant son supérieur, tous les deux étant préalables obligatoires de la saisine de la juridiction du contentieux administratif³³⁹. Le décret-loi 2733 de 1959, inspiré aussi du droit allemand³⁴⁰, a précisé que les recours ne procèdent qu'à l'égard des actes individuels³⁴¹ et que le seul recours préalable obligatoire est le recours en appel³⁴², ce qui avait été déjà établi par la jurisprudence³⁴³.

Ce système de voie gouvernementale préalable est maintenu dans les différents codes administratifs, avec des réformes, jusqu'à la loi n° 1437 du 18 janvier 2011, portant le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif, qui abandonne l'expression voie gouvernementale par celle des recours contre les actes administratifs, tout en conservant la même logique du recours en appel, préalable obligatoire à la saisine juridictionnelle, rejetant ainsi l'idée, d'inspiration française, de généraliser le caractère simplement facultatif, mais, conservatoire, des recours administratifs³⁴⁴.

2. Les deux phases de la procédure administrative

³³⁵ L'art. 7 du décret n° 1704 de 1923 ordonnait aux gouverneurs et aux autres autorités de prendre en considération le ministère devant lequel pourrait être exercé le recours en appel.

³³⁶ « *Issu de la loi espagnole, le projet impose une exigence particulière pour que la notification soit valable, en produisant les effets prévus par la loi : la notification doit indiquer les recours procédant par la voie gouvernementale, ainsi que le délai dans lequel ceux-ci doivent être exercés* », « *Exposición de motivos del proyecto de ley orgánica del Consejo de Estado y de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo* », 27 nov. 1939, in *Anales de la Cámara de representantes*, p. 1772.

³³⁷ Chapitre VIII du titre III de la loi n° 167 du 24 décembre 1941 : art. 74 et suiv.

³³⁸ Art. 77 de la loi n° 167 du 24 décembre 1941.

³³⁹ L'art. 82 de la loi n° 167 du 24 décembre 1941 disposait que « *pour introduire des requêtes devant le contentieux administratif, il est nécessaire que la voie gouvernementale soit préalablement parcourue* ». L'art. 80 de la même loi précise que « *La voie gouvernementale sera parcourue lorsque les recours précédemment signalés sont tenus pour rejetés, du fait que plus de quatre mois se sont écoulés sans qu'aucune décision les concernant n'ait été adoptée* ».

³⁴⁰ *Revista de derecho positivo*, janvier 1960, Bogota, p. 124-131.

³⁴¹ La loi espagnole du 17 juillet 1958 permettait l'exercice des recours contre des actes généraux (art. 120, 1 de la loi espagnole) alors que le décret-loi colombien n'autorise des recours que contre des actes particuliers : art. 17 du décret-loi 2733 de 1959.

³⁴² L'article 15 du décret-loi 2733 de 1959 disposait que « *Le recours en reconsidération n'est pas obligatoire pour l'introduction des actions juridictionnelles relatives au contentieux administratif* ». En revanche, l'art. 126,2 de la loi espagnole du 17 juillet 1958, *de la procédure administrative* dispose que le recours en reconsidération est, sauf les exceptions prévues, préalable obligatoire à la saisine du juge. Cf. Fernando GARRIDO, *La ley de procedimiento administrativo*, éd. Estudios Administrativos, Madrid, 1959, p. 70.

³⁴³ C.E.c, Chambre des affaires générales, Ordonnance du 5 septembre 1958, affaire n° 19580905, C.R. Jorge de VELASCO.

³⁴⁴ « *S'agit-il vraiment d'une garantie pour l'administré? Ou, au contraire, doit-on supprimer les recours administratifs? (étant entendu qu'il suffirait pour l'administré de la possibilité de demander la révocation directe des actes) (...) Il y a beaucoup d'adeptes de l'idée que la voie gouvernementale ne doit pas être une condition d'accès au juge et qu'elle doit être une option pour l'administré. Si l'administré choisit de parcourir la voie gouvernementale, le délai pour aller devant le juge sera conservé (...) Or, il faut rappeler que la voie gouvernementale donne l'opportunité à l'administration de corriger ses fautes sans avoir à mettre en marche la juridiction et, dès lors, la Commission considère que le caractère facultatif de la voie gouvernementale pourrait encombrer davantage la juridiction (...)* », « *Elementos para un nuevo código contencioso administrativo – Documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007* », *loc. cit.*, p. 8.

En adoptant un système dont les administrés sont tenus d'exercer, par règle générale, des recours administratifs préalablement à la saisine de la juridiction, le droit colombien a intégré les recours administratifs dans la procédure ordinaire d'élaboration de l'acte administratif définitif³⁴⁵, pouvant être déféré au juge.

Dans ce système, l'exercice des recours administratifs suspend l'exécution de l'acte³⁴⁶ et celui-ci n'est exécutoire qu'une fois que les recours ont été décidés ou lorsque le silence gardé pendant quatre mois a fait présumer que le recours est rejeté. Les recours administratifs intègrent alors une phase pendant laquelle l'administré peut faire valoir ses arguments afin d'éviter l'acquisition du caractère exécutoire de l'acte administratif. Dans le cas où l'administré aurait décidé de ne pas exercer de recours administratifs, l'acte administratif initial deviendrait exécutoire, mais il ne pourrait pas être déféré au juge. L'abrogation de l'acte, opérée lors de la procédure de recours administratif, est considérée comme « *ordinaire* », dans la mesure où elle intervient à l'égard d'un acte non exécutoire, alors qu'en dehors des recours administratifs, opérant à l'égard des actes exécutoires, de la même façon que l'annulation juridictionnelle, l'abrogation est nommée « *directe* », afin de l'opposer à l'annulation juridictionnelle.

Cela signifie qu'en droit colombien, la procédure administrative est conçue en deux étapes : l'une d'élaboration de l'acte initial et l'autre, de contrôle, à l'initiative du destinataire de l'acte³⁴⁷, visant à clarifier, modifier ou à faire disparaître l'acte initial³⁴⁸. Or, pouvant exercer le recours en reconsidération, l'administré n'est tenu d'exercer véritablement que le recours en appel. Le contrôle du supérieur hiérarchique est ainsi nécessairement introduit dans la procédure administrative³⁴⁹ comme la partie finale de celle-ci³⁵⁰. Une décision de 1958 du Conseil d'État colombien tente d'expliquer le caractère obligatoire du recours en appel, et non du recours en reconsidération. D'après cette décision, non seulement le recours en reconsidération est un appel à la bienveillance

³⁴⁵ Il faut préciser qu'en droit colombien, les recours administratifs procèdent contre des actes considérés comme définitifs : (art. 50 du C.C.A. et art. 74 du C.P.A.C.A.). L'art. 43 du C.P.A.C.A., définissent les actes définitifs comme « *ceux décidant directement ou indirectement le fond de l'affaire ou faisant impossible de poursuivre la procédure* ». Or, l'art. 59 du C.C.A. dispose qu'en matière des recours, à la fin de l'instruction « *devra être prononcée la décision définitive* ».

³⁴⁶ Les recours suspendent l'exécution de l'acte (art. 55 du C.C.A. et 79 du C.P.A.C.A.) « *ce qui ôte d'une certaine façon à la décision exécutoire ce caractère quasi absolu dont la doctrine française a largement parlé* », William ZAMBRANO, « Les droits des citoyens vis-à-vis de l'administration : le cas de la Colombie », *loc. cit.*, p. 465.

³⁴⁷ D'après le C.P.A.C.A., les recours administratifs doivent être exercés « *dans le délai légalement prévu, par l'intéressé ou par son représentant* », art. 77, n° 1 du C.P.A.C.A.

³⁴⁸ « *Si la personne concernée ne voulait pas contester les dispositions de l'administration, l'acte devient exécutif et exécutoire au bout de la période postérieure à la notification. Cela veut dire que dans notre système et concernant l'efficacité de l'acte, l'extension de l'action administrative à une deuxième étape, de voie gouvernementale, dépend uniquement de la personne destinataire de l'acte* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003, p. 283.

³⁴⁹ C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 3 mai 1990, affaire n° 879, C.R. Pablo CACERES.

³⁵⁰ « *Le décret-loi n° 1 de 1984 appelle voie gouvernementale, la partie finale de la procédure administrative, construite à partir des recours pouvant être exercés contre les décisions finales (...). Une telle limitation est discutable, compte tenu du fait que traditionnellement, il a été différencié la voie gouvernementale, comme un ensemble, c'est-à-dire toute la procédure accomplie devant les autorités administratives et la voie juridictionnelle, c'est-à-dire le contentieux qui est porté devant les juges contrôlant l'administration. Dès lors, en revanche, il est très juste l'expression sur la tête du titre III (art. 62): d'après laquelle les recours sont « L'achèvement des procédures administratives », car, en effet, ce sont ceux qui mettent fin à la procédure* », Jaime VIDAL, *Derecho administrativo*, 13^e éd., Legis, Bogota, 2009, p. 534.

administrative, dépourvue véritablement d'efficacité³⁵¹, mais les fonctionnaires du niveau inférieur n'étaient pas suffisamment aptes et l'intervention du supérieur hiérarchique, considéré comme suffisamment compétent, deviendrait dès lors, une étape obligatoire pour l'adoption d'une décision d'une certaine qualité³⁵². Depuis lors, le recours en appel est un préalable obligatoire et il peut être décidé même avant la prise de la décision sur le recours en reconsidération³⁵³.

Comme partie finale de la procédure administrative et ayant suspendu les effets de l'acte initial, le recours administratif en appel permet la consolidation de la position de l'administration à l'égard de l'affaire. Ainsi, l'atteinte aux droits de l'administré où les préjudices ne se consolident qu'après la décision des recours administratifs³⁵⁴. Trois éléments permettent d'affirmer cette fonction des recours administratifs en droit colombien, visant à l'adoption de la position finale de l'administration :

Tout d'abord, l'administration adopte la position définitive à l'égard de l'affaire dans la mesure où elle ne s'entend pas limitée par les termes de la décision initiale. Elle peut adopter une décision entièrement nouvelle, même aggravant la situation du requérant. La prohibition de la *reformatio in pejus*, en matière des recours administratifs, ne s'applique, en principe, qu'à l'égard des sanctions administratives³⁵⁵. Dans les autres matières, l'autorité administrative n'est limitée ni par l'acte initial ni par le recours administratif³⁵⁶.

³⁵¹ « Le professeur Guillermo Hernández Rodríguez considère que "le recours en reconsidération" n'est pas, à proprement parler, un recours, mais, une simple demande gracieuse dirigée au fonctionnaire ayant adopté l'acte. De plus, il s'agit d'une demande normalement inutile parce que, comme l'explique le professeur Tulio Enrique Tascón dans son *Tratado de Derecho Contencioso Administrativo*, il est très difficile que le fonctionnaire ayant adopté l'acte, change lui-même les raisons et les conclusions de ses décisions », C.E.c, Chambre des affaires générales, Ordonnance du 5 septembre 1958, affaire n° 19580905, C.R. Jorge de VELASCO.

³⁵² « Concernant le droit colombien, le besoin d'exercer le recours en appel, préalablement à l'introduction de la demande juridictionnelle s'explique en raison de l'absence d'un système bien établi de carrière administrative en droit colombien. Dès lors, il est nécessaire que les affaires soient soumises à deux instances, au contrôle d'un supérieur compte tenu du fait que l'on sait que les fonctionnaires administratifs de premier ressort ne sont pas très qualifiés (...) En France, il y a une carrière administrative et le Conseil d'État peut faire confiance aux fonctionnaires, en évitant l'allongement des procédures avec une instance inutile de plus (...) La Colombie, quant à elle, est dans la première période ; notre droit administratif est encore primitif et nos fonctionnaires ne font que commencer à apprendre cette science. Par conséquent, il est indispensable que les actes soient révisés par le supérieur », C.E.c, Chambre des affaires générales, Ordonnance du 5 septembre 1958, affaire n° 19580905, C.R. Jorge de VELASCO.

³⁵³ Cela constitue une irrégularité non substantielle : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 22 oct. 2004, affaire n° 6123-01, C.R. Rafael LAFONT.

³⁵⁴ « La négative de reconnaître l'allocation des obsèques n'est pas définitive puisqu'il faut attendre la décision sur le recours en appel et il est probable que l'autorité modifie sa décision. Par conséquent, la Cour constitutionnelle ne peut pas encore affirmer qu'un droit fondamental a été méconnu (...) », C.c.c. Sentence T-918-09, 7 déc. 2009, M.R. Gabriel MENDOZA.

³⁵⁵ « En application du principe de la procédure régulière du droit, la procédure administrative sera conduite conformément aux normes de procédure et de compétence établies par la Constitution et la loi, tout en garantissant les droits de représentation, de défense et de contradiction. En matière de sanctions, seront aussi respectés les principes de légalité des fautes et des sanctions, de la présomption de l'innocence, de non reformatio in pejus et de non bis in idem », art. 3 n° 1 C.P.A.C.A. La jurisprudence antérieure avait limité l'interdiction de reformatio in pejus aux sanctions disciplinaires : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 6 juillet 2001, affaire n° 6570, C.R. Olga NAVARRETE.

³⁵⁶ De même qu'en droit allemand : « En outre, comme il s'agit d'une procédure de caractère administratif, l'autorité de recours peut contrôler la décision attaquée non seulement au regard de la légalité, mais également du point de vue de la simple opportunité. Pour la même raison, elle peut modifier la décision contestée non seulement dans un sens favorable au requérant, mais encore dans un sens qui lui est défavorable (*reformatio in pejus*) », Michel FROMONT, « Les modes alternatifs de règlement des litiges : l'exemple allemand », *A.J.D.A.* 1997, p. 59.

Ensuite, le cadre de la discussion du recours ne limite pas la compétence de l'autorité chargée de la décision. L'autorité administrative mène une procédure pendant laquelle de nouvelles circonstances et de nouvelles questions apparues à ce moment-là, peuvent être prises en compte au moment de décider, même si celles-ci n'ont pas été introduites lors de la discussion dans la procédure d'adoption de l'acte initial³⁵⁷. La décision sur le recours devra être motivée par des raisons de fait, de droit et aussi d'opportunité de la décision³⁵⁸.

Enfin, l'administration colombienne adopte, au bout de la procédure des recours administratifs, le seul acte administratif pouvant être déféré au juge. Il est vrai que l'ancien code du contentieux administratif dispose que la décision adoptée sur le recours ne fait pas disparaître l'acte initial et que celui-ci, s'intégrant avec la décision sur le recours³⁵⁹, doit être déféré aussi devant le juge³⁶⁰. Même dans le cas du silence gardé à l'égard du recours, le requérant est obligé d'accompagner la décision initiale de la preuve que son recours n'a pas été décidé dans le délai³⁶¹. Dans ce système, le juge du contentieux administratif se prononçait sur la légalité de l'acte initial et de l'acte décidant le recours, et l'annulation de la décision sur le recours n'entraînait pas l'annulation de l'acte initial. Cependant, le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif a adopté un système répondant à la logique des recours administratifs préalables obligatoires en droit français : la décision sur le recours fait disparaître l'acte initial et seul celui-ci est l'objet du recours³⁶². Cette modification confirme l'idée que la fonction voulue du recours est la consolidation de la seule position de l'administration qui serait unifiée, cohérente et non désavouée par le recours.

En droits français et colombien, les recours administratifs préalables obligatoires remplissent une fonction non contentieuse consistant à l'adoption de la seule décision administrative définitive pouvant être l'objet du recours juridictionnel : dans le droit français, comme après l'entrée en application du nouveau Code, dans le droit colombien, la décision sur le recours se substitue à l'acte initial. Le déroulement de l'étape des recours administratifs, déclenchée à l'initiative de l'administré, permet l'unification de la position de l'administration, prise comme un ensemble, à l'égard de l'affaire. Cette procédure administrative est nécessairement conçue en deux étapes lorsque l'administré envisage de se porter devant le juge. Ainsi, les recours préalables obligatoires conditionnent l'accès au juge.

³⁵⁷ L'al. 2 de l'art. 80 du C.P.A.C.A précise que « *La décision décidera les demandes opportunément présentées, ainsi que celles se présentant à l'occasion du recours* ».

³⁵⁸ L'art. 59 du C.C.A. dispose que la décision sur le recours devait être motivée dans des « *circonstances de fait et de droit et, le cas échéant, d'opportunité* ». L'art. 80 du nouveau C.P.A.C.A n'affirme pas que le recours doit être décidé par une « *décision motivée* ».

³⁵⁹ « (...) *lorsque contre un acte A sont exercés les recours en reconsidération et en appel, les décisions B et C relatives à ces recours, s'intègrent au premier acte, en formant une unité composée par A, B et C, contestable comme un ensemble devant le juge* », Carlos BETANCUR, *Derecho Procesal Administrativo*, 5^e éd., Señal editora, Bogota et Medellin, 2000, p. 27.

³⁶⁰ « *Quand l'acte définitif a été l'objet des recours de la voie gouvernementale, les décisions le confirmant ou le modifiant devront aussi être déférées au juge ; en revanche, quand la décision sur le recours abroge l'acte initial, il faudra déférer seulement l'acte décidant le recours* », art. 138, al. 3 C.C.A.

³⁶¹ C.E.C Section 2, Sentence du 17 juin 2004, affaire n° 13272, C.R. Juan PALACIO.

³⁶² « (...) *Quand la prétention consiste à l'annulation d'un acte administratif, celui-ci doit être individualisé de façon précise. Lorsque l'acte a été l'objet des recours devant l'administration, la demande sera dirigée contre les actes les ayant décidés* », art. 163 C.P.C.A.

§ 2. La condition d'accès à la juridiction

Les recours administratifs préalables obligatoires remplissent une fonction pré-juridictionnelle, non contentieuse, consistant en la délimitation du débat juridictionnel : d'un point de vue temporel, la résolution des recours administratifs préalables obligatoires détermine le *dies a quo* du délai du recours juridictionnel (A). D'un point de vue matériel, en droits français et colombien, il est exigé une certaine identité du recours administratif et de la requête juridictionnelle (B). Or, les conditions temporaires et matérielles constituent des limitations constitutionnelles du droit d'accès à la juridiction (C).

A. Le dies a quo du délai des recours juridictionnels

Les recours administratifs préalables obligatoires ne conservent pas le délai du recours juridictionnel ; pour qu'un délai puisse être interrompu, il est nécessaire qu'il soit déjà en train de courir. Quand pour pouvoir accéder au juge l'administré doit exercer des recours administratifs contre l'acte initial, cela signifie que l'acte initial n'est pas contestable devant le juge et, dès lors, le délai du recours juridictionnel ne commence pas encore à courir. Le recours administratif préalable obligatoire est essentiel dans la détermination du délai du recours juridictionnel, tant en droit français (a) qu'en droit colombien (b).

1. Le droit français

L'administré prétendant se porter utilement devant le juge est censé exercer dans le temps le recours administratif préalable obligatoire. Il est vrai que quand le délai du recours administratif préalable obligatoire est forclo, l'administré pourra exercer un recours administratif ordinaire ; mais, l'accès au juge lui sera définitivement fermé pour contester cet acte³⁶³.

Ayant exercé le recours à temps, la décision de celui-ci fait démarrer le délai du recours juridictionnel : lorsque la décision sur le recours est expresse, c'est à partir de sa publicité qu'il faudra compter les deux mois³⁶⁴ donnés à l'administré pour poursuivre sa contestation devant la juridiction. La situation n'est pas aussi claire lorsque l'administration n'a pas entendu donner une réponse expresse au recours : le silence n'est pas naturellement notifié et le *dies a quo* du délai du recours juridictionnel pourrait être difficilement déterminable. Pour que le recours soit recevable, l'administré doit démontrer qu'il a déposé le recours à une date certaine³⁶⁵, qui sera utilisée pour calculer la date de configuration de la décision implicite. Pour

³⁶³ C.E.f. 3 mars 1989, *Clinique Blomet et Ministre des Affaires sociales c./ Fédération hospitalière de France*, A.J.D.A. 1989, p. 319 chron. HONORAT et BAPTISTE.

³⁶⁴ Article R. 421-1 du C.J.A.

³⁶⁵ C.E.f. 26 avril 1951, *Lesmayoux, Rec.*, p. 215.

ce faire, l'accusé de réception expédié par l'autorité administrative³⁶⁶ doit préciser la date du dépôt du recours et la date à partir de laquelle l'administré pourra aller devant le juge, en considérant que son recours a été rejeté³⁶⁷.

Après la décision explicite ou implicite d'un recours administratif préalable obligatoire, l'administré a toujours la possibilité d'exercer un recours administratif ordinaire ; mais, celui-ci n'interrompt pas le délai du recours juridictionnel³⁶⁸, courant déjà invariablement.

La recevabilité du recours juridictionnel est conditionnée par l'exercice du recours administratif préalable obligatoire ; mais, cette obligation ne concerne que les personnes expressément visées par la norme prévoyant l'existence d'un recours administratif préalable obligatoire ; les tiers ne sont pas concernés par cette obligation et ils pourront se porter directement au juge³⁶⁹. En revanche, pour les personnes concernées par la charge du recours administratif préalable, une instance introduite, faisant défaut à l'exercice du recours préalable obligatoire, appelle une irrecevabilité *in limine*³⁷⁰. Étant un moyen d'ordre public, le juge doit relever d'office l'irrecevabilité tirée du non exercice du recours administratif préalable obligatoire³⁷¹. Il s'agit d'une irrecevabilité insusceptible de régularisation³⁷² : même dans le cas où l'administration n'a pas accompli son devoir d'indiquer les recours devant obligatoirement être exercés préalablement à la saisine juridictionnelle³⁷³, l'administré trompé par le silence de l'administration devra accepter l'irrecevabilité de son recours juridictionnel, exercer le recours administratif dont il vient d'apprendre l'existence³⁷⁴ et saisir à nouveau le

³⁶⁶ Sous le décret du 28 nov. 1983, les autorités administratives n'étaient pas dans l'obligation d'accuser réception des recours administratifs dans la mesure où ceux-ci n'étaient pas considérés comme des « demandes » au sens de l'art 5 du décret n° 83-1025 du 28 nov. 1983. Or, l'art. 18 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 a disposé : « Sont considérées comme des demandes au sens du présent chapitre les demandes et les réclamations, y compris les recours gracieux ou hiérarchiques, adressées aux autorités administratives ». Dès lors, l'obligation d'accuser réception, prévue à l'art. 19 concerne aussi les recours administratifs.

³⁶⁷ Art. 19 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000.

³⁶⁸ C.E.f. 1^{er} avril 1992, *Clinique des Maussins, Rec.*, p. 145 ; C.E.f. 13 fév. 2006, *Mme Hinopay*, n° 281840. Cette règle de création jurisprudentielle est maintenant fixée au niveau législatif. Par la recommandation du Conseil d'État, l'art. 14 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* insère un article 20-1 à de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 d'après lequel : « Art. 20-1. – Lorsque le recours contentieux à l'encontre d'une décision administrative est subordonné à l'exercice préalable d'un recours administratif, la présentation d'un autre recours gracieux ou hiérarchique ne conserve pas le délai imparti pour exercer le recours administratif préalable obligatoire, non plus que le délai de recours contentieux ».

³⁶⁹ « Sous réserve du cas où, en raison des missions conférées à un ordre professionnel qu'à son organisation (...) doivent être interprétées comme s'imposant alors à peine d'irrecevabilité du recours contentieux à toute personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour introduire ce recours contentieux, une procédure de recours administratif n'est susceptible de s'appliquer qu'aux personnes qui sont expressément énumérées par les dispositions qui en organisent l'exercice », C.E.f. Sect. 10 mars 2006, *Sté Leroy-Merlin, A.J.D.A.* 2006, p. 796, obs. LANDAIS et LENICA. La charge d'exercer un recours administratif préalable concerne aussi les tiers en matière d'inscriptions au tableau des ordres professionnels dont l'arrêté *Louis* avait une portée générale : C.E.f. 28 sept. 2005 *Louis, Rec.*, p. 401, *A.J.D.A.* 2006, p. 103, note MAZETIER.

³⁷⁰ Celle-ci fait partie des « irrecevabilités manifestes dès l'introduction du recours correspondant en premier lieu aux irrecevabilités non régularisables « par nature », Alexandre CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français, op. cit.*, p. 156.

³⁷¹ C.E.f. 13 mai 1970, *Conseil départemental de l'Ordre des médecins de l'Eure, Rec.*, p. 334 ; C.E.f. 6 mai 1977, *Garrigues, Rec.*, p. 208 ; C.E.f. 28 oct. 1985, *Ministre des Finances c./ Époux Pennouet*, n° 40574, *Rec.*, p. 304.

³⁷² C.E.f. 26 avril 1976, *Sieur X, Rec.*, p. 206 ; C.E.f. 6 mai 1977, *Garrigues, Rec.*, p. 208. Cette jurisprudence s'explique, car « si le défaut d'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire était susceptible de régularisation, ce recours administratif ne serait précisément ni préalable ni obligatoire », Alexandre CIAUDO, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français, op. cit.*, p. 176.

³⁷³ Art. 19 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000.

³⁷⁴ Et il ne sera pas forclos du recours administratif préalable obligatoire dans la mesure où « Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies

juge³⁷⁵. Or, ayant déposé le recours préalable obligatoire, il est possible d'introduire le recours juridictionnel sans avoir obtenu une décision sur le recours administratif : le recours juridictionnel est recevable à la condition que la décision sur le recours administratif introduit préalablement intervienne avant la décision de première instance³⁷⁶.

2. Le droit colombien

En droit colombien, le recours administratif en appel est un préalable obligatoire de l'action juridictionnelle³⁷⁷. L'exercice de ce recours, dans le délai prévu, détermine la recevabilité de la demande juridictionnelle³⁷⁸. Cette condition de recevabilité n'est pas remplie quand l'autorité administrative a refusé d'admettre le recours administratif, alors même que son refus est illégal³⁷⁹. Même dans ce cas, le recours en appel reste obligatoire : l'administré devra déférer au juge la décision d'irrecevabilité du recours administratif afin que celui-ci l'annule et ordonne à l'autorité administrative d'admettre le recours administratif préalable obligatoire³⁸⁰.

C'est seulement dans trois hypothèses que l'administré pourra avoir accès directement au juge :

- premièrement, lorsqu'il s'agit d'actes administratifs généraux, des actes préparatoires ou de simple exécution³⁸¹ ;
- deuxièmement, lorsque l'administration a été négligente ou de mauvaise foi. Ainsi, l'instance juridictionnelle pourra être directement introduite. Dans ce cas, lorsque l'administration n'a pas donné réponse explicite à la demande initiale, l'administré n'est pas obligé d'insister en exerçant des recours contre le silence : l'acte implicite peut être déféré

de recours, dans la notification de la décision », art. R. 421-5 C.J.A. « La circonstance que l'existence de ce recours ainsi que son caractère obligatoire n'ont pas été indiqués dans la notification de l'arrêté attaqué, si elle empêchait que cette notification fasse courir le délai du recours au ministre à l'égard du destinataire de l'arrêté, est sans influence sur l'irrecevabilité de la demande directement présentée devant le tribunal », C.E.f. 1^{er} avril 1992, Abit, Rec., p. 144.

³⁷⁵ C.E.f. 1^{er} avril 1992, Abit, n° 88068, Rec., p. 144 ; J.C.P. 1992, p. 176, obs. Rouault ; R.D.P. 1993, p. 826 ; C.E.f. 24 janv. 1996, Blancard, D.A. 1996, n° 2, p. 24 obs. Schwartz ; C.E.f. 3 mai 2002, Clinique médicale de pneumologie Sainte-Anne, n° 224564, Rec., p. 166 ; R.F.D.A. 2002, p. 855.

³⁷⁶ C.E.f. 4 janvier 1974, Sieur X, Rec., p. 3.

³⁷⁷ « Les recours en reconsidération et en plainte ne sont pas obligatoires », al. 4 de l'art. 76 C.P.A.C.A. (al. 5 de l'art. 51 du C.C.A.).

³⁷⁸ La demande juridictionnelle est irrecevable quand le recours administratif est exercé en dehors de son délai : C.E.c. Section 4, Sentence du 10 fév. 2005, affaire n° 14054.

³⁷⁹ C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 19 nov. 1998, affaire n° 4937, C.R. Juan Polo ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 28 oct. 1999, affaire n° 5442, C.R. Gabriel MENDOZA ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 30 nov. 2000, affaire n° 6227, C.R. Gabriel MENDOZA.

³⁸⁰ Il est critiquable que l'administré s'étant vu illégalement refuser la recevabilité du recours, soit obligé de saisir la juridiction du refus et ressaisir l'administration de son recours pour pouvoir saisir la juridiction du fond de l'affaire. Cet allongement des procédures a des allures d'un privilège de l'administration auquel elle ne pourra pas renoncer. La conciliation du droit d'accès au juge et le caractère préalable obligatoire du recours exigeraient que dans cette hypothèse, soit admise directement l'instance juridictionnelle sur le fond de l'affaire.

³⁸¹ Sauf dans le cas où une norme a expressément disposé que des recours administratifs procèdent contre ce type d'actes : art. 75 du C.P.A.C.A.

directement au juge³⁸². De même, l'acte peut être directement objet du contrôle juridictionnel quand l'administration n'a pas donné l'opportunité pour l'exercice des recours administratifs³⁸³ ;

- troisièmement, lorsqu'il s'agit d'actes individuels dont l'auteur ne dispose pas de supérieur hiérarchique pouvant décider le recours en appel³⁸⁴, hormis le cas où la décision sur le recours en appel a été expressément attribuée à une autorité spécifique, alors même qu'elle n'est pas la supérieure hiérarchique de l'auteur de l'acte³⁸⁵.

Lorsque l'acte peut être l'objet du recours en appel, celui-ci doit être exercé dans un délai de cinq jours³⁸⁶ suivant la notification de l'acte individuel vis-à-vis de son destinataire. Le recours doit être décidé dans le délai de deux mois au bout desquels l'administré pourra considérer que son recours a été rejeté pour la configuration de ce qui est appelé en droit colombien : le « *silence administratif* »³⁸⁷. Dans ce cas, l'instance juridictionnelle peut être introduite sans délai³⁸⁸, à la condition de démontrer quelle est la date de l'introduction du recours³⁸⁹. En revanche, la décision explicite du recours constitue le *dies a quo* du délai de quatre mois de la prétention juridictionnelle d'annulation de l'acte administratif et de la réparation des préjudices provoqués par cet acte³⁹⁰. Néanmoins, lorsque l'administré ne prétend que l'annulation de l'acte, l'instance juridictionnelle peut être introduite sans délai, à

³⁸² « Conditions préalables de recevabilité de la demande. L'introduction de la demande juridictionnelle sera soumise à des conditions préalables : (...) 2. Quand la prétention consiste en l'annulation d'un acte administratif particulier, les recours administratifs qui d'après la loi sont préalables obligatoires doivent avoir été exercés. Le silence administratif gardé à l'égard de la première pétition permet de déférer directement au juge l'acte administratif présumé », art. 161 C.P.A.C.A.

³⁸³ Al. 2 du n° 2 de l'art. 161 du C.P.A.C.A. (al. 3 de l'art. 135 du C.C.A. -dérogé-) Cette situation se différencie du cas où l'administration a donné l'opportunité pour l'exercice des recours, mais qu'elle a considéré que le recours n'était pas recevable.

³⁸⁴ « Il n'y aura pas de recours en appel à l'égard des actes des ministres, des directeurs de département administratif, des surintendants, des représentants des entités décentralisées, des directeurs et des organes supérieurs des autorités constitutionnellement autonomes. De même, il n'y aura pas d'appel des décisions adoptées par les représentants et des chefs des entités et des organes du niveau territorial », art. 74, al 3 C.P.A.C.A.

³⁸⁵ En droit colombien, des lois spéciales ont prévu des recours en appel entre des autorités qui ne sont pas liées par une relation de subordination. Dans ce cas, la relation entre les deux autorités se limite à la décision sur le recours en appel et, dès lors, il s'agit d'une hiérarchie différente, dite fonctionnelle. Ainsi, le C.P.A.C.A. a entériné cette théorie en disposant que le recours en appel doit être exercé devant « le supérieur administratif ou fonctionnel », art. 74, n° 2 du C.P.A.C.A.

³⁸⁶ L'art. 51 du C.C.A. dispose un délai de 5 jours pour l'exercice des recours administratifs. Le nouveau C.P.C.A. a disposé un délai de 10 jours : art. 76 C.P.C.A.

³⁸⁷ « SILENCE ADMINISTRATIF EN MATIÈRE DES RECOURS. (...) au bout du délai de deux (2) mois suivant l'introduction du recours en reconsidération ou en appel, sans avoir obtenu une décision expresse, on entendra que la décision est négative », art. 86 C.P.A.C.A. Cette norme équivaut à l'art. 60 du C.C.A.

³⁸⁸ « OPPORTUNITÉ POUR L'INTRODUCTION DE LA DEMANDE. La demande juridictionnelle doit être introduite : 1. Sans délai quand : (...) d) elle se dirige contre des actes résultant du silence administratif », art. 164 du C.P.A.C.A. Cette norme est prévue au n° 3 de l'art. 136 du C.C.A. « Cette interprétation s'explique en raison du fait que déclarer le forclos à l'égard de l'inertie administrative signifierait conforter ce comportement », Juan PALACIO, *Derecho Procesal Administrativo*, 4^e éd. Librería Jurídica Sánchez, Bogota, 2004, p. 73.

³⁸⁹ Les autorités administratives colombiennes ne sont pas obligées d'accuser réception des demandes qui lui sont adressées, même si cela constitue dans certaines autorités une pratique administrative. Dès lors, l'administré pourra prouver la date du recours par tout moyen. L'art. 166 du C.P.A.C.A. dispose que l'une des annexes de la demande est la « copie de l'acte contesté avec l'attestation de sa publication, de sa communication, de sa notification ou de son exécution. Dans le cas du silence administratif, il faut annexer les preuves le démontrant (...) ».

³⁹⁰ « OPPORTUNITÉ POUR L'INTRODUCTION DE LA DEMANDE. La demande juridictionnelle doit être introduite (...) d. Lorsque la prétention consiste en l'annulation et le rétablissement du droit, la demande devra être introduite dans le délai de quatre (4) mois suivant le lendemain de la communication, la notification, l'exécution ou la publication de l'acte administratif, hormis les exceptions prévues par des normes spéciales ».

la condition que le rétablissement du droit du requérant ne découle pas automatiquement de l'annulation de l'acte³⁹¹. Lorsque l'action juridictionnelle vise l'indemnisation des préjudices provoqués par un acte administratif général, sachant que l'exercice des recours administratifs n'est ni obligatoire ni possible, en droit colombien, le délai des quatre mois commence à courir dès la publication de l'acte³⁹².

B. L'identité du recours administratif et de la requête juridictionnelle

L'exercice préalable des recours administratifs ne conditionne pas seulement l'accès au juge d'un point de vue temporel. D'un point de vue matériel, les recours administratifs préalables obligatoires délimitent le contentieux juridictionnel ultérieur. Il est vrai que la requête présentée au juge ne doit pas être nécessairement la reproduction identique du recours administratif où, d'ailleurs, l'administré a pu se porter sans avocat ; le requérant peut développer son argumentation juridique devant le juge. Néanmoins, une identité minimale doit exister entre le recours administratif et la requête juridictionnelle. Le contenu de cette identité est différent en droit français et droit colombien. En France, il s'agit de l'identité des conclusions du recours administratif et juridictionnel (1). En Colombie, il s'agit de l'identité des faits du recours administratif et de la demande juridictionnelle (2).

1. France : l'identité des conclusions du recours administratif et juridictionnel

Les recours administratifs sont caractérisés par les prétentions du requérant à l'égard d'un acte administratif. Une exposition des motifs ou des moyens, dépourvue de conclusions, ne constitue pas un recours administratif³⁹³. Ainsi, quand une norme conditionne la recevabilité du recours juridictionnel à l'exercice préalable d'un recours administratif, le caractère obligatoirement préalable signifie que dans les deux cas l'administré doit avoir la même prétention, c'est-à-dire qu'indépendamment du fait qu'il s'adresse à l'autorité

³⁹¹ Avant le nouveau Code C.P.A.C.A. la possibilité d'exercer l'action en annulation simple était très discutée, non soumise à aucun délai, à l'égard des actes administratifs individuels, au-delà des 4 mois du délai de l'action en annulation et rétablissement du droit, naturellement propice à l'égard de ces actes. La jurisprudence l'avait admise par la théorie dite des motifs et des finalités : C.E.c. Sentence du 10 août 1961, M.R. Carlos ARRIETA. Cette théorie a été néanmoins considérée comme contraire au droit constitutionnel d'accès à la justice : C.c.c. Sentence C-426-02, 29 mai 2002, M.R. Rodrigo ESCOBAR et malgré cela, le Conseil d'État continuait à l'appliquer : C.E.c. Assemblée plénière du contentieux administratif, Sentence du 4 mars 2003, affaire n° IJ-030, C.R. Manuel URUETA. Finalement, le Conseil d'État, chargé de la préparation du projet de C.P.A.C.A. a introduit cette théorie dans le nouveau code : « ANNULATION. L'annulation des actes administratifs généraux pourra être demandée par toutes les personnes, directement ou par leur représentant (...) Exceptionnellement la seule annulation des actes administratifs particuliers pourra être demandée: 1. Quand le demandant ne prétend pas le rétablissement d'un droit subjectif pour lui ou pour un tiers ou que le rétablissement ne découle pas automatiquement de l'annulation de l'acte. 2. Quand il s'agit de la récupération des biens d'usage public. 3. Quand les effets de l'acte administratif lèsent gravement l'ordre public, politique, économique, social ou écologique. 4. Quand la loi l'autorise expressément. Dans le cas où le rétablissement du droit découle de l'annulation, la demande devra être interprétée comme portant la prétention d'annulation et de rétablissement du droit », art. 137 du C.P.A.C.A.

³⁹² ANNULATION ET RÉTABLISSEMENT DU DROIT (...) de même, on pourra prétendre l'annulation d'un acte administratif général, tout en demandant le rétablissement du droit directement affecté par celui-ci ou l'indemnisation du préjudice provoqué, à la condition que la demande soit introduite dans les quatre (4) mois suivant sa publication (...), art. 138, al. 2 du C.P.A.C.A.

³⁹³ C.E.f. 30 juillet 1926, Triboulet, Rec., p. 821 ; C.E.f. 3 déc 1952, Dubois, Rec., p. 555, J.C.P. 1953, II, 7353, note VEDEL.

administrative ou au juge, l'administré présente les mêmes conclusions, notamment, la disparition ou la modification de l'acte. De cette manière, les recours administratifs préalables obligatoires s'apparentent à la règle de la décision préalable³⁹⁴ : de nouvelles conclusions ne sont pas admissibles dans l'instance juridictionnelle.

L'identité des conclusions du recours administratif et du recours juridictionnel ne concerne pas la prétention d'indemnisation des préjudices causés par un acte administratif illégal. Lors du recours juridictionnel, il est possible de cumuler des prétentions d'annulation et d'indemnisation³⁹⁵ et, dans ce cas, le requérant est censé apporter une décision administrative préalable concernant sa demande d'indemnisation³⁹⁶. Rien ne fait obstacle au fait que l'administré accompagne son recours administratif d'une demande préalable d'indemnisation, notamment lorsque le recours n'est pas suspensif et que l'exécution de l'acte provoque des préjudices³⁹⁷. Mais, il est conseillé que la demande préalable d'indemnisation, visant obtenir une décision préalable, soit adressée après la décision sur le recours, dans le but de déterminer la cause des dommages : si le requérant a eu gain de cause lors du recours administratif et que le préjudice est provoqué par l'exécution d'une première décision qui n'existe plus, il n'y aura pas d'acte à déférer au juge et la prétention d'indemnisation sera présentée séparément. Si le préjudice est provoqué par la décision sur le recours, la requête en annulation pourra être accompagnée d'une prétention en indemnisation et la décision préalable, sur ce point, pourra être demandée même après l'introduction du recours juridictionnel³⁹⁸.

L'identité entre le recours administratif préalable obligatoire et le recours juridictionnel ne concerne pas les moyens présentés à l'appui des conclusions. Lors du recours juridictionnel, le requérant pourra développer et même changer son argumentation juridique à l'appui de ses prétentions, à la condition de conserver les mêmes conclusions³⁹⁹. Lorsque le requérant présente de nouvelles conclusions, son recours juridictionnel est irrecevable en raison du non exercice du recours administratif préalable obligatoire⁴⁰⁰. Le recours du requérant est également irrecevable dans le cas où il conteste un acte différent de celui qu'il défère au juge ou lorsque ce dernier conclut différemment. Dans les deux cas, il ne s'agit pas du même litige⁴⁰¹.

³⁹⁴ Par ex. C.E.f. 9 janvier 1952, *Société coopérative « Les planteurs de Sassandra »*, Rec., p. 20 ; C.E.f. 12 fév. 1960, *Caisse de crédit municipal d'Alger*, Rec., p. 110.

³⁹⁵ Il est possible de cumuler dans un même recours des conclusions de nullité et de réparation : C.E.f. 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bèzie*, Rec., p. 407, S. 1912, III, p. 129, note HAURIU, D. 1914, III, 49, concl. PICHAT.

³⁹⁶ C.E.f. 6 mars 1953, *Angeli*, Rec., p. 125.

³⁹⁷ L'administré peut demander l'indemnisation du préjudice provoqué par un acte illégal qui a été ultérieurement rapporté par la décision d'un recours hiérarchique : C.E.f. Ass. 23 avril 1965, *Dame Vve Ducroux*, Rec., p. 231 ; J.C.P. 1965, II, 14412 note DURAND- PRINBORGNE ; D. 1965, p. 845, note PALAZZOLI ; R.D.P. 1965, p. 1188, concl GALABERT et A.J.D.A. 1965, p. 332.

³⁹⁸ C.E.f. 11 avril 2008, *Établissement français du sang*, n° 281374, A.J.D.A. 2008 p. 1215, note CLAMOUR.

³⁹⁹ C.E.f. Sect. 18 nov. 2005, *Houlbreque*, Rec., p. 513 ; A.J.D.A. 2005, p. 2453, chron. LANDAIS et LENICA.

⁴⁰⁰ C.E.f. 13 mai 1970, *Conseil départemental de l'Ordre des médecins de l'Eure*, Rec., p. 334 ; C.E.f. 6 mai 1977, *Garrigues*, Rec., p. 208 ; C.E.f. 28 oct. 1985, *Ministre des Finances c/ Époux Pennouet*, n° 40574, Rec., p. 304.

⁴⁰¹ Le requérant « peut invoquer devant le juge, jusqu'à la clôture de l'instruction, tout moyen de droit nouveau, alors même qu'il n'aurait pas été invoqué à l'appui du recours administratif contre la décision initiale, dès lors que ces moyens sont relatifs au même litige que celui dont avait été saisie l'autorité administrative », C.E.f. 21 mars 2007, *Garnier*, n° 284586, Rec., p. 364 ; D.A. 2007, comm. 78, obs. GUILLAUMONT.

Or, il existe des cas où une identité majeure entre le recours administratif et le recours juridictionnel est exigée : soit par l'identité des moyens, soit par l'identité des faits et des preuves présentées. Concernant l'identité des conclusions et des moyens, elle était exigée en matière du contentieux du remembrement rural, aujourd'hui remplacé par l'aménagement foncier⁴⁰². Cette identité est exigée dans le contentieux de certaines élections : le contentieux des élections aux commissions administratives paritaires de la fonction publique⁴⁰³ et le contentieux des élections universitaires⁴⁰⁴. Concernant l'identité de faits et de preuves présentées, le recours administratif préalable en matière fiscale fixe les faits et détermine les pièces qui pourront être présentées au juge⁴⁰⁵.

2. Colombie : l'identité des faits du recours et de la demande

Alors même qu'en droit colombien le recours en appel est le préalable obligatoire des instances dirigées à contester la juridicité des actes administratifs, introduites devant la juridiction colombienne du contentieux administratif, cette condition préalable ne délimite pas tout à fait le débat juridictionnel. De nouvelles conclusions peuvent être présentées devant le juge et, de cette manière, la condition préalable est quand même remplie⁴⁰⁶.

D'après une jurisprudence établie, il était obligatoire de respecter l'identité des faits allégués lors de la voie gouvernementale et de l'action juridictionnelle⁴⁰⁷. Ainsi, lorsque l'administré présentait de nouveaux faits au juge, ce dernier considérait que la voie gouvernementale n'avait pas été parcourue à l'égard de ces faits et, dès lors, ceux-ci étaient irrecevables⁴⁰⁸.

⁴⁰² C.E.f. 20 mai 1949, *Berc et autres, Rec.*, p. 230 ; C.E.f. 31 oct. 1950, *Jacquet, Rec.*, p. 522 ; C.E.f. 8 fév 1980, *Dme Sivagnanam, D.A.* 1980, n° 76. Les procédures de remembrement rural sont remplacées par des procédures d'aménagement foncier. L'article L. 121-10 du Code rural dispose que seulement les décisions de la commission départementale d'aménagement foncier sont l'objet du contrôle juridictionnel, indiquant, par conséquent, que le recours administratif devant cette commission est préalable obligatoire.

⁴⁰³ C.E.f. 4 déc 1963, *Bebel, Rec.*, p. 603 ; C.E.f. Sect. 23 oct 1981, *Fédération des groupes autonomes de l'enseignement public de l'académie de Strasbourg, Rec.*, p. 390 ; A.J.D.A. 1982, p. 397.

⁴⁰⁴ Devant la Commission de contrôle : C.E.f. 11 oct 1972, *Élections aux conseils de l'U.E.R. Mathématiques et informatique de l'Université de Rennes, Rec.*, p. 268. Dans la matière, « seuls peuvent être soumis au juge administratif les griefs qui ont été préalablement présentés au ministre dans le délai de cinq jours suivant la proclamation des résultats des opérations électorales contestées », C.E.f. Sect. 23 oct. 1981, *Féd. groupes autonomes enseignement public Académie Strasbourg, Rec.*, p. 390 ; A.J.D.A. 1982, p. 99.

⁴⁰⁵ « Le juge se prononce exclusivement au vu des justifications qui ont été présentées au chef de service. Les redevables qui l'ont saisi ne peuvent ni lui soumettre des pièces justificatives autres que celles qu'ils ont déjà produites à l'appui de leurs mémoires, ni invoquer des faits autres que ceux exposés dans ces mémoires », art. R. 281-5 L.P.F.

⁴⁰⁶ En revanche, le professeur PALACIO considérait qu'il était nécessaire de conserver les mêmes prétentions : « Dans le cas où l'administré n'obtient pas gain de cause dans la voie gouvernementale, l'affecté pourra parcourir la voie juridictionnelle où il devra présenter les mêmes pétitions avec les mêmes arguments ou des arguments nouveaux à la condition de ne pas modifier la pétition initiale », Juan PALACIO, *Derecho Procesal Administrativo, op. cit.*, p. 49.

⁴⁰⁷ « Quand on affirme qu'il doit exister identité entre ce qui est discuté dans la voie gouvernementale et ce qui est demandé au juge, cela suppose principalement que l'on ne modifie pas les faits du problème », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 12 juin 1997, affaire n° 2607, C.R. Manuel URUETA. Cette jurisprudence a été confirmée : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 30 août 2001, affaire n° 6213, C.R. Gabriel MENDOZA.

⁴⁰⁸ C.E.c. Section 4, Sentence du 17 mars 2005, affaire n° 14113, C.R. María ORTIZ.

Cependant, la théorie jurisprudentielle de l'impossibilité de présenter de nouveaux faits n'était pas sans problèmes :

- d'un côté, il était difficile de déterminer ce qui constituait un fait nouveau. Ainsi, dans le contentieux de la légalité, les faits de la demande se confondent avec les raisons viciant la juridicité de l'acte. De ce point de vue, la jurisprudence n'était pas bien établie : il était accepté que le requérant présente de nouveaux arguments de fait ou de droit à l'appui de nouvelles raisons visant l'anti juridicité de l'acte⁴⁰⁹. Mais, en même temps, était rejetée la présentation d'un fait nouveau consistant à la conformation irrégulière d'une assemblée dans la mesure où « *il s'agit d'un fait nouveau dont l'administration n'a pas eu l'opportunité de se prononcer* »⁴¹⁰, alors que cela aurait pu être considéré comme un nouveau moyen pour justifier la demande d'annulation.

- d'un autre côté, l'irrecevabilité de nouveaux faits ne s'accordait pas avec le fait que, lors des recours administratifs le requérant n'est pas obligatoirement assisté d'un avocat et, par conséquent, l'identification des faits pouvant léser l'acte peut échapper à des regards non versés en matière juridique.

En conséquence, dès 2007, la jurisprudence du Conseil d'État abandonne la théorie de la limitation des faits nouveaux, considérée comme contraire au droit fondamental d'accès à la juridiction. Pour le Conseil d'État, il n'est pas possible de limiter l'argumentation juridique du requérant. Pour argumenter, le requérant doit pouvoir relever des raisons de fait et de droit⁴¹¹. Cette jurisprudence entraîne un changement dans la conception des recours administratifs préalables en droit colombien : davantage qu'un privilège de l'administration, les recours administratifs sont des instruments au service des administrés. Par conséquent, des mécanismes conçus dans leurs intérêts, ne sauraient entraîner des conséquences négatives et disproportionnées quant à la limitation de l'argumentation possible devant le juge⁴¹². Par ailleurs, la jurisprudence constate que cette limitation n'était pas issue des normes et, par conséquent, la jurisprudence ne pouvait pas imposer une condition de recevabilité extra légale⁴¹³. Cette jurisprudence a été précisée en 2009 : l'identité d'objet est désormais la seule

⁴⁰⁹ C.E.c. Section 4, Sentence du 29 oct. 1999, affaire n° 9557, C.R. Delio GOMEZ.

⁴¹⁰ C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 30 août 2001 affaire n° 6213, C.R. Gabriel MENDOZA.

⁴¹¹ « (...) pour une meilleure adéquation de la jurisprudence dans la matière, avec la Constitution, la loi et, notamment, le droit fondamental d'accès à la justice, il serait nécessaire d'abandonner le concept imprécis de « faits nouveaux non proposés dans la voie gouvernementale ». Les faits font partie des raisons ou des fondements des prétentions et, dès lors, ceux-ci font partie des fondements de l'argumentation ; argumenter d'un point de vue juridique consiste à faire valoir des raisons de droit et pour démontrer une thèse ou l'opportunité d'une solution juridique. Par conséquent, admettre la possibilité de présenter des meilleurs ou des nouveaux arguments permet, nécessairement, de présenter des nouveaux faits, faisant partie des arguments », C.E.f. Section 1^{re}, Sentence du 20 sept. 2007, affaire n° 13001-23-31-000-1995-12217-01, C.R. Rafael LAFONT.

⁴¹² « Il faudrait conclure qu'il est possible de présenter dans la demande, des faits nouveaux, non exposés lors de la voie gouvernementale dans la mesure où tant la voie gouvernementale que la voie juridictionnelle sont des instruments et des garanties conçues en faveur de l'administré », C.E.f. Section 1^{re}, Sentence du 20 sept. 2007, affaire n° 13001-23-31-000-1995-12217-01, C.R. Rafael LAFONT.

⁴¹³ « Enfin, lorsque l'article 63 du C.C.A. dispose que l'une des formes d'épuisement de la voie gouvernementale consiste en la décision des recours, l'exécuteur de la norme ne saurait pas interpréter que les faits présentés dans la voie gouvernementale doivent coïncider exactement avec ceux de la demande. Cela est encore plus choquant qu'avec cette interprétation les garanties de l'administré sont limitées, tout en méconnaissant les droits fondamentaux d'accès à la justice et de la procédure régulière du droit en matière administrative et

exigée entre les recours administratifs et la demande juridictionnelle : le recours et la demande doivent être dirigés à l'égard du même acte administratif⁴¹⁴.

C. Des limitations constitutionnelles du droit d'accès à la juridiction

En droit français comme en droit colombien, les recours administratifs ne sont pas obligatoires ; ils peuvent être un préalable obligatoire pour l'accès au juge. Dans ce cas, la condition de la recevabilité des requêtes juridictionnelles constitue une charge⁴¹⁵ pour l'administré prétendant porter sa demande devant la juridiction. Du point de vue exclusif de l'administration, les recours administratifs auraient pu être apparentés à un privilège de l'administration⁴¹⁶ consistant en l'impossibilité d'être amenée devant la justice sans avoir eu l'opportunité préalable de connaître les prétentions et les arguments de l'administré et d'avoir la possibilité d'éviter, par sa décision unilatérale, le procès juridictionnel⁴¹⁷. Néanmoins, la constitutionnalité des recours administratifs préalables obligatoires demande aussi la prise en considération de la position de l'administré. En ce sens, le droit français soumet la constitutionnalité des recours administratifs préalables obligatoires à la possibilité pour l'administré d'exercer un recours juridictionnel ultérieur (1), alors qu'en droit colombien les recours administratifs préalables obligatoires sont soumis, au-delà de la possibilité formelle d'avoir accès ultérieurement au juge, à l'examen de la justification suffisante du conditionnement de l'accès au juge (2).

1. Le droit français : la possibilité d'exercer un recours juridictionnel ultérieur

Dès 1988, le Conseil constitutionnel français considère que l'instauration d'un recours

juridictionnelle », C.E.f. Section 1^{re}, Sentence du 20 sept. 2007, affaire n° 13001-23-31-000-1995-12217-01, C.R. Rafael LAFONT.

⁴¹⁴ « (...) ce qui est important de cette condition de recevabilité est que l'objet des deux mécanismes de contestation soit le même, c'est-à-dire qu'il s'agisse de la même décision ou du même acte mettant terme à la procédure administrative ou empêchant sa poursuite, sans que les imputations et les arguments doivent nécessairement coïncider », C.E.c., Section 1^{re}, Sentence du 12 novembre 2009, affaire n° 25000-23-24-000-2003-00883-01, M.R. Rafael OSTAU.

⁴¹⁵ La charge est la « Nécessité imposée par la loi au plaideur dans la mise en œuvre de ses prétentions sous peine de voir écarter celles-ci (comme mal fondées) ; la charge se distingue de l'obligation en ce que son non accomplissement constitue non un fait illicite ; mais, un fait dommageable que sa propre carence inflige, comme une sorte d'autosanction, à celui qui ne l'assume pas », Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., *op. cit.*, vox « charge », n° 4, p. 139.

⁴¹⁶ « Il s'agit d'un authentique privilège pour l'administration et, corrélativement, d'une charge pour l'administré », Eduardo GARCIA et Tomás FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 3^e éd., Civitas, Madrid, 1991, p. 483. C'est un mécanisme « imposant aux particuliers la charge de soumettre devant elle les conflits avant de les soumettre au juge », *ibidem*, p. 487. Dans ce même sens : « le besoin de parcourir la voie gouvernementale comme condition pour avoir accès à la juridiction constitue un privilège de l'administration qui découle du principe de l'autotutela administrative d'après lequel les autorités administratives doivent avoir l'opportunité de se prononcer préalablement sur ses propres actes et sur les contentieux étant nés autour de ses décisions, avant la saisine des tribunaux », C.c.c. sentence C-792-06, 20 sept. 2006, M.R. Rodrigo ESCOBAR. Dans ce sens : C.E.c Section 4, Sentence du 19 fév. 1999, affaire n° 9230, C.R. Julio CORREA.

⁴¹⁷ Ce système a pour « finalité de permettre à l'administration, par la voie gouvernementale et sous recours de l'administré, de révoquer, de confirmer ou de modifier sa décision préalablement à la saisine juridictionnelle par la voie de l'action en nullité et rétablissement du droit », C.E.c. Section 2, Sentence du 21 mai 2009, affaire n° 4073-05, C.R. Bertha RAMIREZ.

administratif préalable obligatoire relève du pouvoir réglementaire, dans la mesure où ces mécanismes « *ne mettent pas en cause l'exercice, par les administrés, du droit d'agir en justice contre des décisions leur faisant grief* »⁴¹⁸. Même si une argumentation minimale de la part du Conseil constitutionnel aurait été souhaitable, il était possible de conclure déjà que le Conseil ne prenait en considération ni la difficulté ni la facilité de l'accès au juge.

Le concept d'atteintes substantielles au droit au recours juridictionnel a été formulé en 1996⁴¹⁹, conduisant à se demander si les recours administratifs préalables obligatoires constituaient une atteinte non substantielle au droit au recours juridictionnel. Même si, là encore, la jurisprudence n'a pas expliqué ce qui pourrait être une atteinte substantielle, il est possible d'affirmer, à l'aide d'une décision de 2003, que l'atteinte substantielle est celle empêchant réellement l'accès au juge ou le soumettant au bon vouloir de l'autorité administrative, comme serait le cas d'un recours administratif préalable obligatoire dépourvu de la règle de la décision implicite, condamnant dès lors l'administré à atteindre, sans délai, la décision administrative lui ouvrant l'accès au juge⁴²⁰. Grâce à la règle de la décision implicite, les recours administratifs préalables obligatoires ne constituent pas une atteinte substantielle au droit au recours juridictionnel⁴²¹.

Cette jurisprudence est compatible avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit au tribunal. Les procédures préalables ne méconnaissent pas l'article 6 § 1 de la Convention, dans la mesure où la décision administrative peut être l'objet d'un recours ultérieur devant un tribunal indépendant et impartial. Néanmoins, le tribunal peut ne pas être une juridiction et, dès lors, le droit au tribunal peut être garanti par le seul recours administratif, à la condition de l'indépendance et de l'impartialité suffisante de cette autorité administrative, au sens du droit interne⁴²².

2. Le droit colombien : la justification suffisante du conditionnement de l'accès au juge

Alors qu'en droit français l'explication de la constitutionnalité des recours

⁴¹⁸ C.c.f. Décision n° 88-154 L, 10 mars 1988, *Rec.*, p. 42, § 6 ; D.S. 1988, p. 501, note PRETOT.

⁴¹⁹ « *Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* », C.c.f. Décision n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Rec.*, p. 43, §83.

⁴²⁰ « *Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'exigence d'un recours administratif préalable, à peine d'irrecevabilité d'un recours contentieux, ne méconnaît pas le droit à un recours effectif tel qu'il résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; que cette exigence n'a d'ailleurs pas pour effet d'interdire à l'intéressé de saisir le juge administratif des référés sans attendre que le préfet ait statué sur son recours hiérarchique* », C.c.f. Décision n° 2003-484 DC, 20 nov. 2003, *Rec.*, p. 438, § 19.

⁴²¹ C.c.f. Décision n° 92-316 DC, 20 janvier 1993, *Rec.*, p. 14, § 36.

⁴²² *La Cour relève d'emblée que les textes normatifs régissant le statut des employés des chemins de fer au moment du licenciement du requérant ne prévoyaient pas un contrôle juridictionnel de la régularité d'un tel licenciement. Seul était possible un recours auprès de l'autorité hiérarchique, qui était en l'occurrence la direction régionale des chemins de fer, organe qui ne pouvait manifestement pas réunir les qualités d'indépendance et d'impartialité inhérentes à un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 (Belilos c. Suisse, arrêt du 29 avril 1988, série A n° 132, p. 29, § 64) », C.E.D.H. 30 déc. 2004, *Pramov c/ Bulgarie*, n° 42986/98.*

administratifs est laissée à la doctrine⁴²³, le juge constitutionnel colombien réalise lui-même un effort d'argumentation, répondant ainsi aux auteurs n'y voyant qu'un obstacle à l'accès au juge⁴²⁴. Pour lui, le droit d'accès au juge ne se satisfait pas du seul constat que la décision administrative sur le recours puisse être l'objet d'un recours juridictionnel, et non plus du fait que le silence gardé par l'administration sur le recours permet, au bout de quelque temps, l'exercice du recours juridictionnel. Déjà la Cour suprême de justice colombienne, chargée sous la Constitution de 1886 du contrôle de la constitutionnalité des lois, avait considéré que le fait de soumettre la possibilité d'exercer des recours administratifs et, par conséquent, d'avoir accès au juge, au paiement des sommes exigées par l'administration, sous la règle *solve et repete*, constituait une limitation disproportionnée du droit d'accès à la justice. Avoir accès au juge serait réservé aux fortunés⁴²⁵. Sous la Constitution de 1991, la Cour constitutionnelle a eu à se prononcer à nouveau sur la constitutionnalité de la voie gouvernementale préalable. Le juge constitutionnel colombien a pris en considération le fait que l'exercice préalable des recours administratifs conditionne l'accès au juge. Pouvant conduire à l'irrecevabilité de la demande juridictionnelle, il est nécessaire de réaliser un contrôle de la constitutionnalité et de la suffisance des raisons de ce conditionnement.

Si la Cour concluait que la voie gouvernementale n'était qu'un privilège de l'administration, dépourvu d'utilité pour l'administré, la limitation du droit d'accès au juge serait contraire à la Constitution. En revanche, la Cour constitutionnelle a considéré que les recours administratifs préalables étaient un mécanisme utile tant pour l'administré que pour l'administration⁴²⁶. Pour l'administré, les recours administratifs représentent un mécanisme simple, rapide et efficace de défense de ses droits⁴²⁷ et, par conséquent, c'est l'une des garanties de la procédure régulière du droit en matière administrative. Pour l'administration, les recours administratifs permettent la correction rapide des erreurs, autorisant ainsi, qu'elle redresse son activité vers la satisfaction des finalités publiques, dont le service à la communauté, la justice et la paix sociale⁴²⁸.

Concernant le principe d'égalité, la Cour constitutionnelle reprend l'analyse des

⁴²³ « Loin d'entraver ou de retarder nécessairement (sic) l'intervention du juge, l'organisation d'une procédure de recours administratif peut permettre de faire avorter un nombre important de litiges et présente l'avantage d'un règlement plus rapide », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 32.

⁴²⁴ « (...) l'existence des recours préalables obligatoires est un élément faisant injustement obstacle au droit d'accès à la juridiction et, partant, cela doit être modifié », Juan ROJAS, *Por un régimen unitario de mecanismos de control judicial a la administración pública*, Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 2007, p. 140.

⁴²⁵ C.S.J. Chambre constitutionnelle, Sentence n° 86, 25 juillet 1991, M.R. Simón RODRIGUEZ et Pablo CACERES.

⁴²⁶ Cela était déjà expliqué par la doctrine : « (...) il est nécessaire de prévoir des recours dans la voie gouvernementale permettant à la personne la défense de son droit ou la protection de son intérêt, ainsi qu'à l'administration, la correction de ses erreurs », Eustorquio SARRIA, *Derecho procesal administrativo*, Temis, Bogota, 1963, p. 42.

⁴²⁷ « Pour le particulier, cela signifie la possibilité d'obtenir, par cette voie, de façon rapide et opportune, la protection de ses droits, sans avoir à engager un long, coûteux et lourd procès judiciaire », C.c.c. Sentence C-060-96, 15 fév. 1996, M.R. Antonio BARRERA.

⁴²⁸ « En effet, l'épuisement de la voie gouvernementale comme condition de recevabilité permet que la personne affectée par une décision qu'il considère comme violatrice de ses droits se porte devant la même autorité afin que celle-ci puisse corriger ses erreurs et rétablir les droits de l'affecté. Cela permet aux autorités administratives l'acheminement de son activité vers l'exécution des finalités publiques (art. 209 Const.c.), dont le service à la communauté, la paix sociale et l'ordre juste (art. 2 Const.c.) (...) Ainsi, cette condition constitue une garantie de plus pour l'administré, visant à la réalisation pleine de son droit fondamental à la procédure régulière du droit », C.C.c. Sentence C-319-02, du 2 mai 2002, M.R. Alfredo BELTRAN.

fonctions des recours administratifs : le conditionnement du droit d'accès au juge des travailleurs publics à l'exercice des recours administratifs ne constitue pas une discrimination à l'égard des travailleurs privés qui peuvent, quant à eux, porter directement au juge des prétentions à l'égard de leur employeur. La régulation différente est pleinement justifiée en raison des qualités et des fonctions de l'administration⁴²⁹.

Le système colombien de recours administratifs préalables obligatoires a été aussi déclaré conforme au droit au juge, reconnu par la Convention interaméricaine des droits de l'homme. Ainsi, il a été considéré que les États membres de la Convention devaient établir des formalités pour l'accès à la juridiction. La charge d'exercer préalablement des recours administratifs est considérée comme une garantie d'accès objectif au juge, tout en visant, par là, la sécurité juridique, la bonne marche du système juridictionnel et la protection efficace des droits des citoyens⁴³⁰.

Les fonctions non contentieuses des recours administratifs, en droits français et colombien, sont diverses. Ils permettent l'exercice du droit de pétition pour le droit français des recours administratifs facultatifs. Ils permettent de faire appel à la bienveillance de l'administration, grâce à la présentation de moyens extra juridiques. Les recours administratifs peuvent aussi contribuer à informer l'administration des illégalités qu'elle a l'obligation de faire disparaître. Étant des préalables obligatoires à l'accès au juge, les recours administratifs introduisent l'administré dans une procédure complexe d'élaboration de l'acte administratif définitif, pouvant être l'objet du contrôle juridictionnel. Certes, ils ont pu être perçus comme une charge pour l'administré et un privilège pour l'administration qui pouvait éviter, préalablement, d'être déférée au juge⁴³¹. Cependant, grâce aux garanties pour l'administré, les recours administratifs peuvent être considérés comme des moyens de défense des administrés. Cela ne signifie pas nécessairement que la fonction contentieuse est exercée, dans la mesure où le droit de défense des administrés dans la procédure administrative n'est pas réservé à l'exercice de la fonction contentieuse. En matière de contrôle, les recours administratifs ne seraient que des demandes d'exercice des pouvoirs que l'administration pourrait exercer même sans le recours administratif. Or, les recours administratifs peuvent aussi remplir une fonction contentieuse ou de résolution des litiges. Il est dès lors nécessaire de s'intéresser aux conditions dans lesquelles les recours administratifs tranchent le litige né entre l'administration et l'administré, en raison de l'adoption d'un acte administratif que

⁴²⁹ « Cette différence de régime se justifie en raison de la nature de l'un des sujets de la relation juridique. Ainsi, l'administration ne peut pas être assignée directement devant le juge dans ces contentieux » C.c.c. Sentence C-060-96, 15 fév. 1996, M.R. Antonio BARRERA.

⁴³⁰ « La Cour considère que dans toute procédure ou procès existant dans l'ordre interne, les États doivent prévoir de larges garanties judiciaires dont font aussi partie les formalités pour garantir l'accès au juge. Pour des raisons de sécurité juridique, pour le bon fonctionnement des juridictions et pour la protection effective des droits des personnes, les États doivent établir des conditions et des critères de recevabilité des recours internes, judiciaires ou non judiciaires », C.I.D.H., Sentence d'exceptions préalables, de fond et de réparations du 24 nov. 2006, § 126.

⁴³¹ « (...) ces recours préalables sont conçus en faveur de l'administration qui peut, grâce à eux, corriger ses erreurs (...) et, en même temps, c'est une charge pour l'administré, malheureux et toujours maltraité, en signifiant, de même, un retard inutile et injustifié du droit à la protection juridictionnelle efficace », Juan CAMPO, « Un ejemplo del carácter de gravamen de la vía gubernativa para los administrativos – Derechos de ciudadanos de América Latina en España », *Revista de derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n° 2, juillet 1997, p. 74. L'article fait référence au recours administratif préalable existant en Espagne en matière d'immigration.

l'administré entend contester devant l'administration elle-même, et non simplement exercer son droit de pétition ou de plainte⁴³².

Section II. La fonction contentieuse des recours administratifs

La résolution de litiges n'est pas la fonction principale de l'administration française ou colombienne. La fonction contentieuse est une fonction accessoire, intimement liée à l'exécution des missions confiées à l'administration. Cela explique que les recours administratifs ne puissent pas être caractérisés exclusivement comme remplissant une fonction exclusivement contentieuse. Ce sont des instruments de l'administration, répondant à plusieurs fonctions dont, le cas échéant, la fonction contentieuse : d'où l'importance de déterminer les conditions dans lesquelles l'administration exerce la fonction contentieuse, par la voie des recours administratifs.

Les recours administratifs ont pu être considérés, en droit français, comme des mécanismes de « *règlement amiable* »⁴³³ des litiges. Cette expression pourrait signifier que l'administration réalise une conciliation avec l'administré pour la résolution consensuelle⁴³⁴ du litige⁴³⁵. Or, par règlement à l'amiable, il est couramment entendu un règlement non juridictionnel du litige⁴³⁶. Il s'agit ainsi d'une expression impropre qui ne saurait pas négliger le caractère unilatéral de la décision des recours administratifs, par l'adoption d'une décision exécutoire de la puissance publique⁴³⁷.

La fonction contentieuse a déjà été reconnue à des recours administratifs en droit français, notamment en matière fiscale⁴³⁸, et il est des auteurs incluant la résolution des litiges

⁴³² « *La procédure suivie devant les organes administratifs s'appelle procédure gouvernementale ou voie gouvernementale (...). Mais, ce pouvoir juridictionnel de l'administration n'a pas le même contenu que le pouvoir juridictionnel des tribunaux. Ici, n'existe pas une confrontation juridique entre l'administration et l'administré ; il s'agit d'une simple réclamation, à l'égard de laquelle l'administration accepte ou refuse* », Leopoldo UPRIMI, « La ambigüedad e inconveniencia de los términos « jurisdicción », « función jurisdiccional » y « rama jurisdiccional del poder público » en torno de una reforma constitucional propuesta por la comisión Echandía », *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*, n° 215-216-217, janvier-juin 1977, p. 394-395.

⁴³³ Didier TRUCHET, « Recours administratif », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, octobre 2000, p. 4.

⁴³⁴ Gilles PELLISSIER, « Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs – Réflexions sur la fonction des recours administratifs dans l'ordre juridique français - », *R.F.D.A.* 1998, p. 321. Pour que les recours administratifs remplissent une fonction de conciliation, il faudrait que les autorités administratives engagent une discussion avec le requérant et que la décision sur le recours ne soit que la formalisation d'un accord sous-jacent.

⁴³⁵ Dans ce sens, notamment, le Conseil d'État français s'est prononcé : CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, *op. cit.*, p. 32.

⁴³⁶ « *La notion de règlement à l'amiable (...) est une notion aux contours assez flous. De manière négative, il y a règlement à l'amiable lorsqu'un différend s'achève autrement que par son règlement juridictionnel* », Serge GINCHARD et al, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 1007.

⁴³⁷ Ne sont pas équivalents le rejet d'un recours administratif et le refus d'un particulier à s'acquitter de ses obligations civiles. Cette confusion est présente chez Pierre ARNAUD : « *Une pareille distinction existe en droit civil, et elle n'a jamais causé de difficulté. Le serviteur de mon voisin prétend m'interdire l'exercice d'une servitude que je crois m'appartenir. Je m'adresse d'abord, par la voie amiable, à mon voisin lui-même, en le priant de modifier la décision de son préposé. S'il s'y refuse, je saisis l'autorité judiciaire : c'est celle-ci qui nous départagera* », Pierre ARNAUD, *Les Commissions administratives à caractère juridictionnel*, Thèse Université de Paris, Imprimerie Artistique Moderne, Paris, 1938, p. 10.

⁴³⁸ En France, le préalable fiscal a été très tôt rapproché du contentieux : René CANAC, *Des réclamations en matière de contributions directes*, Éditions et publications contemporaines Pierre Bossuet, Paris, 1929, p. 72 où les

dans la définition même des recours administratifs⁴³⁹ ; le recours aux juridictions et les recours administratifs sont ainsi considérés comme deux systèmes de résolution des litiges⁴⁴⁰ dont, malgré les différences formelles entre eux, il existe, dans les deux cas, l'exercice complémentaire de la fonction contentieuse⁴⁴¹ et nullement précontentieuse⁴⁴². La Cour constitutionnelle colombienne a même affirmé que les recours administratifs relevaient d'une « *espèce de justice interne* »⁴⁴³, permettant à l'administration de résoudre, par elle-même, le litige né avec l'administré. Pour cette Cour, il s'agit de l'une des étapes du contentieux administratif⁴⁴⁴. Cela constitue, en soi, un apport fondamental pour la reconnaissance de l'activité contentieuse de l'administration. Cependant, ni les recours administratifs ne remplissent exclusivement la fonction contentieuse ni la fonction contentieuse est toujours exercée lors des recours administratifs. C'est à partir du régime juridique qu'il est possible d'identifier cette fonction⁴⁴⁵. De surcroît, au-delà des éléments normatifs, la fonction contentieuse des recours administratifs peut être vérifiée dans la pratique de ces instruments, façonnée par des politiques administratives.

Pour que l'administration, par la voie des recours administratifs, exerce une fonction contentieuse, il est nécessaire, d'une part, qu'il y ait matérialisation d'une contestation (**Sous-**

réclamations sont considérées comme contentieuses et p. 165 où les réclamations sont considérées comme une forme pour introduire l'instance juridictionnelle ; Philippe BERN, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, L.G.D.J. 1972, p. 21 ; Bernard CASTAGNEDE, *La répartition des compétences juridictionnelles en matière fiscale*, Thèse (dact.), Paris I, 1972, vol I. La jurisprudence reconnaît clairement la nature contentieuse de la réclamation fiscale « *en tant qu'instance ressortissant à la juridiction contentieuse* », C.E.f. Ass. 31 octobre 1975, *Société Coq-France, Rec.*, p. 534, D.F. 1975, 51, concl. Mme. LATOURNERIE ; A.J.D.A. 1976, II, 314, note CASTAGNEDE, R.J.F. 1975, p. 373, Chron. MARTIN-LAPRADE. De même, il est affirmé que le recours fiscal constitue « *la première phase d'une procédure contentieuse* », C.E.f. 14 fév. 1983, D.F. 1983, n°1070. Il s'agit du « *premier acte de procédure contentieuse* », Christian SCHRICKE, conclusions sous C.E.f. 6 oct. 1982, *SA Laboratoires Delangrange*, D.F. 1983, n° 526. C'est une « *phase administrative contentieuse* », Olivier FOUQUET, conclusions sous C.E.f. 10 fév 1984, D.F. 1984, n° 983.

⁴³⁹ Le recours administratif est « *une réclamation adressée à une autorité administrative en vue de régler un différend né d'une décision juridique émanant de cette autorité administrative ou d'une autre autorité administrative* » Didier TRUCHET, « Recours administratif », *loc. cit.*, p. 5. Cette nature contentieuse des recours administratifs est notamment reconnue par Georges VEDEL et Pierre DELVOLLE, *Droit administratif*, t. II, 12^e éd., P.U.F., Paris, 1992, p. 33 ; Léon MOUREAU, « Notion et spécificité du contentieux administratif », in *Mélanges Jean Dabin*, Paris, Sirey, 1963, p. 182 ; Jacques CHEVALLIER, note sous C.E.f. 13 juin 1969, *Ministre des Armées c/Bussy*, D. 1969, p. 482. Pour le droit colombien, le professeur SANTOFIMIO définit les recours administratifs « *comme une forme de résolution directe des litiges entre des personnes qui sont partie de l'acte administratif* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003, p. 283. Pour le droit espagnol, les recours sont caractérisés comme une « *voie rapide de résolution de litiges juridiques entre l'administration et les citoyens destinataires ou affectés par son activité* », Agustín de ASIS, « Los recursos administrativos », in *La Administración Pública española*, (Jaime RODRIGUEZ – directeur), Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Internacional de Ciencias administrativas, sección española, Madrid, 2002, p. 626 et 628.

⁴⁴⁰ « (...) le droit français en a fait deux systèmes de solution des litiges administratifs qui sont en principe séparés et indépendants l'un de l'autre » Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs », A.J.D.A., I, 1955, p. 121.

⁴⁴¹ « *Non comme une voie parallèle ou concurrente au recours juridictionnel, mais bien comme deux modes de règlement des litiges complémentaires, amenant le juge et l'administration à exercer - certes, à des moments différents - une fonction de nature intrinsèquement identique, consistant à régler un litige au moyen d'une solution de droit* », Jean-François BRISSON, « Les recours administratifs préalables obligatoires en droit public français, alternative au juge ou voie sans issue ? », *loc. cit.*, p. 3.

⁴⁴² « *Ils ne constituent pas des mécanismes « précontentieux », car le contentieux est déjà né ; il y a contestation entre les parties, c'est donc bien un contentieux qui est en cause* », Eugénie PREVEDOUROU, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, op., cit., p. 6.

⁴⁴³ C.c.c. Sentence C-060-96, 15 fév. 1996, M.R. Antonio BARRERA.

⁴⁴⁴ La conciliation préalable en matière du travail conduit à omettre « (...) l'une des étapes du litige contentieux administratif consistant en la voie gouvernementale », C.c.c. Sentence C-893-01, 22 août 2001, M.R. Clara VARGAS.

⁴⁴⁵ Jean-Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *loc. cit.*, p. 98.

section 1) ; et, d'autre part, que la réponse à la contestation (**Sous-section 2**) vise à trancher le litige qui s'est matérialisé devant l'autorité administrative.

Sous-section 1. La matérialisation de la contestation

À l'égard des recours administratifs, une contestation se matérialise lorsque les griefs relevés par l'administré remettent en cause, de façon concrète, l'acte administratif, et aussi, lorsque cette réclamation a la potentialité réelle de provoquer la modification ou même la disparition de l'acte contesté, dans la mesure où celle-ci est prise au sérieux par l'autorité administrative. Cela veut dire que la matérialisation de la contestation ne dépend pas exclusivement de l'administré requérant. Un recours administratif ne matérialisera pas une contestation si l'administration ne s'engage pas, à son tour, à l'examiner sous un angle contentieux, et non comme une simple pétition. La matérialisation de la contestation se vérifie tantôt lors de la formalisation du recours (§ 1), tantôt lors de l'examen effectif du recours (§ 2), par l'autorité administrative.

§ 1. La formalisation des recours

L'exercice de la fonction contentieuse des recours administratifs passe par la processualisation de l'activité administrative. Cela ne signifie nullement que la procédure administrative doit reproduire à l'identique la plus exigeante des procédures menées devant les juridictions⁴⁴⁶. Or, des conditions procédurales minimales distinguent les pétitions adressées à la bonne volonté de l'administration, des véritables recours administratifs⁴⁴⁷. Il s'agit des recours administratifs formels, grâce auxquels l'administration exerce la fonction contentieuse, et qui sont la manifestation d'un authentique droit des administrés à contester les actes administratifs⁴⁴⁸ ; ce sont des recours administratifs contentieux⁴⁴⁹. Ainsi, la formalisation des recours administratifs exige la contestation d'un acte administratif (A), pouvant être continuée devant le juge (B).

⁴⁴⁶ La processualisation excessive nuirait aux vertus de l'activité contentieuse de l'administration, notamment à la rapidité et à la souplesse.

⁴⁴⁷ « (...) la nature actuelle du recours administratif, droit de pétition, s'accommode de conditions de recevabilité souples et variables ; mais sa transformation en une véritable voie de droit impliquerait des exigences élémentaires en matière de qualité et de forme, ainsi que l'alignement, en matière de délai, sur celui du recours contentieux », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 627.

⁴⁴⁸ « O. Mayer distingue entre le recours simple, qui résulte de l'organisation hiérarchique des autorités (Behördenüberordnungsverhältnis), et le recours spécialement prévu par une loi ou une ordonnance, qui est appelé recours formel (förmliche Beschwerde). Dans cette dernière hypothèse, l'exercice du recours ne constitue pas une simple faculté, mais un droit au profit de l'individu, à savoir le droit de recours (Beschwerderecht) (Otto MAYER, *Le droit administratif allemand*, t 1, Paris, 1903, t. I p. 197) », Eugénie PREVÉDOUROU, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, op. cit., p. 57.

⁴⁴⁹ Ces recours avaient été identifiés par la trompeuse expression de « quasi contentieux » ; des recours où « il est statué par une autorité administrative ; mais, celle-ci ne se prononce qu'après une procédure qui revêt des formes contentieuses et implique souvent l'intervention d'organes divers à allure presque juridictionnelle, chargés de procéder à des enquêtes ou d'émettre des avis sur les solutions que doit recevoir le litige », Henry PUGET et Georges MALEVILLE, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », loc. cit., p. 111. Cf. Henry PUGET, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *R.I.D.C.* janv.-mars, 1953, p. 257.

A. La contestation d'un acte administratif

Un litige est engagé lorsque l'administration adopte unilatéralement un acte administratif, faisant grief à un administré qui décide d'assumer sa propre défense par l'attaque directe de cet acte administratif. L'administré ne conteste pas l'acte lorsqu'il fait valoir l'injustice provoquée par l'acte ou lorsqu'il ne demande pas sa modification ou sa disparition. Le recours administratif contentieux exige la contestation de la régularité de l'acte (1), en tant qu'instrument de la défense de l'administré (2).

1. La contestation de la régularité de l'acte administratif

Sans contestation, il n'y a pas de véritable recours administratif. La contestation différencie les actes administratifs d'autres demandes adressées à l'autorité administrative⁴⁵⁰ visant notamment à préciser les motifs de l'acte ou à clarifier sa portée⁴⁵¹, qui ne sont pas *stricto sensu* des recours administratifs⁴⁵². Un recours administratif met en cause la juridicité de l'acte ou son opportunité⁴⁵³. Néanmoins, seuls les recours administratifs fondés sur des raisons juridiques ou faisant valoir des moyens de droit, placent l'autorité administrative dans une situation donnant lieu à l'exercice de la fonction contentieuse⁴⁵⁴. En revanche, les recours fondés exclusivement sur des raisons liées à l'opportunité de la décision, remplissent des fonctions autres que la contentieuse⁴⁵⁵. Ce sont des recours « *purement administratifs* »⁴⁵⁶ ou liés au droit d'adresser des pétitions à l'autorité.

La contestation de l'acte consiste en la conjonction des moyens de droit et des conclusions visant à la modification ou à la

⁴⁵⁰ Ce ne sont pas des recours administratifs les demandes « *qui visent un acte juridique de l'administration, sans en contester la légalité ou l'opportunité, par exemple pour en connaître les motifs ou pour demander le sursis à l'exécution* », Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs préalables », *loc. cit.*, p. 10.

⁴⁵¹ En droit colombien le Code du contentieux administratif dispose que les recours administratifs en appel et en reconsidération peuvent avoir pour objet la modification, la révocation ou l'interprétation de l'acte (art. 50 du C.C.A.). L'art. 74 du nouveau C.P.A.C.A. ajoute que le recours peut aussi avoir pour objet l'addition de l'acte. Or, l'interprétation de l'acte n'est pas, *stricto sensu*, une contestation de l'acte. Cette demande est néanmoins véhiculée formellement par le recours administratif. En revanche, la demande d'addition conteste la complétude de l'acte.

⁴⁵² « *Le recours administratif suppose en tout cas l'existence d'un litige. Les demandes, les requêtes adressées à l'administration en dehors de toute contestation ne doivent pas être considérées comme des recours administratifs sous peine de faire perdre à cette notion la plus grande partie de sa spécificité* », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative, op. cit.*, p. 18.

⁴⁵³ « *Le recours administratif suppose en tout cas l'existence d'un litige (...) Ce terme litige doit être pris au sens large, celui d'une opposition de prétentions ; au sens large également en ce que le litige n'est pas nécessairement susceptible d'être solutionné par l'application d'une règle de droit et qu'il peut être tranché par des considérations d'équité ou d'opportunité* », Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.* I, 1955, p. 117.

⁴⁵⁴ « (...) *on retiendra une conception large de la notion de situation contentieuse considérant qu'il y a contentieux dès lors qu'un administré conteste la validité d'un acte administratif* », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, op. cit.*, p. 12.

⁴⁵⁵ « *Ainsi, faute de soulever nécessairement une contestation d'ordre juridique, certains recours administratifs ne relèvent pas de la fonction contentieuse (...) ils ne sauraient manifester l'exercice d'un véritable droit de réclamation contentieuse dans la mesure où les autorités saisies, tenues par aucune contrainte légale, statuent exclusivement en fonction de l'utilité administrative* », *ibidem*, p. 12.

⁴⁵⁶ « *Toute autre est en effet la nature des contestations fondées sur des moyens d'équité ou de pure opportunité – que l'on qualifiera par opposition aux recours administratifs contentieux de recours purement administratifs – dont le règlement est laissé à la discrétion de l'autorité saisie du recours et dont l'examen ne nécessite, à ce titre, aucune procédure particulière* » Jean-François BRISSON, « Régler autrement les litiges administratifs : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés », *R.D.P.* mai-juin 1996, p. 804.

disparition de l'acte. En droit français, il existe de la liberté quant aux moyens ; mais, seuls les recours ayant des conclusions conservent le délai du recours juridictionnel⁴⁵⁷. Il existe des recours administratifs spéciaux exigeant expressément du requérant la motivation du recours⁴⁵⁸, ce qui permet à l'autorité administrative l'examen efficace de la contestation formulée. Dès lors, le Conseil d'État français recommande aux requérants des recours administratifs préalables obligatoires, le développement d'une motivation, pour le moins « *minimale* » pour que l'on puisse parler d'un « *véritable recours* »⁴⁵⁹.

En droit colombien, le Code du contentieux administratif et le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif exigent du requérant l'expression écrite et motivée des raisons de la contestation de l'acte⁴⁶⁰ et, même si rien n'empêche de faire valoir des moyens liés à l'opportunité⁴⁶¹, ce sont les moyens de droit qui sont normalement voués à faire réussir le recours⁴⁶². L'autorité administrative est censée rejeter tous les recours dont l'administré n'a pas expliqué les motifs de la contestation⁴⁶³. Puisque le requérant est censé argumenter à l'encontre de l'acte de l'administration, il devra accompagner son recours des preuves au soutien de ses moyens et incitant la conviction de l'autorité administrative⁴⁶⁴. De son côté, la décision des recours administratifs doit prendre en considération les moyens et les conclusions relevées par le requérant⁴⁶⁵. Dans ces conditions, il est difficile d'accepter que le requérant adresse en réalité une simple pétition à l'administration d'exercer ses pouvoirs de contrôle dont elle disposerait indépendamment du recours de l'administré. Par le recours administratif fondé sur des moyens de droit,

⁴⁵⁷ C.E.f. 3 déc. 1952, *Dubois, Rec.*, p. 555; *J.C.P.* 1953, II, n° 7353, note VEDEL ; C.E.f. 21 mai 1986, *Synd. nat. Pharmaciens hôpitaux des centres universitaires, Rec.* p. 146 ; *A.J.D.A.* 1986, p. 603, note MOREAU.

⁴⁵⁸ Par exemple, en matière fiscale la réclamation doit « contenir l'exposé sommaire des moyens et les conclusions de la partie », art. R. 197-3 L.P.F. Aussi, le recours en matière de refus de visa doit-il être motivé : art. D 211-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁴⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires, op. cit.*, p. 63.

⁴⁶⁰ « Les recours devront remplir les conditions suivantes: 1 être expliqués par l'expression concrète des motifs de la contestation », art. 52 du C.C.A. Cette condition est reproduite au n° 2 de l'art. 77 du C.P.A.C.A.

⁴⁶¹ « Les arguments d'opportunité sont autorisés ; mais, il faut avertir que ceux-ci relèvent plutôt de l'exercice du droit de pétition, à la différence des recours plaçant la discussion au terrain juridique », Jaime VIDAL, *Derecho administrativo, op. cit.*, p. 538.

⁴⁶² L'art. 75 du projet de C.P.A.C.A., déposé le 17 nov. 2009, prévoyait qu'il n'était pas possible d'exercer des recours contre les actes discrétionnaires, à l'égard desquels, les arguments d'opportunité sont essentiels. Cela s'expliquait dans l'exposition des motifs du projet par la prévention du contentieux juridictionnel qui voulait être mené par la voie des recours administratifs. Néanmoins, cette exclusion n'a pas été adoptée dans le texte définitif de l'art. 75 du Code.

⁴⁶³ C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 26 août 2004, affaire n° 0018-01, C.R. Camilo ARCINIEGAS.

⁴⁶⁴ Le Code du contentieux administratif réserve la possibilité de demander de nouvelles preuves au recours en appel (art. 56 du C.C.A.). Cela n'empêche pas que les requérants puissent « présenter les preuves qu'ils prétendent faire valoir », art. 52, n° 3 du C.C.A. Or, la jurisprudence constitutionnelle avait reconnu cette possibilité, « lorsque le recours en reconsidération est le seul recours possible, même si la norme n'est pas claire, le requérant a le droit de demander le recueil des preuves. Cette interprétation cherche à garantir l'effectivité réelle du droit à la défense, à partir de la prépondérance du droit substantiel sur le processuel (art. 228 Const.c.) », C.c.c. Sentence T-505-00, 8 mai 2000, M.R. José HERNANDEZ. Le nouveau code autorise à demander de nouvelles preuves au soutien de tout recours administratif, en appel ou en reconsidération : art. 77 n° 3 du C.P.A.C.A.

⁴⁶⁵ « La décision devra répondre toutes les questions ayant été relevées et celles apparaissant à l'occasion du recours, même si celles-ci n'ont pas été présentées auparavant », al. 2 de l'art. 59 du C.C.A. Cette norme devient l'al. 2 de l'art. 80 du C.P.A.C.A. où est utilisé le terme « pétitions », à la place de « questions ». Il faut néanmoins avertir qu'en droit colombien, la pétition doit être obligatoirement décidée par l'autorité administrative. De même, l'art. 59 du C.C.A. prévoit que la décision sur le recours devra être motivée pour des raisons de fait, de droit et, le cas échéant, d'opportunité. Le nouvel art. 80 du C.P.A.C.A. n'exige qu'une décision motivée, sans préciser son contenu, ce qui pourrait faire comprendre que la décision des recours pour des raisons exclusivement d'opportunité reste exclue.

l'administré met en cause la régularité de l'acte.

2. L'utilisation d'un instrument de la défense de l'administré

Le système français de protection des administrés est traditionnellement construit autour de la protection juridictionnelle des administrés⁴⁶⁶. Les recours administratifs facultatifs sont ainsi dépourvus de garanties procédurales et, exerçant un de ces recours, l'administré n'est pas porté à contester la régularité de l'action administrative, mais à adresser des supplications gracieuses à l'administration qui, hormis l'interdiction de se déclarer incompétente à tort⁴⁶⁷, ne s'entend nullement liée par le recours. En revanche, la fonction contentieuse des recours administratifs implique sa caractérisation comme de véritables droits de la défense des administrés à l'égard de l'administration. Plus précisément, la fonction contentieuse des recours administratif exige la reconnaissance du droit subjectif au recours⁴⁶⁸, venant compléter le principe de légalité des actes administratifs⁴⁶⁹.

Ainsi, des conséquences sont engendrées sur le régime juridique : un droit au recours est garanti dans la mesure où sa recevabilité est soumise à des conditions objectives et, par conséquent, l'administration ne dispose pas de la liberté d'accueillir ou de rejeter les contestations de l'administré⁴⁷⁰. Même dans le cas où l'autorité administrative n'aurait pas compétence pour décider le recours, elle est dans l'obligation de le transmettre à l'autorité compétente⁴⁷¹. Aussi, un véritable droit au recours exige-t-il de l'autorité administrative, l'examen effectif du recours et l'obligation d'y répondre : le droit au recours ne se satisfait pas seulement par la possibilité de déposer un recours si celui-ci n'avait pas des chances de prospérer.

Grâce à la fonction contentieuse des administratifs, les administrés élargissent les

⁴⁶⁶ « (...) il est apparu au fur et à mesure des progrès du contentieux administratif, que les garanties préalables, avec leur lenteur et leur poids, étaient d'autant moins nécessaires qu'après coup le contrôle du juge venait, en cas de besoin, rétablir le particulier dans ses droits (...) », Jean RIVERO, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », *In Mélanges Jean DABIN*, Bruylant, Bruxelles, 1963, p. 813-836. Reproduit in *Pages de doctrine*. L.G.D.J 1980, p.568.

⁴⁶⁷ C.E.f. 16 septembre 1983, *Ministre du Travail c/ Mme Saurin, Rec.*, p. 390.

⁴⁶⁸ « L'administré a le droit de contester les actes administratifs adoptés par l'administration, à l'égard desquels il n'est pas d'accord pour méconnaître l'un de ses droits reconnus par la loi civile ou administrative », Gustavo PENAGOS, « Protección jurídica de los administrativos », *Revue Vniversitas*, n° 76, juin 1989, p. 82.

⁴⁶⁹ La légalité et le droit au recours « se complètent mutuellement », Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Paris, 2003, p. 571.

⁴⁷⁰ En cas de négative d'une autorité administrative colombienne à accueillir un recours administratif, celui-ci peut être déposé auprès de l'agent du ministère public (procureur régional ou défenseur municipal des droits) qui peut enjoindre les autorités administratives d'accueillir et d'examiner le recours, pouvant aussi démarrer une procédure disciplinaire à l'encontre de l'autorité administrative réticente : al. 2 de l'art. 51 du C.C.A. et al. 2 de l'art. 76 du C.P.A.C.A.

⁴⁷¹ Le devoir de transmission à l'autorité compétente est prévu, en droit français, à l'art. 20 de la loi du 12 avril 2000. Si l'autorité incompétente ne transmet pas le recours et statue, cette décision est illégale pour incompétence : C.E.f. Sect. 28 juillet 1951, *Cie industrielle des téléphones, Rec.*, p. 477, *Dr. Soc.* 1952, p. 254, concl AGID. En droit colombien, le devoir de transmission des pétitions est règlementé à l'art. 33 du C.C.A. et à l'art. 21 du C.P.A.C.A. Le dépôt du recours devant un fonctionnaire incompétent n'est pas l'une des causes du rejet du recours (art. 78 du C.P.A.C.A.). De la conjonction de ces normes, il faut déduire le devoir de transmission.

mécanismes voués à leur défense⁴⁷². Lorsque ceux-ci sont facultatifs, c'est l'administré qui choisit d'utiliser l'instrument administratif, d'accès facile et de solution rapide, pour une contestation directe de l'acte qui lui fait tort. Lorsque les recours sont préalables obligatoires de la contestation juridictionnelle, c'est en exerçant les recours que l'administré commence sa défense et garantit la possibilité de poursuivre sa contestation devant le juge. Ainsi, les recours administratifs contentieux sont inclus dans un système où la protection des administrés est confiée tant aux juridictions qu'aux autorités administratives et qui peut être détachée du contrôle administratif hiérarchique⁴⁷³. La fonction contentieuse des recours administratifs permet, le cas échéant, la satisfaction non juridictionnelle des prétentions de l'administré⁴⁷⁴. Dès lors, les recours administratifs contentieux contribuent à la paix sociale résultant de la résolution des litiges⁴⁷⁵. De même, les recours administratifs contentieux réalisent tantôt le principe de juridicité de l'action administrative, tantôt le principe démocratique⁴⁷⁶. Par conséquent, la reconnaissance de la fonction contentieuse des recours administratifs constitue ainsi un véritable renforcement de la protection des droits des administrés qui, sans avoir à défendre la théorie de l'effet-cliquet⁴⁷⁷, demanderait une justification suffisante pour exclure la possibilité d'exercer des recours administratifs à l'égard d'un acte administratif⁴⁷⁸.

Par l'utilisation de moyens juridiques à l'appui du recours administratif, l'administré conteste la régularité de l'acte administratif, exerce son droit de défense par la voie des mécanismes non juridictionnels et il place l'autorité administrative dans une situation potentielle de trancher un litige. Néanmoins, la décision adoptée doit pouvoir être déférée au

⁴⁷² La voie gouvernementale « devient ainsi un instrument conçu en faveur de l'administré, compte tenu du fait qu'elle élargit la possibilité de sa défense, d'abord devant l'administration et après, devant le juge », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 11 oct. 2006, affaire n° 3697, C.R. Martha SANZ.

⁴⁷³ Le droit colombien a ainsi conçu des recours en appel portés devant des autorités administratives qui ne sont pas des supérieurs hiérarchiques : C.c.c. Sentence C-263-96, 13 juin 1996, M.R. Antonio BARRERA. Le recours en appel est détaché du contrôle hiérarchique dans la mesure où la résolution du recours en appel n'autorise pas à exercer des pouvoirs propres au contrôle hiérarchique, notamment le pouvoir disciplinaire et la révocation directe des administratifs : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 23 août 2007, affaire n° 200300046 02, C.R. Rafael LAFONT ; C.E.c. chambre 1^{re}, Sentence du 11 octobre 2007, affaire n° 571-02, C.R. Rafael LAFONT.

⁴⁷⁴ « La voie gouvernementale est un mécanisme qui, dans un certain nombre de cas, substitue la décision juridictionnelle dans la mesure où celle-ci contribue à satisfaire aux prétentions de l'administré. Par ailleurs, c'est une institution garantissant son droit à la défense, car elle permet de contester la décision administrative par la voie des recours administratifs », C.c.c. Sentence C-060/96, 15 fév. 1996, M.R. Antonio BARRERA.

⁴⁷⁵ « En effet, le parcours de la voie gouvernementale, en tant que condition préalable établie par le législateur, permet à la personne affectée par une décision qu'elle considère comme violatrice de ses droits de se porter devant la même autorité qui a pris la décision afin que celle-ci puisse réviser ses propres actes, pouvant le cas échéant modifier, clarifier ou même retirer la décision initiale. Le recours donne la possibilité à l'administration de corriger ses erreurs et de rétablir les droits de l'affecté, ainsi que de coordonner l'action de l'administration pour la réalisation des fins de l'État (art. 209 Const.), notamment celles de servir à la communauté et d'assurer la vie pacifique en société et l'existence d'un ordre juste (art. 2 Const.) », C.c.c. Sentence C-319-02, M.R. Alfredo BELTRAN.

⁴⁷⁶ « Une organisation étatique démocratique et juste exige que le citoyen insatisfait avec une première décision administrative puisse, dans un délai raisonnable, contester cette décision devant le même fonctionnaire, devant son supérieur hiérarchique ou devant une juridiction, afin que ses prétentions soient accueillies si celles-ci étaient conformes à la légalité », C.E.c. Sentence du 10 mars 1972, *anales del Consejo de Estado*, LXXXII citée par Gustavo PENAGOS, « Protección jurídica de los administrativos », *loc. cit.*, p. 82.

⁴⁷⁷ C.c.f. Décision n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, § 38, *Rec.*, p. 78 ; C.c.f. Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, § 81, *Rec.*, p. 224. Cette théorie est néanmoins rejetée par : C.c.f. Décision n° 86-210 DC, 29 juillet 1986, *Rec.*, p. 110.

⁴⁷⁸ « (...) nier la possibilité d'exercer des recours administratifs, à celui qui est exclu de la carrière administrative de l'Éducation nationale et qui est démis de ses fonctions, constitue une limitation grave de son droit de défense, dépourvue d'une justification raisonnable et suffisante », C.c.c. Sentence C-313/03, 22 avril 2003, M.R. Álvaro TAFUR.

juge pour continuer ainsi la contestation devant lui.

B. Une contestation pouvant être continuée devant le juge

Du caractère accessoire de l'activité contentieuse de l'administration, il a été déduit que les recours administratifs pouvaient remplir plusieurs fonctions différentes. À son tour, du caractère non définitif de la résolution administrative des litiges, il est possible d'affirmer que l'autorité administrative exerce la fonction administrative contentieuse dans la mesure où la contestation qu'elle décide pourra être déferée au juge, pour l'adoption d'une décision définitive, à des effets de la chose jugée. La contestation pourra être continuée devant le juge à partir du respect des mêmes conditions de légitimation (1) pour l'introduction du recours administratif et pour l'introduction de l'instance juridictionnelle, de même que du respect des conditions de délai (2) permettant la saisine ultérieure du juge. Or, la continuation de la contestation devant le juge ne se limite pas à une possibilité formelle ; mais, à la préservation réelle de l'objet du litige, grâce au sursis à exécution (3).

1. La légitimation

Les recours administratifs facultatifs du droit français ne sont soumis à aucune condition de recevabilité, concernant la légitimation du requérant, c'est-à-dire l'intérêt du requérant et la qualité pour agir⁴⁷⁹. Cela fait partie de la conception souple des recours administratifs facultatifs qui peuvent donner lieu au contrôle d'actes échappant au contrôle juridictionnel ou à l'initiative de personnes dont les requêtes juridictionnelles seront irrecevables. Or, dans ces hypothèses, les recours administratifs ont une nature de pétition adressée à l'autorité administrative pour la mise en marche du contrôle administratif. Bien qu'il soit conseillé que, même dans ces cas, l'autorité administrative respecte une certaine procédure et qu'elle soit obligée d'informer l'intéressé des suites données au recours, la décision sur le recours ne relève pas de l'activité contentieuse de l'administration⁴⁸⁰. En revanche, lorsque le recours administratif est exercé par la personne ayant un intérêt à agir ou par son représentant, la contestation présente dans le recours administratif pourra donner lieu à une instance juridictionnelle ultérieure et l'autorité administrative exerce la fonction administrative contentieuse, lorsque le recours est décidé.

En droit français, des conditions de recevabilité du recours administratif, liées à la qualité du requérant, ou à l'intérêt personnel à l'égard de la disparition ou de la modification de la décision administrative sont présentes dans des recours administratifs spéciaux. Ainsi,

⁴⁷⁹ Découlant du droit de pétition, reconnu sans différence à tous, l'autorité administrative ne doit pas rechercher « si l'auteur du recours gracieux avait qualité pour former un tel recours », C.E.f. 10 fév. 1982, *Angeletti, Rec.*, p. 62 ; C.E.f. Sect. 23 nov. 1962, *Ass. des anciens élèves de l'Institut commercial de Nancy, Rec.*, p. 625.

⁴⁸⁰ Il est nécessaire de rappeler que la protection processuelle des administrés n'est pas réservée à l'activité contentieuse de l'administration et qu'une procédure formelle peut être établie pour l'amélioration des relations avec les administrés ou pour le développement de la fonction protectrice de l'administration, à l'égard des droits des administrés.

lorsque les textes instituant un recours administratif préalable obligatoire visent expressément les personnes concernées par cette charge⁴⁸¹, les autres personnes démontrant un intérêt à agir peuvent se porter directement au juge sans avoir à exercer le recours administratif préalable obligatoire⁴⁸², hormis le cas de l'inscription au tableau des ordres professionnels où toute contestation, même des tiers, doit être précédée du recours administratif⁴⁸³. En revanche, le recours administratif préalable sera obligatoire, même à l'égard des tiers, lorsque le texte instituant le recours dispose qu'il doit être exercé par toute personne intéressée⁴⁸⁴.

En droit colombien, tous les recours administratifs ne doivent être exercés que par la personne démontrant un intérêt direct à l'égard de l'acte administratif⁴⁸⁵. L'autorité administrative est ainsi portée à réaliser un contrôle de l'intérêt à agir et de la qualité à agir du requérant afin de rejeter les recours administratifs exercés par des personnes non légitimées⁴⁸⁶ à contester l'acte administratif⁴⁸⁷. C'est cette exigence d'un destinataire affecté directement par l'acte qui explique qu'en droit colombien il n'est pas possible d'exercer des recours administratifs à l'égard des actes réglementaires⁴⁸⁸. En revanche, la demande de révocation directe des actes administratifs peut être introduite sans avoir à démontrer un intérêt direct dans la disparition de l'acte administratif, ce qui confirmerait que la collaboration altruiste dans la réalisation du principe de juridicité des actes administratifs n'est pas exercée, en droit colombien, par la voie des recours administratifs, mais de la demande de révocation. C'est précisément le recours exercé par la personne ayant intérêt à agir, qui constitue un instrument de la défense de ses droits ou de ses intérêts.

2. Le délai

⁴⁸¹ Par exemple, en matière du contentieux du recouvrement des impôts, « *Les contestations relatives au recouvrement, prévues par l'article L. 281 peuvent être formulées par le redevable lui-même ou la personne solidaire* », art. R. 281-1 du L.P.F.

⁴⁸² « (...) *une procédure de recours administratif n'est susceptible de s'appliquer qu'aux personnes qui sont expressément énumérées par les dispositions qui en organisent l'exercice* », C.E.f. Sect. 10 mars 2006, *Sté Leroy-Merlin*, A.J.D.A. 2006, p. 796, obs. LANDAIS et LENICA.

⁴⁸³ C.E.f. 28 sept. 2005, *Louis*, Rec. p. 401 ; A.J.D.A. 2006, p. 103, note MAZETIER ; *Bulletin juridique des collectivités locales* n° 1, 2006, p. 60, Concl. ROUL.

⁴⁸⁴ Par exemple, la commission chargée des refus de visa « *ne peut être régulièrement saisie que par une personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour contester la décision de refus de visa ou par un mandataire dûment habilité* », art. D. 211-6, al 2 du Code des étrangers. Lorsque le recours administratif préalable est ainsi conçu, toute personne ayant intérêt à agir devra se porter préalablement devant l'administration : C.E.f. Sect. 1^{er} fév. 1980, *Min Santé et Famille c/ Clinique Ambroise-Paré*, Rec., p. 62, J.C.P. 1980, II, 19445 note BARTHELEMY et de CHAISEMARTIN ; R.D.S.S. 1980, p. 259 concl. BACQUET.

⁴⁸⁵ Les recours administratifs devront être exercés (...) *par la personne ayant intérêt à agir ou par son représentant dûment constitué* », n° 1 de l'art. 52 du C.C.A. et n° 1 de l'art. 77 du C.P.A.C.A.

⁴⁸⁶ La légitimation concerne tant l'intérêt à agir, que la qualité pour agir, c'est-à-dire si le recours est déposé au nom propre ou en représentation de quelqu'un, tout en prouvant l'existence d'un mandat de représentation.

⁴⁸⁷ Art. 53 du C.C.A. Le nouvel art. 78 du C.P.A.C.A réduit les raisons du rejet du recours, tout en conservant le rejet pour absence d'intérêt ou de légitimation à agir. Lorsque le recours est rejeté pour n'avoir pas rempli ces conditions, le requérant ne peut pas considérer qu'il est possible d'avoir immédiatement accès au juge : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 30 nov. 2000, affaire n° 6227, C.R. Gabriel MENDOZA.

⁴⁸⁸ Pour la Cour constitutionnelle, l'exclusion des recours administratifs à l'égard des actes administratifs préparatoires, d'exécution ou de contenu général, ne méconnaît pas le droit à la procédure régulière du droit ou le principe d'égalité dans la mesure où la restriction des garanties processuelles est fondée sur des raisons objectives. Pour la Cour, ces exceptions aux recours administratifs « *s'expliquent en raison du besoin d'éviter la paralysie, le retardement ou l'atteinte à l'opportunité de l'activité administrative* », C.c.c. Sentence C-339-96, 1^{er} août 1996, M.R. Julio ORTIZ.

L'établissement d'un délai pour l'introduction du recours est au premier rang dans la formalisation des recours⁴⁸⁹. C'est à partir de l'existence cohérente d'un délai pour l'exercice des recours administratifs et d'un délai pour le dépôt de la demande/requête juridictionnelle, qu'il est possible pour l'administré de porter préalablement sa contestation devant l'administration, tout en garantissant la possibilité ultérieure d'aller devant le juge.

En droit français, les recours administratifs préalables obligatoires sont soumis à des délais variables plus courts⁴⁹⁰ ou plus longs que les délais ordinaires du recours juridictionnel⁴⁹¹. Les différents délais doivent être notifiés à l'administré⁴⁹², faute de quoi, ces délais ne courent pas et les recours peuvent être exercés sans délai. De plus, l'administration commet un excès de pouvoir lorsqu'elle décide un recours administratif préalable obligatoire exercé au-delà du délai⁴⁹³. En droit colombien, les recours administratifs doivent être exercés dans les cinq jours suivant la publicité donnée à l'acte, d'après le Code du contentieux administratif⁴⁹⁴ et dans les dix jours, d'après le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif⁴⁹⁵. Le recours administratif tardif sera rejeté et fermera définitivement l'accès au juge.

La fixation d'un délai pour l'exercice du recours est ainsi perçue comme un indice du caractère obligatoire du recours administratif spécial. Ainsi, de prime abord, seuls les recours administratifs préalables obligatoires placeraient l'autorité administrative dans la possibilité d'exercer la fonction contentieuse⁴⁹⁶, dans la mesure où l'administré serait porté nécessairement à formuler sa contestation devant l'administration et celle-ci, à son tour, serait dans l'obligation de l'examiner⁴⁹⁷. Le caractère préalable au recours juridictionnel suffirait à

⁴⁸⁹ Le recours pour excès de pouvoir a été originalement conçu comme une pétition adressée au roi en Conseil. C'est grâce à l'alignement du recours pour excès du pouvoir, avec le délai de trois mois du recours ordinaire, prévu par l'art 11 du décret du 22 juillet 1806, qu'il est devenu un véritable recours contentieux : C.E.f. 20 mars 1862, *Ville de Châlons, Rec.*, p. 235.

⁴⁹⁰ Le recours contre la mise en demeure de mettre fin à une situation dangereuse au travail doit être exercé « avant l'expiration du délai d'exécution fixé en application des articles L. 4721-2 ou L. 4721-6 et, au plus tard, dans les quinze jours qui suivent la mise en demeure », art. R. 4723-1 du Code du travail. De même, la sanction disciplinaire prononcée contre un élève doit être contestée devant le recteur de l'académie dans un délai de huit jours : art. R. 511-49 du Code de l'éducation.

⁴⁹¹ Ainsi, par exemple, la réclamation en matière fiscale, concernant le contentieux de l'assiette doit être exercée avant le 31 décembre de la deuxième année, notamment « a) De la mise en recouvrement du rôle ou de la notification d'un avis de mise en recouvrement ; b) Du versement de l'impôt contesté lorsque cet impôt n'a pas donné lieu à l'établissement d'un rôle ou à la notification d'un avis de mise en recouvrement (...) », art. R. 196-1 du L.P.F. à R. 196-6. En revanche, le contentieux du recouvrement doit être introduit dans le délai de deux mois suivant l'acte contesté « à partir de la notification de l'acte si le motif invoqué est un vice de forme ou, s'il s'agit de tout autre motif, dans un délai de deux mois après le premier acte qui permet d'invoquer ce motif », art. R. 281-2 du L.P.F.

⁴⁹² Art. 19-2 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000, introduit par l'art. 14 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011.

⁴⁹³ C.E.f. 23 mars 1945, *Vercruyce, Rec.*, p. 58.

⁴⁹⁴ Art. 51 du C.C.A.

⁴⁹⁵ Art. 76 du C.P.C.A.

⁴⁹⁶ « Les « recours administratifs préalables obligatoires » constituent l'un des principaux modes alternatifs de règlement des litiges, en ce qu'ils permettent aux usagers d'obtenir la reformation des décisions les concernant, avec des chances raisonnables de succès, et sont de nature à éviter une procédure juridictionnelle », CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 11.

⁴⁹⁷ « Indiscutablement, dans cette hypothèse, il est né une duplicité de contrôles en raison de l'existence d'une instance obligatoire de contrôle se déroulant devant l'administration elle-même. Ainsi, le citoyen est obligé de discuter la légalité avec l'administration et celle-ci, à son tour, est dans l'obligation de réviser son agissement. Le caractère obligatoire du contrôle fait que celui-ci acquiert une connotation d'un contentieux préalable et nécessaire pour le développement d'un contentieux plus profond et sérieux qui sera décidé dans l'exercice des

expliquer sa nature contentieuse⁴⁹⁸. Dès lors, tout recours administratif contentieux devrait être préalable obligatoire⁴⁹⁹ et, à son tour, le caractère obligatoire suffirait à déterminer l'exercice de la fonction contentieuse⁵⁰⁰. Mais, d'un côté, les recours administratifs préalables obligatoires n'exercent la fonction contentieuse que dans la mesure où, au-delà de l'exercice formel d'un recours, l'administré introduit une véritable contestation qui se matérialise dans la procédure menée devant l'autorité administrative et que cette contestation est efficacement décidée par l'autorité administrative⁵⁰¹. D'un autre côté, la fonction contentieuse peut aussi être exercée dans le cas des recours administratifs facultatifs.

Il est vrai qu'en droit français, les recours administratifs facultatifs peuvent être exercés sans délai, de même que les demandes de révocation directe des actes administratifs en droit colombien, contribuant ainsi à la protection sans délai de la juridicité de l'action administrative. Ces demandes pourraient en principe porter atteinte à la sécurité juridique. Néanmoins, la conciliation entre ces principes, de juridicité/légalité et de sécurité juridique, se trouve dans la limitation de la possibilité de se porter ultérieurement devant le juge.

Pour le droit français, seuls les recours administratifs exercés dans le délai du recours juridictionnel ont la vertu de conserver le délai du recours juridictionnel et, par conséquent, seuls les recours administratifs conservatoires sont potentiellement contentieux⁵⁰². C'est, dès lors, dans la règle de la conservation qu'il faut placer le fondement du caractère contentieux du recours administratif facultatif, « *l'assise juridique du droit de recours administratif* »⁵⁰³, portant une contestation qui pourrait être continuée devant le juge. La règle de la conservation établit, de fait, un délai pour ce recours administratif contentieux, « *recours administratif à effet prorogatoire* »⁵⁰⁴. Par conséquent, le recours exercé au-delà du délai du recours juridictionnel adresse une demande non contentieuse à l'autorité administrative, de

fonctions juridictionnelles », Alberto MONTAÑA PLATA, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n° 36, Bogota, 2005, p. 71.

⁴⁹⁸ « (...) le recours administratif obligatoire, malgré son caractère administratif, participe au contentieux, du fait qu'il constitue le préalable obligatoire à la saisine du juge et, partant, la première phase de la contestation de l'acte administratif », Eugénie PREVEDOUROU, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, op. cit., p. 225.

⁴⁹⁹ « (...) si le recours à l'autorité supérieure a un caractère contentieux ou quasi-contentieux, il est obligatoire, et doit précéder le recours pour excès de pouvoir (...) si, au contraire, le recours à l'autorité supérieure n'a qu'un caractère hiérarchique, il est facultatif et ne fait pas obstacle au recours pour excès de pouvoir omisso medio », Raphaël ALIBERT, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, op. cit., p. 189.

⁵⁰⁰ « (...) ce que lui confère définitivement cette connotation contentieuse, c'est le caractère obligatoire », Alberto MONTAÑA PLATA, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*, op. cit., p. 75.

⁵⁰¹ « Ce n'est que dans la mesure où le recours préalable constituera une technique effective de règlement des litiges administratifs que les particuliers seront dissuadés d'exercer un recours juridictionnel direct », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 105.

⁵⁰² Certes, la règle de la conservation est essentielle pour la fonction administrative contentieuse ; mais, elle n'est pas suffisante pour déterminer le fait que l'administration exerce une fonction contentieuse à chaque fois qu'un recours est exercé dans le délai du recours juridictionnel. La matérialisation de la contestation dans les recours ordinaires dépendra de la bonne volonté de l'administration qui ne sera pas contrainte à instruire l'affaire et à le décider expressément.

⁵⁰³ Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 93.

⁵⁰⁴ Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs préalables », *A.J.D.A.* 1997, p. 11.

même que dans le cas où l'administré exerce un second recours administratif ordinaire⁵⁰⁵.

Pour le droit colombien, en revanche, la demande de révocation directe des actes administratifs qui peut être adressée à l'autorité administrative, sans délai, n'introduit pas une contestation pouvant être continuée devant le juge : le délai de l'action juridictionnelle court indépendamment de cette demande et, le rejet explicite ou implicite de la demande de révocation ne pourra pas être déféré au juge⁵⁰⁶. En conséquence, les autorités administratives colombiennes n'exercent pas la fonction contentieuse lorsqu'elles exécutent leur devoir d'abroger les actes administratifs anti juridiques, même lorsqu'il intervient la demande d'un administré. Ainsi, l'absence du délai différencie les recours administratifs de la demande de révocation directe⁵⁰⁷. De même, l'exercice du recours administratif dans le délai garantit la possibilité de se porter utilement devant le juge, afin de continuer devant lui la contestation engagée devant l'administration.

3. Le sursis à exécution

Les recours administratifs facultatifs dont il n'est pas possible de demander le sursis à exécution ne sont pas attractifs pour l'administré. Les recours administratifs préalables obligatoires, empêchant le sursis à exécution, sont arbitraires. Il ne s'agit plus de la possibilité formelle de continuer la contestation devant la juridiction, car le recours administratif a été exercé par la personne légitimée pour se porter devant le juge ou car le recours a conservé le délai du recours juridictionnel ou, étant préalable obligatoire, il a ouvert le délai pour saisir le juge. La possibilité de demander le sursis à exécution de la décision contestée concerne la possibilité réelle de continuer devant le juge, une contestation, qui après la décision administrative contentieuse a encore un objet. Certes, sans sursis à exécution l'exercice de la fonction administrative contentieuse est possible ; toutefois, celle-ci ne serait plus un instrument pour la défense des droits de l'administré, mais une charge inutile ou un privilège de l'autorité administrative.

En droit français, certains recours administratifs préalables obligatoires sont automatiquement suspensifs de l'exécution de l'acte⁵⁰⁸. Néanmoins, par règle générale, la

⁵⁰⁵ « Les intéressés qui forment un second recours administratif sont, en quelque sorte, présumés avoir renoncé à l'action contentieuse et s'en remettre aux solutions qu'ils pourront obtenir par la voie administrative », Raymond ODENT, *Contentieux Administratif*, t. I, *op. cit.*, p. 857.

⁵⁰⁶ « La pétition de révocation d'un acte et la décision de cette pétition ne feront pas revivre les termes légaux de l'action juridictionnelle. Le silence gardé à l'égard de cette pétition, ne configurera pas un silence administratif », art. 96 du C.P.A.C.A. Cela correspond à l'art. 72 du C.C.A.

⁵⁰⁷ « En quatrième lieu, l'existence d'un véritable recours se reconnaît par la fixation d'un délai pour l'exercice de la part de l'administré », C.E.c. Section 3, Sentence du 19 juin 1970, affaire n° 1019, C.R. CARLOS PORTOCARRERO.

⁵⁰⁸ Est notamment suspensif le recours porté devant le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi contre la mise en demeure de mettre fin à une situation dangereuse au travail ou contre la demande de vérification en matière d'hygiène et de sécurité : art. R. 4723-1 du Code du travail. De même, le recours contre le refus d'inscription au tableau de l'Ordre des vétérinaires est-il suspensif : art. R. 242-4 et R. 242-8 du Code rural et de la pêche maritime. En matière fiscale, la réclamation n'est pas suspensive de l'obligation de payer ; néanmoins, il est possible de demander le sursis de paiement, en constituant des garanties conformément à l'art. R. 277-1 et suiv. du L.P.F.

décision administrative est exécutoire en dépit du recours⁵⁰⁹. Cela était choquant dans la mesure où le sursis ne pouvait être demandé au juge qu'accessoirement à l'introduction d'un recours juridictionnel sur le fond, alors que celui-ci ne pouvait être exercé qu'après la décision sur le recours administratif préalable obligatoire. Or, la jurisprudence s'est longtemps montrée insensible à l'injustice créée par les textes⁵¹⁰. Pour le Conseil d'État, cette situation ne contrariait ni les droits de la défense ni le droit à exercer un recours effectif devant le juge⁵¹¹, alors même que le Conseil constitutionnel avait estimé que le droit « *de demander et d'obtenir, le cas échéant, un sursis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense* »⁵¹². À son tour, la doctrine plaidait la généralisation du caractère suspensif des recours administratifs préalables obligatoires : si l'administré était obligé de contester d'abord devant l'administration, l'administration ne devrait pouvoir exécuter que la position définitive adoptée à la suite du recours⁵¹³. Ainsi, le caractère suspensif des recours administratifs préalables obligatoires était *de lege data*, en droit colombien⁵¹⁴ ; mais, *de lege ferenda* en droit français.

La réforme du système français du sursis à exécution introduisant le référé suspension, par la loi du 30 juin 2000, n'a pas immédiatement signifié un bouleversement de l'état du droit en matière de la suspension des décisions contestées par des recours administratifs, dans la mesure où la suspension ne peut être ordonnée que quand la décision administrative « *fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation* »⁵¹⁵. Or, peu de temps après, le Conseil d'État a considéré que la suspension pouvait aussi être ordonnée, lorsque l'annulation ou la réformation avait été demandée par la voie d'un recours administratif préalable obligatoire⁵¹⁶. De ce fait, sans avoir à accepter des subterfuges procéduraux⁵¹⁷, le Conseil d'État reconnaît ne voir dans la contestation administrative aucune différence avec la contestation juridictionnelle et, dès lors, il admet l'application des normes conçues en principe pour la contestation devant

⁵⁰⁹ Par exemple, en matière de sanction disciplinaire dans l'administration territoriale, « *la sanction prononcée par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire est immédiatement exécutoire, nonobstant la saisine du conseil de discipline de recours* », art. 16 du décret n°89-677 du 18 septembre 1989.

⁵¹⁰ Les conclusions à fin de sursis à exécution sont irrecevables tant que le juge n'a pas été saisi d'une requête aux fins d'annulation : C.E.f. 25 mai 1988, *Association Le foyer israélite*, Rec., t., p. 945.

⁵¹¹ C.E.f. Avis du 29 déc. 1999, *Leboulch*, Rec., p. 427.

⁵¹² C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janv. 1987, § 22

⁵¹³ « *Il paraît donc inhérent à la logique interne de ce système que l'exercice du recours administratif obligatoire soit suspensif de l'exécution de l'acte attaqué, puisque celui-ci ne devient juridiquement parfait qu'après que l'autorité compétente ait statué sur le recours administratif obligatoire contre cet acte* », Eugénie PREVEDOUROU, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, op., cit., p. 225.

⁵¹⁴ Art. 55 du C.C.A. et art. 79 du C.P.A.C.A.

⁵¹⁵ Art. L. 521-1 du C.J.A.

⁵¹⁶ « *Qu'une telle possibilité est ouverte y compris dans le cas où un texte législatif ou réglementaire impose l'exercice d'un recours administratif préalable avant de saisir le juge de l'excès de pouvoir, sans donner un caractère suspensif à ce recours obligatoire ; que, dans une telle hypothèse, la suspension peut être demandée au juge des référés sans attendre que l'administration ait statué sur le recours préalable, dès lors que l'intéressé a justifié, en produisant une copie de ce recours, qu'il a engagé les démarches nécessaires auprès de l'administration pour obtenir l'annulation ou la réformation de la décision contestée* », C.E.f. 12 oct 2001, *Société des produits roche*, Rec., p. 463, A.J.D.A. 2002, p. 123 chron GUYOMAR et COLLIN ; R.F.D.A. 2002, p. 315, concl. FOMBEUR.

⁵¹⁷ « (...) vous ne pourrez pas considérer qu'il suffirait, pour satisfaire à la lettre de l'article L. 521-1, qu'un requérant vous saisisse, d'une part, d'une requête en annulation prématurée et, d'autre part, d'une demande de référé suspension de la décision initiale de l'administration. En effet, les deux requêtes ne concerneront pas la même décision. La requête en annulation, pour être régularisable, devra être regardée comme dirigée contre la décision sur recours préalable qui n'existe pas encore⁵¹⁷, tandis que la requête en référé sera dirigée contre la décision initiale », Pascale FOMBEUR, « Référé-suspension et recours administratif préalable obligatoire. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 12 octobre 2001, Société Produits Roche », R.F.D.A. 2002, p. 317.

le juge.

La formalisation du recours est la première condition pour la matérialisation de la contestation. Il s'agit d'un élément dépendant principalement du requérant qui dispose de la qualité nécessaire pour poursuivre la contestation devant le juge. Celui-ci conteste la régularité de l'acte administratif devant l'administration et il exerce le recours dans le délai permettant l'accès ultérieur au juge : soit dans le délai du recours juridictionnel, pour le recours administratif facultatif, soit dans le délai du recours administratif préalable obligatoire. Lorsque le recours n'est pas suspensif, le requérant peut confirmer sa motivation contentieuse en demandant la suspension de l'exécution de l'acte contesté. Quand la suspension a été ordonnée, l'autorité administrative saura qu'il existe un doute sérieux sur la régularité de l'acte, l'invitant à faire un examen sérieux du recours de l'administré⁵¹⁸. En d'autres termes, la contestation s'est matérialisée lors de la formulation du recours pour l'exercice de la fonction contentieuse par la voie des recours administratifs, il reste que la contestation se matérialise dans la procédure d'examen du recours.

§ 2. L'examen effectif des recours

La motivation contentieuse de l'administré ne saurait aboutir dans l'exercice de la fonction administrative contentieuse si l'administration ne s'entendait, à son tour, saisie que d'une pétition gracieuse, sans aucune obligation de la prendre en considération. En 1993, le constat du Conseil d'État français était, à cet égard, accablant : « *Le plus souvent, les requêtes gracieuses font l'objet d'un examen superficiel. Elles ne sont pas instruites et, quand elles le sont, l'instruction se fait à un niveau de responsabilité insuffisant pour permettre la recherche d'une solution (...) La tentation du silence, qui fait naître la décision implicite de rejet, l'emporte alors, en raison de sa facilité, sur ce qui devrait être la finalité de la procédure* »⁵¹⁹. Ce dédain à l'égard des contestations des administrés est à la base du discrédit des recours administratifs⁵²⁰.

Le succès des recours administratifs en tant que moyen de résolution administrative des litiges est axé sur la qualité de l'instruction du recours, conduisant l'autorité administrative à mettre en question la régularité de l'acte administratif qu'elle-même ou

⁵¹⁸ « *Enfin, nous croyons que le prononcé de la suspension par le juge des référés ne rendra pas inutile le recours administratif préalable, mais au contraire pourra en permettre un examen plus sérieux* », Pascale FOMBEUR, « Référé-suspension et recours administratif préalable obligatoire », *loc. cit.*, p. 319.

⁵¹⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, *op. cit.*, p. 32. De même, en matière de recours administratif dans les marchés publics, « *On s'accorde à le créditer par lui-même d'une faible efficacité au regard de l'objectif de règlement amiable des litiges. Le plus souvent - et même en matière de marché -, l'administration ne répond pas et n'examine même pas complètement le recours administratif, avec la volonté de dénouer le litige à ce stade* », Yves GAUDEMET, « Le précontentieux le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », *A.J.D.A.* 1994, p. 84.

⁵²⁰ « *Il est ainsi très largement admis que les administrateurs actifs ne procèdent qu'à un examen superficiel des recours qui leur sont adressés ; quand ils ne les ignorent pas purement et simplement (...)* », Jean.-François BRISSON, « Régler autrement les litiges administratifs : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés », *loc. cit.*, p. 799-800.

qu'une autre autorité a adopté⁵²¹. Afin d'éviter que l'autorité administrative puisse laisser courir le temps dans l'attente d'une décision implicite, sans examiner sérieusement le recours administratif, il existe des instruments qui sont voués à l'examen du recours (A). Néanmoins, la portée juridique de l'examen effectif des recours (B) reste incertaine.

A. Des instruments voués à l'examen du recours

L'examen du recours administratif est une opération intellectuelle de l'autorité chargée de la décision sur le recours. Cela consiste à l'analyse des arguments de la contestation à l'égard la régularité de l'acte administratif. Une analyse sérieuse exige la compréhension pleine des éléments du recours et de l'acte contesté, éventuellement, à l'aide d'éléments extérieurs à ceux-ci. Or, l'examen peut ne pas avoir lieu, être expéditif ou sommaire ou, au contraire, être sérieux et approfondi. Cela dépendra, en grande partie, de l'autorité décidant le recours. Néanmoins, il existe des éléments organiques (1) laissant supposer qu'un examen sérieux du recours sera réalisé, ainsi que des éléments procéduraux de l'instruction (2) invitant l'autorité administrative à l'examen approfondi du recours.

1. Des éléments organiques

L'examen effectif des recours administratifs dépendra de l'autorité à qui la décision sur le recours a été confiée. À cet égard, de nombreux éléments jouent en faveur ou contre l'efficacité du recours administratif : tout d'abord, la préparation juridique du fonctionnaire chargé de l'examen du recours⁵²² ; ensuite, la charge de travail des fonctionnaires⁵²³ ; enfin, la disponibilité psychologique à remettre en cause un acte propre ou à désavouer une autre autorité. L'ensemble de ces éléments peut ne pas jouer à l'égard d'un fonctionnaire, chargé isolément de la décision sur le recours administratif contentieux et qui pour cela, examine objectivement et sérieusement le recours administratif. Or, il existe des mécanismes contribuant à l'examen de qualité du recours administratif, lorsque l'instruction est confiée à un organisme consultatif (a) ou lorsque la décision sur le recours est confiée à une autorité spéciale (b).

a. L'instruction par organisme consultatif

⁵²¹ « Il faut néanmoins préciser que le succès de cette institution est lié à l'obligation qui devrait être faite à l'administration d'organiser un débat contradictoire sur la décision attaquée, de la réexaminer effectivement (...) et de motiver sa réponse ; c'est de la qualité de ces mesures d'accompagnement que dépendront pour l'essentiel l'efficacité et les effets filtrants d'une telle mesure », Jean-Marie, WOEHLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », *loc. cit.*, p. 356.

⁵²² Le succès des recours administratifs en droit allemand « s'explique par la forte présence des juristes au sein de l'administration allemande et le prestige dont jouit le droit parmi les serviteurs de celle-ci », Michel FROMONT, « Les modes alternatifs de règlement des litiges : l'exemple allemand », *A.J.D.A.* 1997, p. 63.

⁵²³ « La mise en place d'un recours administratif préalable obligatoire ne peut être efficace et pertinente que sous réserve que soient alloués des moyens suffisants pour permettre le traitement des recours dans les délais prescrits », CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, *op. cit.*, p. 116.

L'un des moyens d'améliorer la qualité de l'instruction du recours consiste en la consultation d'un organisme expert dans la matière, notamment lorsque le recours concerne des matières techniques ou relatives à une profession particulière dont les membres remplissent des qualités diverses, tant juridiques que techniques, et qui sera chargé d'examiner le recours, d'entendre le requérant et, en général, de réaliser les mesures d'instruction nécessaires pour l'adoption d'une position concernant la décision sur le recours, par l'adoption d'un avis. Or, la décision sur le recours reste confiée à l'autorité administrative qui pourra examiner l'ensemble des mesures d'instruction réalisées, étudier l'avis motivé et, ainsi, adopter une décision informée.

L'instruction du recours devant un organe consultatif est un procédé usité dans le cas des recours administratifs préalables obligatoires du droit français. Ainsi, les recours administratifs des militaires sont portés directement devant la commission des recours⁵²⁴. Cette commission est constituée par des officiers représentant les différentes forces armées, le directeur des ressources humaines du ministère de la Défense et un officier de l'armée à laquelle appartient le requérant⁵²⁵. La commission des recours instruit le recours⁵²⁶ et rend un avis non obligatoire au ministre qui décidera le recours⁵²⁷. De même, le recours contre le refus d'inscription ou la radiation de l'Ordre des architectes est soumis à l'avis du conseil national de l'Ordre des architectes⁵²⁸ et le recours contre la sanction disciplinaire d'un élève doit, porté devant le recteur de l'académie, être soumis à l'avis d'une commission académique⁵²⁹.

La prévision d'un mécanisme de consultation pour la décision sur le recours peut être expliquée pour diverses raisons, notamment le caractère technique de la matière ou le respect de certaines valeurs dont le pluralisme ou l'indépendance d'une profession. Néanmoins, il est difficile de ne pas voir dans la prévision d'une procédure de consultation obligatoire, l'intérêt de forcer l'étude sérieuse du recours administratif par un organisme disposant des qualités nécessaires pour y procéder, des instruments et du temps requis. La consultation apporte de surcroît du recul à l'examen de la décision et, même si la décision n'appartient pas à l'autorité administrative, l'avis motivé peut mettre en évidence les vices de l'acte contesté. Cela est d'autant plus important lorsque l'avis est communiqué au requérant. Cette mesure de publicité est recommandée notamment en matière du refus du visa dont l'avis favorable de la commission devrait être communiqué au requérant⁵³⁰ et le Conseil d'État y voit un moyen

⁵²⁴ Art. 4125-1 et 4125-2 du Code de la défense.

⁵²⁵ Art. R. 4125-5 du Code de la défense.

⁵²⁶ Art. R. 4125-8 du Code de la défense.

⁵²⁷ « La commission recommande au ministre compétent ou, le cas échéant, aux ministres conjointement compétents au sens du II de l'article R. 4125-4, soit de rejeter le recours, soit de l'agréer totalement ou partiellement. Son avis ne lie pas le ministre compétent ou, le cas échéant, les ministres conjointement compétents », art. R. 4125-9 du Code de la défense.

⁵²⁸ Art. 23 de la loi n°77-2 du 3 janvier 1977, sur l'architecture.

⁵²⁹ Art. R. 511-49, al. 2, du Code de l'éducation.

⁵³⁰ La communication de l'avis n'est pas prévue par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ni par l'arrêté du 4 décembre 2009 relatif aux modalités de fonctionnement de la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France. L'étude du Conseil d'État relatif aux recours administratifs préalables obligatoires, recommande la notification de l'avis au requérant, lorsque le ministre s'est écarté : CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 159.

indirect de forcer le ministre à examiner sérieusement le recours lorsqu'il prétend s'écarter de l'avis favorable⁵³¹. Or, la consultation n'est pas généralisée pour la décision des recours administratifs contentieux. À défaut des mécanismes de consultation, un effort particulier sera exigé de la part de l'autorité chargée de la décision sur le recours au moment de procéder à l'examen du recours.

Une variante de l'instruction par un organisme consultatif consiste dans l'attribution de la fonction d'instruction du recours et de la préparation d'un projet de décision à une instance subordonnée de l'autorité devant décider le recours⁵³². Dans ce cas, le projet de décision n'est pas obligatoire pour l'autorité administrative. Néanmoins, la préparation d'un projet de décision n'a pas la même portée que la consultation : l'autorité administrative devra étudier l'avis et, le cas échéant, le transformer dans une décision sur le recours, alors qu'avec le projet de décision, l'autorité administrative chargée de la décision pourrait simplement la signer, sans avoir examiné lui-même le recours.

b. La décision sur le recours par une autorité spéciale

Le recours décidé par la même autorité ayant adopté l'acte objet du recours a moins de chances de prospérer que le recours porté devant une autorité administrative différente. L'élaboration de l'acte provoque dans l'autorité administrative un sentiment d'attachement et de perfection à l'égard de sa propre décision. S'identifiant avec son acte, l'autorité administrative a tendance à ne pas renverser ses propres décisions et à mésestimer d'emblée les recours, sans les examiner en profondeur. Néanmoins, les recours dits gracieux, pour le droit français ou en reconsidération, pour le droit colombien, peuvent avoir de l'efficacité dans la résolution des litiges lorsque l'autorité administrative examine attentivement le recours, afin d'identifier les faits nouveaux ou les arguments qui n'ont pas été pris en compte lors de l'adoption de l'acte contesté, tout en acceptant que les actes administratifs sont perfectibles.

En revanche, le recours hiérarchique, pour le droit français ou en appel, pour le droit colombien, est celui qui normalement donnera plus de chances de succès au requérant. Il s'agit d'un recours porté devant une autorité découvrant l'affaire à partir de la contestation, sans avoir, d'une certaine manière, « *préjugé* » l'affaire, et pouvant ainsi, procéder à un examen impartial du recours. Les qualités de l'autorité décidant un recours hiérarchique ou en appel sont censés, en principe, être supérieures à celles de l'auteur de l'acte contesté⁵³³. Il n'est plus question d'avoir à accepter une erreur propre et à se rétracter en modifiant ou

⁵³¹ *Idem*, p. 160.

⁵³² Par exemple, en Colombie, les recours devant être décidés par le ministre des Affaires étrangères sont instruits et la décision est préparée par la Direction des affaires juridiques internationales (art. 8 du décret n° 2255 du 7 sept. 2009, modifiant la structure du ministère des Affaires étrangères) et par le bureau juridique du ministère (art. 20 du décret 2255 du 7 sept. 2009).

⁵³³ « (...) *une autorité élevée est supposée avoir et possède fréquemment des connaissances, une pondération, une impartialité, une indépendance, qui dépassent l'étendue du savoir, l'équilibre du caractère, la liberté d'action qui existent d'ordinaire aux étages administratifs inférieurs* », Henry PUGET et Georges MALEVILLE, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *loc. cit.*, p. 114.

faisant disparaître l'acte, mais de garantir la juridicité des actes des autorités sous sa structure et de protéger les droits des administrés⁵³⁴. Cela explique que la majorité des recours administratifs préalables obligatoires du droit français sont des recours hiérarchiques, de même que le seul recours préalable obligatoire en droit colombien est le recours en appel⁵³⁵.

Les garanties pour l'examen du recours peuvent être encore renforcées lorsque la décision sur le recours est confiée à une autorité collégiale, constituée pour la révision de l'acte administratif initial. En France, il est ainsi proposé, en 1981, que la décision des recours pouvait être confiée à des organismes administratifs, collégiaux et indépendants, comme un moyen de lutte contre l'encombrement des juridictions⁵³⁶ et, encore en 2008, il est mis en relief l'utilité de cette forme de décision des recours administratifs⁵³⁷ comme un moyen pour l'obtention d'une décision administrative contentieuse de qualité, pouvant, le cas échéant, rendre sans objet la contestation juridictionnelle.

Un certain nombre de recours administratifs préalables obligatoires en droit français sont confiés à des autorités collégiales spécialisées, notamment en matière d'aménagement rural dont les recours sont portés devant une commission départementale⁵³⁸ ou des recours en matière d'inscription au tableau des ordres professionnels, notamment les recours contre le refus d'inscription au tableau de l'Ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes qui sont décidés par une commission régionale et par une commission nationale de l'ordre⁵³⁹.

En droit colombien, la décision des recours administratifs n'est pas confiée à des commissions spécialisées. Certes, il est des recours en appel qui sont décidés par des autorités qui ne sont pas le supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte contesté⁵⁴⁰; mais, même cette autorité décide le recours comme une fonction accessoire à sa mission de gestion administrative. Visant l'encombrement des juridictions colombiennes, il a été proposé la

⁵³⁴ « Pour cette autorité supérieure, l'amour-propre personnel n'est pas en cause et elle trouve parfois plaisir à désapprouver les erreurs de ses subordonnés », *idem*.

⁵³⁵ En droit colombien, depuis 1959, « Le recours en reconsidération n'est pas obligatoire pour l'introduction des actions juridictionnelles relatives au contentieux administratif », art. 15 du décret-loi 2733 de 1959.

⁵³⁶ « Plutôt que de confier l'examen des recours administratifs aux seuls organes chargés de l'administration active, il peut être plus efficace de charger des organismes collégiaux de trancher de tels litiges à la suite d'une procédure contradictoire assurant des garanties suffisantes au réclamant », Jean-Marie, WOEHLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », *loc. cit.* p. 356. « (...) ces commissions devraient être nettement indépendantes de la hiérarchie administrative », *ibidem*, p. 357.

⁵³⁷ « Au nombre de ces règles figurent notamment la nécessité d'avoir une instance collégiale, disposant de suffisamment d'autorité pour examiner ces recours, d'avoir une séparation nette entre le recours précontentieux obligatoire et le recours contentieux ou encore de rendre des décisions motivées », Bernard STIRN et Simon FORMERY, « "La déjudiciarisation d'un certain nombre de contentieux est devenue une nécessité" », *J.C.P. A.*, 2008, n° 10, 2051, p. 21.

⁵³⁸ Art. L. 121-7 et suiv. du Code rural et de la pêche maritime. C.E.f. 13 juin 1958, *Esnault, Rec.*, p. 343, concl. BRAIBANT ; C.E.f. Sect. 19 nov. 1965, *époux Delattre-Floury, J.C.P.* 1966, n° 14697, concl. RIGAUD.

⁵³⁹ « Les décisions du conseil départemental rendues sur les demandes d'inscription au tableau peuvent être frappées d'appel devant le conseil régional, par le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme demandeur, s'il s'agit d'un refus d'inscription, par le conseil national s'il s'agit d'une décision d'inscription », art. L. 4112-4 du Code de la santé. Cf. C.E.f. 13 mai 1970, *Conseil départemental de l'Ordre des médecins de l'Eure, Rec.*, p. 334.

⁵⁴⁰ Le recours s'exerce à l'égard des actes administratifs pris par les entreprises de services publics, lorsqu'elles refusent de fournir le service, lorsqu'elles le suspendent, lorsqu'elles terminent le contrat et lorsqu'elles facturent le prix du service, sont portés devant la Surintendance des services publics qui n'est pas, pourtant, le supérieur hiérarchique de ces entreprises : art. 154 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994.

création de recours administratifs préalables devant être décidés par des organes techniques et spécialisés. À la différence du droit français, le critère pour confier la décision des recours à des organes spéciaux ne devait pas être le nombre élevé d'affaires contentieuses arrivant dans la matière devant la juridiction ; mais, la moindre importance de l'affaire⁵⁴¹. Cette proposition n'a donné lieu à la formulation d'aucun projet.

Lors de l'élaboration du nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif, la mission de coopération du Conseil d'État français a recommandé la création, en Colombie, des commissions contentieuses de style français⁵⁴². L'idée a été rejetée par la commission rédactrice du projet considérant que : premièrement, cela impliquerait une augmentation considérable du nombre des fonctionnaires publics. Deuxièmement, la séparation ferait diluer la responsabilité du fonctionnaire dans l'adoption des actes. Troisièmement, les procédures seraient allongées et alourdies. Quatrièmement, les recours administratifs seraient dénaturés, séparés de la logique hiérarchique⁵⁴³. Pour la commission rédactrice, les recours administratifs devraient rester sous la responsabilité de l'administration ayant adopté l'acte objet de contestation. La commission rédactrice n'a pas pris en compte d'autres éléments en faveur et contre cette idée ; notamment, en faveur, l'efficacité de ces autorités dans la résolution des contestations ; et, contre, la perte de l'opportunité à l'autorité administrative d'examiner sa propre gestion ou celle d'une autre autorité de son secteur, ce qui permet d'améliorer la gestion administrative par la correction des erreurs identifiées lors de la décision des recours. Par conséquent, le nouveau code adopte une figure intermédiaire : les autorités administratives ont facultés à constituer, dans leur sein, des groupes spécialisés dans la préparation des projets de décision des recours administratifs⁵⁴⁴. L'utilité de ces groupes dépendra, tout d'abord, du bon critère du chef de l'autorité qui devra constituer un groupe multidisciplinaire et performant ; ensuite, de l'adoption des méthodes de travail conçues pour un examen efficace des recours administratifs et, enfin, de la volonté de l'autorité administrative tant pour créer ces groupes d'instruction des recours que pour étudier les projets de décision qui y sont élaborés.

2. Des éléments procéduraux de l'instruction

La décision d'un recours administratif n'exige pas la reproduction à l'identique de la

⁵⁴¹ « On pourrait songer à ajouter à la voie gouvernementale, une espèce de justice retenue par laquelle, l'administration elle-même, par des organes spéciaux et capités, puisse juger ses propres actes. Il s'agirait d'une résolution alternative des litiges, notamment à l'égard des petites causes et à l'égard desquelles la question juridique a été déjà clairement établie par la juridiction. Cette fonction pourrait être attribuée à des organes déjà existants, notamment le Département administratif de la fonction publique ou les conseillers présidentiels », Dolly PEDRAZA, « Descongestión de la Justicia contenciosa administrativa », Organisation des États américains, département de droit international, in http://projusticia.org.pe/Informes/Reforma/Descongestion_Justicia.pdf, p. 5.

⁵⁴² Marcel POCHARD, « L'administration publique et la protection des droits fondamentaux », in *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁴³ « Elementos para un nuevo código contencioso administrativo – Documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007 », *loc. cit.*, p. 9.

⁵⁴⁴ « L'autorité pourra créer, dans sa structure, des groupes spécialisés dans la préparation de projets de décision des recours en reconsidération et en appel », art. 82 du C.P.A.C.A.

procédure d'élaboration de l'acte⁵⁴⁵. La contestation présente dans le recours administratif est construite à partir d'un acte élaboré et d'une procédure épuisée, ce qui implique, qu'en principe, la procédure du recours administratif va être limitée par l'examen des griefs relevés par l'administré. La procédure d'élaboration de l'acte et celle de sa contestation sont, de ce point de vue, des procédures répondant à des logiques différentes. La reproduction intégrale ou partielle de la procédure initiale n'est dès lors justifiée que comme conséquence des vices relevés par le recours ou, comme conséquence de l'introduction d'éléments nouveaux⁵⁴⁶. Or, dans la conception française des recours administratifs préalables obligatoires, l'autorité supérieure réalise un examen intégral de la décision initiale, pouvant même aggraver la situation du requérant et, par conséquent, la décision sur le recours se substitue à la décision initiale⁵⁴⁷. Cette procédure, bien que n'excluant pas la possibilité de la matérialisation contentieuse du recours, répond aussi à d'autres finalités du recours administratif, notamment, celle d'arrêter la position définitive de l'administration⁵⁴⁸.

Indépendamment de l'autorité chargée de la décision sur le recours (la même autorité, son supérieur hiérarchique ou « *fonctionnel* » ou une autorité spéciale), la garantie de l'examen effectif du recours peut être renforcée par la prévision des éléments de procédure ayant pour objet l'instruction du recours. Les mécanismes visant la participation du requérant dans l'instruction du recours (a) semblent pousser l'autorité administrative à examiner la contestation, grâce au regard vigilant du principal intéressé dans le succès du recours. Or, cela pose la question de l'opportunité de la processualisation des recours administratifs (b).

a. La participation du requérant dans l'instruction du recours

Une administration hermétique, décidant les recours sans avoir à introduire l'administré dans la procédure d'examen et d'instruction du recours, n'offre pas, à l'égard de l'administré requérant, des garanties que son recours va être effectivement examiné. Ce type de recours fermé, bien qu'il puisse être sérieusement examiné par l'administration, s'identifie davantage aux recours-pétitions gracieuses, qu'aux recours administratifs exerçant la fonction contentieuse.

En France, il était ainsi affirmé que la revalorisation des recours administratifs exige de « *renforcer la position de l'auteur du recours administratif et – de – contraindre l'Administration à instruire contradictoirement la réclamation* »⁵⁴⁹. Néanmoins, l'instruction

⁵⁴⁵ C.E.f. 2 fév. 1951, *Cassagneau, Rec.*, p. 66.

⁵⁴⁶ C.E.f. 2 fév. 1945, *Petit, Rec.*, t., p. 332 ; C.E.f. 16 juillet 1948, *Reynes, Rec.*, t., p. 543 ; C.E.f. 2 fév. 1951, *Cassagneau, Rec.*, p. 62.

⁵⁴⁷ C.E.f. Ass. 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, concl. VUGHT, *Rec.*, p. 215 ; A.J.D.A. 1968, p. 335, note DEWOST et MASSOT ; C.E.f. Sect. 24 juin 1949, *Société Grand café de Chalons*, S. 1949, 3, p. 74 ; C.E.f. 6 juillet 1980, *Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle c/ Mattei*, A.J.D.A. 1991, p. 230, note BELLOUBET-FRIER.

⁵⁴⁸ Il s'agit « *de pouvoirs supposant un réexamen de l'affaire plutôt qu'un simple contrôle (...)* », Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 28.

⁵⁴⁹ Gilles PELLISSIER, « Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs – Réflexions sur la fonction des recours administratifs dans l'ordre juridique français », loc. cit., p. 331.

contradictoire des affaires n'est pas, aujourd'hui, la règle en matière des recours administratifs. Celle-ci n'est exigée que quand l'acte contesté a lui-même été adopté à la suite d'une procédure contradictoire⁵⁵⁰. Des procédures contradictoires ou, du moins, auditives⁵⁵¹, sont spécialement prévues dans des recours administratifs préalables obligatoires⁵⁵²; mais, il en est aussi dont l'instruction est menée entièrement par l'administration, sans associer le requérant, notamment en matière fiscale⁵⁵³. Le droit d'être entendu avant l'adoption de la décision, en matière des recours administratifs, répond ainsi à la règle générale en matière administrative d'après laquelle cela n'est possible que si un texte l'a prévu⁵⁵⁴. En matière d'urbanisme, les recours administratifs⁵⁵⁵, de même que les recours juridictionnels et le déferé préfectoral, doivent être accompagnés d'une mesure se trouvant à la base de la contradiction : le requérant devra notifier le recours au bénéficiaire de la décision urbanistique et à l'auteur de la décision⁵⁵⁶ en lui faisant parvenir une copie intégrale du recours⁵⁵⁷. Cette notification emporte la possibilité de participer à l'instruction du recours par la présentation d'observations.

En droit colombien, les recours administratifs n'appellent pas, en principe, une instruction supplémentaire de l'affaire. Les requérants doivent expliquer les raisons de la contestation⁵⁵⁸ et apporter les preuves à l'appui⁵⁵⁹, ce qui devrait suffire, en principe, à

⁵⁵⁰ C.E.f. 14 juin 1946, *Van den Vergaete*, S. 1947, 2, p. 22 ; C.E.f. 27 janvier 1950, *Billard et Legrand* (2 arrêts), S. 1950, 3, p. 41, concl. LETOURNEUR.

⁵⁵¹ Par exemple, les recours administratifs préalables obligatoires des militaires ne peuvent être décidés « *qu'après que l'intéressé a été mis à même de présenter des observations écrites. Si elle l'estime nécessaire, la commission peut convoquer l'intéressé. Lors de son audition, ce dernier peut se faire assister d'un militaire de son choix en position d'activité, à l'exclusion de toute autre personne. Les membres de la commission ainsi que les rapporteurs procèdent à toute mesure utile à l'examen des recours* », art. R. 4125-8 du Code de la défense. Aussi, le requérant en matière d'aménagement foncier a-t-il le droit de demander d'être entendu : art. R. 121-11 du Code rural.

⁵⁵² En matière du recours contre le refus d'inscription au tableau de l'Ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes, le recours du praticien ou du Conseil national est porté à la connaissance du conseil départemental, qui fait parvenir des observations écrites et au praticien qui se voit communiquer les observations de l'autorité ayant refusé son inscription. Cela implique qu'il pourra aussi répondre à ces observations écrites. « *Le praticien intéressé, le conseil départemental et, le cas échéant, le Conseil national sont convoqués par lettre recommandée avec demande d'avis de réception qui doit parvenir quinze jours au moins avant la séance du conseil régional ou interrégional. La convocation indique que le praticien peut se faire assister ou représenter par toute personne de son choix, le conseil départemental ou le conseil national par un de leurs membres ou par un avocat* », art. R. 4112-5, al 6 et 7 du Code de la santé.

⁵⁵³ « *Le caractère « ultra contradictoire » des procédures fiscales préalables à l'établissement de l'impôt (sic) et l'absence de droit des tiers explique sans doute qu'il en soit ainsi* », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 187, note 156.

⁵⁵⁴ Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Bibliothèque de Droit public, t. CLI, L.G.D.J., Paris, 1988, p. 14. Or, le Conseil d'État recommande « *Prévoir le droit, pour le demandeur, de présenter des observations écrites et, le cas échéant, la possibilité, pour l'autorité saisie du recours administratif préalable obligatoire, de procéder à l'audition de l'intéressé* », recommandation n° 16 du rapport, CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 174.

⁵⁵⁵ Recours contre le « *certificat d'urbanisme, d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable ou d'un permis de construire, d'aménager ou de démolir (...)* », art. R. 600-1 du Code de l'urbanisme.

⁵⁵⁶ « *(...) L'auteur d'un recours administratif est également tenu de le notifier à peine d'irrecevabilité du recours contentieux qu'il pourrait tenter ultérieurement en cas de rejet du recours administratif* », art. R. 600-1 du Code de l'urbanisme.

⁵⁵⁷ C.E.f. Avis du 1^{er} mars 1996, *Association Soisy Etioilles Environnement, Rec.*, p. 60. Cf. Didier CHAUVAUX et Thierry-Xavier GIRARDOT, « *Portée de l'obligation de notification incombant à l'auteur d'un recours contre une décision d'urbanisme* », A.J.D.A. 1996 p. 513.

⁵⁵⁸ « *Les recours devront remplir les conditions suivantes: 1 être expliqués par l'expression concrète des motifs de la contestation* », art. 52 du C.C.A. Cette condition est reproduite au n° 2 de l'art. 77 du C.P.A.C.A.

⁵⁵⁹ Le C.C.A. exige du requérant « *l'indication des preuves qu'il prétend faire valoir* », art. 52, n° 3 du C.C.A. Alors que d'après le nouveau C.P.C.A., le requérant doit « *demande et apporter les preuves qu'il prétend faire valoir* », art. 77, n° 3 du C.P.C.A.

l'autorité administrative, pour trancher la contestation présente dans le recours⁵⁶⁰. Néanmoins, il est reconnu aux requérants le droit de demander l'établissement de nouvelles preuves à l'appui de son recours⁵⁶¹ et, dans ce cas, une instruction additionnelle sera réalisée de même que dans le cas où l'autorité administrative décide d'office l'établissement de nouvelles preuves⁵⁶². L'instruction devra être réalisée dans une période inférieure à trente jours et supérieure à dix⁵⁶³. L'instruction doit être faite sans la pression des délais de configuration du silence administratif et, par conséquent, il est prévu que pendant toute l'instruction le délai pour considérer qu'il y a eu silence administratif est suspendu⁵⁶⁴. L'autorité administrative conserve la faculté d'examiner l'opportunité et la pertinence du recueil des preuves demandées par le requérant⁵⁶⁵. Dans le cas du rejet du recueil d'un moyen de preuve, il n'existe pas la possibilité de contester cette détermination devant l'administration et, dès lors, le requérant devra démontrer, lors du procès juridictionnel, que ce rejet était illégal, méconnaissant son droit de défense, dans la mesure où cette preuve aurait justifié la modification ou la disparition de l'acte contesté⁵⁶⁶.

b. L'opportunité de la processualisation des recours administratif

Les recours administratifs facultatifs du droit français ne sont pas entourés d'une procédure spéciale forçant l'autorité administrative à examiner sérieusement le recours. Des garanties telles que la contradiction et le droit d'être entendu sont présentes dans des recours administratifs préalables obligatoires, alors que le droit colombien reconnaît le droit des administrés à apporter et à demander le recueil de nouvelles preuves au soutien de son recours administratif. Néanmoins, le développement de ces garanties n'est pas sans effets à l'égard de la fonction contentieuse des recours administratifs.

⁵⁶⁰ « *Les recours en reconsidération et en appel devront être décidés sans une instruction additionnelle (...)* », art. 56 du C.C.A. et al. 2 de l'art. 79 du C.P.C.A.

⁵⁶¹ Le C.C.A. ne reconnaît ce droit qu'au soutien du recours en appel (art. 56 du C.C.A.), alors que le nouveau C.P.C.A. élargit la possibilité de demander des preuves tant au soutien des recours en appel, que des recours en reconsidération : art. 77, n° 3 du C.P.C.A. Néanmoins, la jurisprudence avait déjà reconnu ce droit lors des recours en reconsidération : C.c.c. Sentence T-505-00, 8 mai 2000, M.R. José HERNANDEZ.

⁵⁶² « *Les recours en reconsidération et en appel devront être décidés sans une instruction additionnelle, sauf dans le cas où, à l'introduction du recours, le requérant a demandé de nouvelles preuves ou que celles-ci soient recueillies d'office, lorsque l'autorité chargée de décider le recours les considère nécessaires* », art. 56 du C.C.A. et al. 2 de l'art. 79 du C.P.A.C.A.

⁵⁶³ « *Dans le cas où il faut recueillir des preuves pour la décision sur le recours, cela doit être fait dans un terme non supérieur à trente jours ni inférieur à dix. Les termes inférieurs à trente pourront être prorogés pour une seule fois ; mais, l'ensemble ne peut pas dépasser trente jours* », art. 58 du C.C.A.

⁵⁶⁴ « *SILENCE ADMINISTRATIF. Au bout d'un délai de deux mois, à partir de l'introduction des recours en reconsidération ou en appel sans en avoir notifié une décision expresse, on devra comprendre que la décision est de rejet. Ce délai sera interrompu pendant la période de recueil des preuves* », art. 60 du C.C.A. et al. 1 et 2 de l'art. 86 du C.P.A.C.A.

⁵⁶⁵ Il est ainsi interdit aux autorités administratives de « *ne pas recueillir opportunément les preuves demandées ou refuser leur recueil sans cause juste* », art. 9, n° 14 du C.P.A.C.A. Le rejet du recueil d'une preuve impertinente n'est pas alors contraire au droit de la défense : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 4 oct. 2007, affaire n° 736-01, C.R. Rafael LAFONT.

⁵⁶⁶ « *La méconnaissance du droit de la défense pendant la voie gouvernementale ne se vérifie pas automatiquement par la négative à recueillir des preuves demandées. Il est nécessaire que ces preuves, ou d'autres additionnelles, soient demandées et recueillies lors de l'instance juridictionnelle, afin que le juge puisse apprécier l'importance et la transcendance de ce moyen de preuve pour déterminer le sens de la décision contestée* », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 17 mars 2000, affaire n° 5583, C.R. Gabriel MENDOZA ; C.E.c. 26 juillet 2001, affaire n° 6549, C.R. Gabriel MENDOZA ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 20 août 2004, affaire n° 8344, C.R. Gabriel MENDOZA.

Il est nécessaire de préciser, d'emblée, que l'absence de garanties processuelles spécifiques, pour l'administré du recours ordinaire français, ne signifie pas nécessairement que la contestation ne sera pas examinée : il est, certes, contestable que les garanties processuelles soient réservées aux recours préalables obligatoires⁵⁶⁷ ; mais, l'examen du recours dépendra davantage, dans le cas des recours facultatifs, de la bonne volonté de l'autorité administrative, que des garanties données à l'administré.

Dans le cas des recours administratifs préalables obligatoires du droit français, l'autorité administrative examine le recours dans la mesure où sa décision arrête la position définitive de l'administration⁵⁶⁸ et, même en l'absence de contradiction⁵⁶⁸, il est fort probable que les arguments du requérant seront pris en compte. Pour les recours administratifs en droit colombien, la procédure vise à permettre un examen sérieux, se rapprochant à l'instruction des affaires juridictionnelle⁵⁶⁹. Pour l'examen des recours administratifs, les autorités administratives devront respecter des obligations générales de source constitutionnelle, telles que la procédure régulière du droit (article 29 de la Constitution⁵⁷⁰) et les principes guidant l'activité administrative (article 209 de la Constitution⁵⁷¹ et code administratif⁵⁷²). Il s'agit d'un cadre, certes, très ambitieux⁵⁷³ ; mais, cela

⁵⁶⁷ « Qu'elle soit saisie d'un recours obligatoire ou facultatif, l'autorité administrative l'est, d'une part, toujours préalablement à l'action juridictionnelle. D'autre part, sa fonction est en tous points identique : elle consiste toujours à régler un litige préexistant au moyen d'une solution conforme au droit. C'est, en fait, le règlement de la situation contentieuse qui exige en soi que l'administration soit tenue de respecter un certain nombre d'obligations de forme et de procédure », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français, op. cit.*, p. 156.

⁵⁶⁸ La fonction contentieuse du recours administratif préalable obligatoire pourrait être niée en raison du pouvoir d'adopter une décision non limitée à la contestation de l'administré et, conformément aux circonstances de fait et du droit présentes au moment de décider. Néanmoins, il ne faut pas oublier que cette procédure n'est déclenchée qu'à l'initiative de l'administré qui conteste l'acte initial et qui prétend pouvoir avoir accès ultérieurement au juge. L'amplitude des pouvoirs de décision de l'autorité saisie du recours met en évidence l'existence d'une fonction contentieuse et non contentieuse dans un même recours. L'autorité tranche la contestation, tout en adoptant la position définitive de l'administration à l'égard de la question.

⁵⁶⁹ Les commentateurs du C.C.A. de 1984 parlaient d'une « *judiciarisation de la voie gouvernementale (...)* tendant plutôt à configurer un véritable procès », Enrique ARBOLEDA, « *Vía gubernativa* », *Comentarios al nuevo Código contencioso administrativo*, éd. Cámara de comercio, Bogota, 1984, p. 74.

⁵⁷⁰ « La procédure régulière du droit doit être respectée dans toutes procédures judiciaires et administratives. Toute personne ne pourra être jugée que conformément à des lois antérieures à l'acte incriminé, devant le juge ou le tribunal compétent et respectant les formes propres de chaque procédure. En matière pénale, la loi plus douce, même postérieure, sera appliquée de préférence à la loi restrictive. Toute personne est présumée innocente avant qu'elle ne soit déclarée juridictionnellement coupable. La personne mise en cause a droit à la défense et à être représentée pendant l'instruction et le jugement, par un avocat de son choix ou nommé d'office ; elle a droit à une procédure régulière, publique, dépourvue de dilations injustifiées, à présenter des preuves et à contester celles recueillies contre lui ; à contester la sentence de condamnation et à ne pas être jugée deux fois pour le même fait. Est une preuve nulle celle recueillie en violation de la procédure régulière du droit », art. 29 de la Const.c.

⁵⁷¹ « La fonction administrative est au service des intérêts généraux. Elle s'exerce conformément aux principes d'égalité, de moralité, d'efficacité, d'économie, de célérité, d'impartialité et de publicité et par la voie de la décentralisation, la délégation et la déconcentration des fonctions. Les autorités administratives doivent coordonner leurs activités pour l'accomplissement des fins de l'État. L'administration publique dans tous les niveaux exercera un contrôle interne aux termes prévus dans la loi », art. 209 de la Const.c.

⁵⁷² « Les procédures administratives d'élaboration des actes administratifs devront être guidées par les principes d'économie, de célérité, d'efficacité, d'impartialité, de publicité et de contradiction et conformément à la première partie de ce code », art. 3, al. 1 du C.C.A. Le nouvel art. 3, al. 2 du C.P.C.A. inclut les principes de la procédure régulière du droit, de la bonne foi, de moralité, de participation, de responsabilité, de transparence et de coordination.

⁵⁷³ « Cet article 209 dispose que l'administration doit être impartiale, efficace, rapide, économique, participative, transparente... Bon, il est très difficile d'être fonctionnaire en Colombie, me semble-t-il ; si l'on veut respecter la Constitution, il faut être un saint, il faut être parfait (...) », Marc DURAND-VIEL, « *Comentarios a la conferencia del Consejero Gustavo Aponte Santos* », transcription de la traduction simultanée, reproduite in *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica

contribue à préciser les obligations des fonctionnaires à l'égard des administrés, ce qui concerne aussi les recours administratifs. L'efficacité des normes guidant l'action du fonctionnaire public n'est pas confiée exclusivement à l'annulation juridictionnelle de l'acte administratif décidant le recours. La procédure régulière du droit est un droit constitutionnel fondamental, pouvant être l'objet de la protection rapide et immédiate de l'action en tutela⁵⁷⁴.

Le panorama est très divers : l'absence des garanties, pour l'auteur des recours facultatifs du droit français, contraste avec la processualisation généralisée des recours administratifs du droit colombien. À son tour, l'uniformité de la procédure des recours administratifs colombiens contraste avec la diversité procédurale des recours administratifs préalables obligatoires français, souvent très protecteurs du requérant. La fonction contentieuse des recours administratifs exige que ceux-ci soient considérés comme des moyens de défense des administrés. N'étant pas conçus au bénéfice exclusif de l'administration, la participation du requérant dans la procédure d'examen du recours semble être la conséquence nécessaire de la fonction protectrice et contentieuse des recours. Les formes de participation peuvent être diverses ; celles-ci doivent viser à élucider l'autorité administrative et permettre au requérant d'étayer ses arguments : tant le droit d'être entendu, que celui de présenter et de demander des preuves additionnelles, de contredire les faits nouveaux ou les nouveaux moyens de preuve, semblent répondre au besoin d'efficacité de la fonction contentieuse des recours administratifs. Néanmoins, la procédure d'examen des recours administratifs doit conserver un degré de souplesse et de simplicité⁵⁷⁵ afin de procéder à un règlement rapide du litige⁵⁷⁶. La protection processuelle entière reste confiée à la révision juridictionnelle de la décision prise.

L'autorité administrative saisie d'un recours peut être conduite à examiner la contestation de l'acte, lorsque des contraintes procédurales, nées du dépôt du recours, l'obligent à réaliser des actes d'instruction avec la participation du requérant. De même, le recours administratif aura des chances d'être soigneusement examiné lorsque l'instruction ou la décision seront confiés à une instance spéciale. Néanmoins, l'étude sérieuse du recours reste un exercice intellectuel de l'autorité administrative décisive et les contraintes organiques ou procédurales donnent des chances à l'examen sérieux du recours ; mais, celles-ci ne le garantissent pas. L'examen effectif du recours reste un principe à des faibles sanctions.

B. La portée juridique de l'examen effectif des recours

en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, imprenta Nacional de Colombia, p. 91-93, p. 91. Cf. William ZAMBRANO, « Les droits des citoyens vis-à-vis de l'administration : le cas de la Colombie », *R.I.D.C.* 1992, vol. 44, n° 2, p. 464.

⁵⁷⁴ « Par l'action en tutela, toute personne pourra demander aux juges, en tout moment et en tout endroit, la protection de ses droits constitutionnels fondamentaux, lorsque ceux-ci sont méconnus ou menacés par l'action ou l'omission d'une autorité publique (...) », art. 86 de la Const.c.

⁵⁷⁵ « Le recours administratif préalable, même formel, doit demeurer une démarche simple et sans danger », Jean-François BRISSON, « Régler autrement les litiges administratifs : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés », *loc. cit.*, p. 833.

⁵⁷⁶ On ne doit pas tomber dans le piège de considérer que seule la procédure suivie devant les juridictions est contentieuse et que, dès lors, tout écart avec la procédure administrative nie la fonction contentieuse de l'administration.

L'examen effectif du recours peut être incité. De même, il est des mécanismes offrant à l'autorité administrative des moyens utiles pour réaliser un examen approfondi du recours. Or, tant en droit français qu'en droit colombien, l'autorité administrative, n'ayant pas pris au sérieux le recours qui aurait pu éviter une instance juridictionnelle, n'est pas directement considérée comme fautive et elle n'est pas l'objet de sanctions pour cette raison. Garder le silence pour configurer une décision implicite semble être un indice du fait que le recours n'a pas été examiné, sauf si l'on considérait que l'administration a préféré ne pas s'exprimer, après avoir examiné le recours. En droit français, l'examen effectif des recours est un principe non expressément consacré (1), alors qu'en droit colombien, l'examen effectif du recours est un principe inexistant (2).

1. Un principe non expressément consacré en droit français

Les recours administratifs sont considérés comme des demandes adressées à l'administration, entraînant des devoirs dont celui d'en accuser réception. En raison de la règle de la décision implicite, il serait possible d'affirmer que tous les recours administratifs sont l'objet d'une décision, sans tenir compte de la part de fiction dans cette affirmation. En revanche, il n'est pas possible d'affirmer que tous les recours administratifs décidés sont l'objet d'un examen et que celui-ci a été sérieux. L'examen effectif des recours administratifs est un principe ayant des fondements flous (a), qui n'est sanctionné qu'indirectement (b).

a. Un principe ayant des fondements flous

Pour Guy ISAAC, l'examen effectif des recours administratifs est implicitement consacré dans le principe de « *bonne administration* », selon lequel *l'administration a le devoir de ne statuer qu'en parfaite connaissance de cause (...)* »⁵⁷⁷. Celui-ci serait un principe général applicable à l'ensemble de la procédure administrative non juridictionnelle⁵⁷⁸, emportant, en matière des recours administratifs, l'examen effectif des recours. En 1993, non au titre de la bonne administration, mais, cette-fois-ci comme un droit essentiel de l'administré⁵⁷⁹, une étude de doctrine du Conseil d'État français énonce un certain « *principe général de procédure administrative, selon lequel les administrés ont droit à un examen effectif des demandes qu'ils présentent devant l'administration* »⁵⁸⁰. Le Conseil d'État reconnaît que ce principe ne se trouve consacré nulle part⁵⁸¹; mais, de même qu'ISAAC, la section du rapport et des études du Conseil d'État le fait découler de la règle qu'*'impose l'obligation de statuer*

⁵⁷⁷ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 438.

⁵⁷⁸ « (...) ce principe est une « directive » de portée tout à fait générale : il est le fondement non seulement de l'obligation d'examen effectif des affaires (...); mais, de toutes les règles de procédure administrative non contentieuse dont le juge impose le respect à l'administration (...) », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 447.

⁵⁷⁹ « (...) c'est un droit essentiel de l'administré de voir sa demande faire l'objet d'un examen effectif par l'administration ; il appartient à celle-ci de s'organiser pour répondre à cette exigence (...) », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, op. cit. p. 31.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁸¹ « Si le principe général ne se trouve proclamé en tant que tel, ni par un texte, ni par la jurisprudence, il n'en justifie pas moins nombre de règles couramment mises en œuvre, auxquelles il est sous-jacent », *idem*.

après examen individuel des circonstances particulières du dossier »⁵⁸², tout en ajoutant qu'il découlerait aussi que la règle du silence vaut décision implicite. Étrange fondement du principe de l'examen effectif des recours celui qui reconnaît que l'administration peut ne pas répondre au requérant : soit la règle de la décision implicite est considérée comme une sanction pour l'inaction de l'administration, et pour l'éviter, c'est-à-dire pour décider expressément elle devra le faire en connaissance de cause, c'est-à-dire en examinant le recours ; soit garder le silence est aussi une décision réfléchie de l'administration, ne devant être adoptée qu'après l'examen du recours. Quoi qu'il en soit, il existe des contraintes de l'administration à l'égard des recours administratifs dont le respect demande un examen du recours :

Premièrement, les autorités administratives ne sauraient pas se déclarer illégalement incompétentes pour décider le recours administratif⁵⁸³. La déclaration d'incompétence n'est donc pas libre. Le respect de cette interdiction suppose l'examen sommaire du recours afin de déterminer si l'autorité administrative est ou non compétente pour décider. Or, sur le fond de la question, l'autorité pourra, néanmoins, garder le silence et permettre la configuration d'une décision implicite, sans avoir eu à étudier les arguments du requérant.

Deuxièmement, lorsque l'administration décide expressément le recours, elle ne pourra pas faire recours des décisions sous format, globales, en série ou pour un motif général⁵⁸⁴. Cette interdiction s'applique aux compétences discrétionnaires dont l'administration doit prendre en considération les éléments de l'affaire, ne renonçant pas ainsi à sa liberté de choix⁵⁸⁵, ce qui équivaldrait à la dénaturation du pouvoir discrétionnaire⁵⁸⁶. Lorsque l'administration fixe des critères ou des règles générales pour la décision dans une matière discrétionnaire, ces éléments ne sont pas obligatoires, en exigeant de l'autorité administrative, en tout cas, l'examen des circonstances de l'affaire⁵⁸⁷. En conséquence, l'exercice légal du pouvoir discrétionnaire en matière des recours entraîne l'examen du recours.

Troisièmement, lorsque l'administration est obligée au retrait ou à l'abrogation de l'acte administratif illégal, la compétence n'est pas discrétionnaire. Saisie d'un recours administratif contestant la régularité d'un acte administratif, l'administration devra prononcer sa disparition lorsque celui-ci est, en effet, illégal ; sa compétence est liée. Le respect de cette obligation de faire disparaître les actes illégaux, exige, nécessairement, l'examen sérieux du recours administratif. Or, l'administration est tenue de prononcer la disparition de l'acte illégal même pour des raisons

⁵⁸² *Idem.*

⁵⁸³ C.E.f. 30 juin 1950, *Quéralt, Rec.*, p. 413, *Dr. soc.*, 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; S. 1951, III, p. 85 note AUBY ; D. 1951, juris., p. 593.

⁵⁸⁴ C.E.f. 8 fév. 1907, *Lévy et autres, Rec.*, p. 143 ; C.E.f. 22 mars 1907, *Syndicat des Employés de commerce de Perpignan, Rec.*, p. 302 ; C.E.f. 16 nov. 1928, *D.* 1929, III, p. 33 note WALINE ; C.E.f. 16 nov. 1962, *Dolbeau, R.D.P.* 1963, p. 355. Le principe est fixé par : C.E.f. Ass. 24 juillet 1942, *Piron, Rec.*, p. 233 ; S. 1943, III, p. 1, concl. SEGALAT et note MESTRE.

⁵⁸⁵ L'autolimitation de la compétence discrétionnaire a été sanctionnée : C.E.f. 24 juin 1942, *Piron, S.* 1943, III, p. 1, concl. SEGALAT, note MESTRE.

⁵⁸⁶ « (...) lorsqu'une autorité administrative dispose en vertu d'une loi d'une faculté de libre appréciation, elle a l'obligation de ne pas dénaturer un pouvoir que la loi veut discrétionnaire », Jean-Claude VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, L.G.D.J., 1959, p. 142.

⁵⁸⁷ Il s'agit des principes à titre indicatif qui « ne suppriment pas, toutes les fois qu'il est nécessaire l'appréciation des circonstances propres à chaque cas individuel », Bernard TRICOT, concl. sur C.E.f. 29 janv. 1954, *Notre dame du Kreisker, R.P.D.A.* 1954, p. 50.

différentes de celles du recours⁵⁸⁸, ce qui signifierait que quand un recours administratif conteste la régularité d'un acte administratif, l'administration devra procéder d'office à l'examen intégral de la légalité de l'acte, pouvant même, théoriquement, ne pas examiner le recours. L'examen du recours serait ainsi un instrument aidant l'administration dans sa recherche de l'illégalité.

En conséquence, au-delà de la simple question de compétence, l'examen effectif du recours a un fondement très flou : lorsque le recours n'est pas contentieux, moyennant des arguments d'opportunité et d'équité, et portant sur une compétence discrétionnaire de l'administration, l'obligation d'examen découle du devoir d'examiner les circonstances particulières de l'affaire. En revanche, lorsque le recours est contentieux, c'est-à-dire quand il conteste la régularité de l'acte, le devoir d'examiner le recours découlerait de l'obligation de faire disparaître les actes illégaux.

b. Un principe sanctionné indirectement

L'examen effectif du recours administratif contentieux serait sanctionné par l'annulation juridictionnelle de la décision administrative, expresse ou implicite, n'ayant pas prononcé la disparition de l'acte illégal, alors même que le motif d'illégalité était clairement relevé par le recours administratif. Or, le motif de l'annulation ne serait pas la méconnaissance du principe de l'examen effectif du recours, mais l'illégalité de l'acte contesté par le recours. Mise à part cette sanction sur l'acte, le non-respect du principe de l'examen effectif des recours n'a pas de conséquences à l'égard de l'autorité administrative qui néglige le recours de l'administré.

Il existe des propositions visant à sanctionner directement le non examen effectif du recours. Ainsi, le syndicat de la magistrature administrative propose de sanctionner, avec une amende, l'administration n'ayant pas sérieusement examiné le recours⁵⁸⁹. L'amende pour recours abusif aurait une sorte de rééquilibrage par une amende pour résistance abusive de l'administration qui, ayant pu éviter le procès juridictionnel, n'a pas examiné le recours⁵⁹⁰. D'ailleurs, grâce à l'effectivité donnée par l'amende pour non examen effectif du recours, le syndicat considère qu'il serait possible de généraliser le caractère obligatoire des recours administratifs préalables.

Or, le Conseil d'État considère que l'imposition de l'amende pour non examen du recours exigerait la mise en place d'investigations, pouvant « être mal ressenties par les administrations »⁵⁹¹. Dès lors, celui-ci considère que le juge pourrait sanctionner le non examen du recours par la condamnation aux frais irrépétibles dont la taxation lui est confiée par une décision en équité⁵⁹². Cette condamnation n'est possible que quand l'administration est perdante, alors que l'administration aurait pu donner raison au requérant préalablement grâce à l'examen du recours

⁵⁸⁸ C.E.f. 2 déc. 1960, *Dame Franc*, D. 1962, p. 7, note AUBY ; C.E.f. 20 juin 1989, *Noon, Rec.*, p. 25.

⁵⁸⁹ Livre blanc *Pour un juge et une juridiction plus efficaces*, Syndicat de la juridiction administrative SJA, 1985, cité par Laurent RICHER, « Des droits du juge à ceux des justiciables », *A.J.D.A.* 1986, p. 278.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 281.

⁵⁹¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, op. cit. p. 36.

⁵⁹² Cette possibilité est reconnue par l'art 75-1 de la loi du 10 juillet 1991 et aujourd'hui elle est prévue à l'art. L. 761-1 du C.J.A.

administratif⁵⁹³. Reconnaisant que la décision sur le recours administratif peut éviter l'instance juridictionnelle non seulement lorsqu'elle donne raison au requérant, mais aussi lorsqu'en examinant le recours et en le décidant de façon motivée l'administré comprend le peu des chances de succès de sa contestation et, que par conséquent, il désiste de poursuivre la contestation, le Conseil d'État propose aussi de reconnaître la possibilité au juge de condamner l'administration gagnante dans un procès qui aurait pu être évité⁵⁹⁴. La condamnation aux frais irrépétibles pourrait être accompagnée d'une amende pour non examen effectif du recours, notamment lorsque les frais irrépétibles ne sont pas très importants comme en matière du recours pour excès de pouvoir où il n'y a pas d'enquête ou d'expertise à réaliser⁵⁹⁵.

Au-delà de ces propositions, le Conseil d'État considère que l'examen effectif du recours dépend de la volonté de l'autorité administrative et, par conséquent, celui-ci recommande « *de prendre aussi fréquemment que possible des décisions expresses et motivées* »⁵⁹⁶. De même, le Conseil d'État incite les autorités administratives à prévoir, elles-mêmes, un instrument pour sanctionner le non examen effectif du recours⁵⁹⁷. Les causes du non examen du recours pourraient donner une piste quant à la sanction à envisager :

- les autorités administratives peuvent ne pas examiner le recours parce qu'elles ne sont pas obligées expressément à le faire. Même sans des sanctions concrètes, la formulation d'un principe dans une norme juridique exerce une pression majeure sur l'autorité administrative soucieuse du respect de la loi. La recommandation aux autorités administratives n'est pas à exclure.

- les autorités administratives n'examinent pas les recours parce qu'elles ne sont pas directement sanctionnées lorsqu'elles ne le font pas⁵⁹⁸. De ce point de vue, la méconnaissance de l'obligation d'examen des recours pourrait être sanctionnée d'un point de vue disciplinaire, lorsque la cause est la négligence du fonctionnaire. La condamnation aux frais irrépétibles aurait néanmoins l'utilité d'être versée au requérant qui, volontairement ou obligatoirement, a eu à saisir l'administration d'un recours qui n'a pas été pris en compte. L'attardement inutile de l'accès au juge serait ainsi compensé.

- les recours ne sont pas examinés parce que l'autorité administrative ne dispose pas des moyens pour y procéder. Davantage qu'une sanction, il faudrait envisager le développement de structures pour la résolution des recours administratifs. La prévision des procédures pour l'instruction du recours, notamment la consultation ou le droit de l'administré à apporter et à

⁵⁹³ LA CONDAMNATION AUX FRAIS ET DEPENDS DU PROCES EST AUSSI PROPOSEE DANS LE DROIT ESPAGNOL : FERNANDO GARRIDO-FALLA, « LA OBLIGACION DE RESOLVER : ACTOS PRESUNTOS Y SILENCIO ADMINISTRATIVO », *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, N° 82, 1994, p. 189-199. CETTE CONDAMNATION AURAIT LIEU LORSQUE L'ADMINISTRATION A GARDE LE SILENCE OU QUE CELLE-CI A EXPRESSEMENT REJETE LE RECOURS SANS L'AVOIR EXAMINE ALORS QUE CELUI-CI ETAIT EVIDEMMENT FONDE.

⁵⁹⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, op. cit. p. 37.

⁵⁹⁵ Cela est proposé par Jean-François BRISSON, « Régler autrement les litiges administratifs : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés », *loc. cit.*, p. 830.

⁵⁹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, op. cit. p. 31.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁹⁸ Les amendes ou la condamnation aux frais irrépétibles prévus à l'art. L. 761-1 du C.J.A. ne sont pas supportés par le budget de l'autorité administrative.

demander des preuves et d'être entendu, donne des moyens à l'autorité administrative pour examiner correctement le recours, tout en imposant des obligations précises pour l'autorité administrative. Lorsque des procédures ne sont pas réalisées ou qu'elles se sont mal déroulées, cela constituerait un vice de procédure. Les vices procéduraux dans l'examen d'un recours contre un acte légal seraient considérés, néanmoins, comme des irrégularités non substantielles. Or, le défaut de procédure serait la preuve du non examen du recours pour l'imposition d'une amende ou pour la condamnation aux frais irrépétibles.

Lorsque l'étude du Conseil d'État a formulé le principe de l'examen effectif des recours, celui-ci a été reçu avec espoir⁵⁹⁹. Sans portée juridique directe, ce principe a néanmoins la vertu d'exister.

2. Un principe inexistant en droit colombien

En droit colombien, les recours administratifs n'ont pas dû supporter les conséquences du rejet de la théorie de l'administrateur-juge. Ceux-ci peuvent donner lieu à un débat à partir des preuves et ils sont préalables obligatoires, sans, pour autant, être considérés comme la première instance juridictionnelle des litiges. L'administration sait qu'il ne s'agit pas de demandes gracieuses sans effet qui seraient confiées à son bon vouloir. Pourtant, les recours ne sont pas toujours examinés de façon sérieuse et il n'existe pas un principe d'examen effectif des recours administratifs.

D'un point de vue formel, les autorités administratives sont portées à décider immédiatement les recours administratifs, sauf dans le cas où le recueil des nouvelles preuves a été demandé⁶⁰⁰. Or, pour décider les recours, il est possible de déduire que le recours a été examiné : tout d'abord, même dans le cas où le requérant n'aurait pas demandé le recueil des nouvelles preuves, l'autorité administrative a la possibilité d'ordonner d'office l'établissement de nouvelles preuves lorsqu'il les considère nécessaires pour la décision informée du recours⁶⁰¹. Ensuite, pour la décision des recours administratifs l'autorité administrative doit respecter l'ensemble des principes de la procédure administrative générale, notamment le principe de célérité d'après lequel l'administration est dans l'« obligation de considérer tous les arguments et les preuves des intéressés »⁶⁰². Enfin, la décision des recours administratifs doit être motivée par des raisons de fait et du droit⁶⁰³ et elle doit répondre aux demandes présentes dans le recours⁶⁰⁴. L'autorité administrative doit prendre en considération les arguments du requérant afin de donner une motivation complète de sa décision.

⁵⁹⁹ « Il est possible maintenant d'espérer à plus ou moins long terme que les recours administratifs seront réellement un mode « alternatif » de règlement des conflits » Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs préalables », *loc. cit.*, p. 15.

⁶⁰⁰ « Les recours en reconsidération et en appel devront être décidés sans une instruction additionnelle (...) », art. 56 du C.C.A. et al. 2 de l'art. 79 du C.P.C.A.

⁶⁰¹ Art. 56 du C.C.A. et al. 2 de l'art. 79 du C.P.C.A.

⁶⁰² Art. 3, al 3 du C.C.A. Cette précision consacrée dans le développement du principe de célérité dans le Code du contentieux administratif a été supprimée dans la nouvelle rédaction de ce principe à l'art. 3, n° 13 du C.P.A.C.A.

⁶⁰³ L'art. 59 du C.C.A. dispose que la décision sur le recours doit être motivée prenant en considération les « circonstances de fait et de droit et, le cas échéant, d'opportunité ». L'art. 80 du nouveau C.P.A.C.A dispose que le recours doit être décidé par une « décision motivée ».

⁶⁰⁴ « La décision devra résoudre toutes les questions ayant été proposées et celles apparaissant à l'occasion du recours », art. 59, al. 2 du C.C.A. ; Art. 80 du C.P.A.C.A.

Or, l'absence d'un examen effectif du recours n'est pas directement sanctionné en droit colombien : le rejet injustifié de l'établissement des preuves demandées par le requérant ne constitue une violation de la procédure régulière du droit que dans le cas où le requérant démontrerait, pendant l'instance juridictionnelle, que la preuve demandée était tellement utile qu'elle aurait pu entraîner la modification ou la réformation de la décision contestée par le recours administratif⁶⁰⁵. Cela veut dire que, de même qu'en droit français, le non examen effectif du recours n'est indirectement sanctionné que quand l'acte contesté était illégal et que le défaut d'examen n'a pas mis l'autorité administrative en mesure de faire disparaître l'illégalité. L'autorité administrative n'est pas l'objet de sanctions lorsque le défaut dans l'examen du recours aurait pu éviter l'instance juridictionnelle. Quant au fonctionnaire chargé de la décision sur le recours, il ne saurait pas être sanctionné disciplinairement lorsqu'il a décidé expressément le recours⁶⁰⁶, alors même qu'il n'a pas réalisé un examen sérieux des arguments du requérant.

L'examen effectif des recours administratif est une condition essentielle de sa fonction contentieuse. Mettant en jeu la régularité d'un acte administratif, une contestation se matérialise dans le recours administratif. La contestation ne se matérialise pas devant l'autorité administrative dans le cas où celle-ci ne prend pas en considération les arguments du requérant ou ne les vérifie pas. La prévision des sanctions pour non examen d'une façon effective du recours s'affronte, néanmoins, à la difficulté à prouver que le recours n'a pas été examiné ou que l'administration a procédé de façon superficielle. Cela n'est possible que par des preuves indirectes : lorsqu'une procédure d'instruction est prévue et que celle-ci n'est pas réalisée ou lorsque la motivation de la décision est requise et que celle-ci n'a pas pris en compte le fond du recours administratif ; lorsque l'illégalité ou l'anti juridicité de l'acte est clairement démontrée alors que le recours qui le mettait en évidence a été rejeté⁶⁰⁷. La décision implicite pour le droit français, ou le silence administratif, pour le droit colombien, fait présumer au requérant que son recours n'a pas été examiné.

L'un des instruments pour favoriser l'examen effectif du recours consiste dans l'obligation de décision expresse et motivée des recours. La réponse à la contestation est la dernière condition de la fonction contentieuse des recours administratifs.

Sous-section 2. La réponse à la contestation

⁶⁰⁵ C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 17 mars 2000, affaire n° 5583 ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 26 juillet 2001, affaire n° 6549 ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 14 fév. 2002, affaire n° 6917 ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 3 mai 2002, affaire n° 7036 ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 5 juillet 2002, affaire n° 7150 ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 30 janv. 2004, affaire n° 7785 ; C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 20 août 2004, affaire n° 8344. Toutes les sentences : C.R. Gabriel MENDOZA.

⁶⁰⁶ La configuration du silence administratif, en matière des recours administratifs, en droit colombien, constitue une faute disciplinaire du fonctionnaire n'ayant pas adopté une décision expresse : « *La configuration du silence administratif négatif n'exclut pas la responsabilité de l'autorité administrative et ne fait pas obstacle à la décision expresse, tant que la juridiction n'est pas encore saisie* », art. 60, al. 3 du C.C.A. Le nouveau code confirme la règle, tout en précisant que « *La non résolution opportune des recours constitue une faute disciplinaire gravissime* », art. 86, al. 4 du C.P.A.C.A.

⁶⁰⁷ Cette preuve est impossible lorsque le recours administratif est préalable obligatoire et donne lieu à la disparition de l'acte initial.

L'autorité administrative n'exerce pas la fonction contentieuse lorsqu'elle ne décide pas la contestation présente dans le recours administratif. Garder le silence est un privilège propre d'une administration exerçant des fonctions non contentieuses. Or, l'efficacité de la fonction contentieuse des recours administratifs ne tient pas exclusivement à la prévision de normes imposant des obligations précises aux autorités administratives. Une grande partie de l'efficacité contentieuse des recours administratifs dépend de l'attitude de l'autorité administrative à l'égard du litige qu'elle a l'opportunité de trancher. La décision des recours (§1) doit être commandée par un état d'esprit contentieux (§2).

§ 1. La décision des recours

Les administrations française et colombienne ne disposent pas des moyens pour empêcher l'accès de l'administré au juge ; l'administration ne doit pas accepter l'instance juridictionnelle⁶⁰⁸. Même en gardant le silence, l'administration aurait donné une réponse au recours administratif et celle-ci peut être l'objet du contrôle juridictionnel. L'obligation de décider (A) a une portée très variable en droit français et en droit colombien. Néanmoins, dans les deux systèmes, la renonciation à l'exercice de la fonction contentieuse est encore possible (B), en raison du silence administratif.

A. L'obligation de décider

Les juridictions sont dans l'obligation de trancher les litiges qui sont soumis à sa connaissance⁶⁰⁹. En principe, les décisions du juge sont expresses⁶¹⁰. L'administration exerce la fonction contentieuse sans être un juge. Lorsque l'administration est dans l'obligation de décider, cela ne signifie pas qu'elle devienne juge⁶¹¹. C'est seulement dans la mesure où l'administration est contrainte à répondre au recours de l'administré, que celui-ci peut être considéré comme une garantie⁶¹², et non comme un simple appel à la bonne volonté administrative. La décision implicite ne saurait pas être considérée comme une véritable décision de la contestation juridique présente dans le recours. Si la décision implicite était une véritable décision, il n'existerait pas une obligation de décider les recours dans la mesure où l'administration n'aurait pas façon de ne pas s'en acquitter.

⁶⁰⁸ « (...) le système de l'acceptation de l'instance in limine litis était dangereux pour les administrés ; l'inertie du défendeur pouvait aboutir à un déni de justice au détriment du demandeur », Joseph LABAYLE, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, thèse, Arthur Rousseau éd., Paris, 1907, p. 129.

⁶⁰⁹ « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice », art. 4 du Code civil français. Une rédaction identique est adoptée en droit colombien, à l'art. 58 de la loi n° 153 du 15 août 1887, en vigueur.

⁶¹⁰ D'une façon étonnante, le Code de la justice administrative française prévoyait des cas de décision implicite du juge du référé fiscal, lorsque sa décision sur le refus des garanties du contribuable en matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires, n'intervenait pas dans le délai fixé par le Code (art. L. 551-1, al. 4-5 du C.J.A.). Cela pourrait s'expliquer par le besoin de rapidité des ordonnances de référé et par son caractère non définitif. Cependant, cette formule de l'ordonnance implicite, propre des décisions administratives, pouvait être comprise comme une confirmation que juger l'administration c'est encore administrer, ce qui serait regrettable. La règle de l'ordonnance implicite a été supprimée par l'art. 51 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011.

⁶¹¹ « (...) à la différence des juges, l'autorité administrative n'est pas tenue de statuer expressément sur les recours », Jean-Marie AUBY, « Les recours administratifs », *loc. cit.*, p. 119. Cette affirmation ne saurait être interprétée, *a contrario*, pour affirmer que lorsqu'elle est obligée de décider, elle devient juge.

⁶¹² « Le recours administratif ne saurait constituer une garantie pour les administrés sans obligation pour les autorités saisies de statuer », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 632.

L'obligation de décider le recours ne se vérifie, dès lors, qu'à l'égard des décisions explicites ou expresses. Ainsi, il est question de s'intéresser au devoir de prendre des décisions expresses en droit français (1) et en droit colombien (2).

1. Le devoir de prendre des décisions expresses en droit français

L'obligation de statuer sur les recours administratifs a été formulée d'une façon tant solennelle que trompeuse : en étant compétente, l'autorité administrative doit décider⁶¹³. De même, l'autorité administrative ne saurait pas surseoir à statuer pour considérer que tout ou une partie de la question qui lui est posée doit être tranchée par la juridiction⁶¹⁴. L'administration est ainsi contrainte à ne pas se déclarer incompétente à tort ; mais, la décision peut être implicite et l'administration ne méconnaît pas l'étendue de sa compétence en gardant le silence. Dans ces conditions, la décision expresse des recours est juste « *souhaitable* »⁶¹⁵.

De prime abord, la fixation d'un délai pour l'adoption de la décision sur le recours signifierait que la réponse expresse au recours est obligatoire. Ainsi, la réclamation fiscale doit être décidée dans un délai maximal de six mois⁶¹⁶, de même que le recours porté devant la commission départementale d'aménagement foncier⁶¹⁷. De même, la commission de contrôle des opérations électorales universitaires doit-elle statuer dans un délai de quinze jours⁶¹⁸. Néanmoins, l'existence d'un délai déterminé ne fait pas obstacle à la constitution d'une décision implicite en cas de silence. Pour ce faire, il est nécessaire de différencier trois hypothèses : premièrement, en plus de la fixation d'un délai pour décider, le texte précise qu'au bout de celui-ci, une décision implicite est constituée. Dans ce cas, la règle générale des deux mois ne s'applique pas. Deuxièmement, lorsque le texte est muet sur la décision implicite, il est appliqué le délai général de deux mois, prévu à l'article 21 de la loi du 12 avril 2000⁶¹⁹. Troisièmement, lorsque le délai pour décider est inférieur à deux mois, sans préciser expressément qu'au bout de ce délai une décision implicite serait constituée, il faut attendre le délai général de deux mois pour la décision implicite⁶²⁰.

⁶¹³ « Dès lors qu'elle est compétente, l'autorité administrative a l'obligation de statuer sur le recours dont elle est saisie, sinon elle méconnaît « l'étendue de sa compétence », C.E.f. 30 juin 1950, *Quéralt, Rec.*, p. 413, *Dr. soc.*, 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; S. 1951, III, p. 85 note AUBY ; D. 1951, juris., p. 593.

⁶¹⁴ C.E.f. 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, S. 1915, 3, p. 9, note HAURIOU ; C.E.f. Sect. 13 juillet 1956, *Office d'H.L.M. de la Seine, Rec.*, p. 338, concl. CHARDEAU ; A.J. 1956, II, p. 312, concl. CHARDEAU et p. 398 chron. FOURNIER et BRAIBANT ; R.D.P. 1957, p. 296, note WALINE.

⁶¹⁵ « Or, lorsqu'elle est saisie d'un tel recours, l'autorité supérieure est tenue d'examiner et de prendre une décision. Cette obligation tient à l'institution même du recours. Cela ne signifie pas, d'ailleurs, qu'elle sera tenue de prendre une décision explicite ; il serait souhaitable qu'elle le fit ; il ne peut être question de lui imposer (...) », Jean DELVOLVE, conclusions sur C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Droit social*, 1951, p. 248.

⁶¹⁶ « En pratique, 98,7 % des réclamations contentieuses sont traitées dans un délai inférieur à trois mois », Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 19.

⁶¹⁷ Art. R. 121-12 du Code rural ; C.E.f. 23 déc 1960, *Lavefue-Orbinot, Rec.*, p. 730 ; A.J.D.A. 1961, p. 108.

⁶¹⁸ Art. 38, al. 5 du décret n°85-59 du 18 janvier 1985.

⁶¹⁹ C.E.f. Sect., 7 juin 1957, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Lautié, Rec.*, p. 385 ; C.E.f. Sect. 19 fév. 1982, *Mme Commaret, Rec.*, p. 78, concl. DONDOUX ; D. 1983, p. 24, note LAVESSIERE ; A.J.D.A. 1982, p. 119, Obs. DELVOLVE.

⁶²⁰ C.E.f. Sect. 25 fév. 1983, *Union des commerçants, artisans et industriels de Parthenay, Rec* p. 80, A.J.D.A. 1983, p. 330 ; C.E.f. 23 avril 1980, *Min. Environnement et cadre de vie c/ Durand, Rec.*, p. 191 ; C.E.f. 26 juillet 1982, *Sté. « Les Rentiers de l'Avenir », Rec.*, t., p. 504 ; D. 1983, p. 269, obs. DELVOLVE.

En outre, il existerait obligation d'adopter une décision expresse lorsque la décision sur le recours est obligatoirement motivée. La décision des recours administratifs facultatifs n'est pas nécessairement motivée, sauf si la décision objet du recours était elle-même motivée⁶²¹. Quant aux recours administratifs préalables obligatoires, la motivation est, aujourd'hui, l'une des règles faisant exception à l'énorme diversité : la décision sur le recours doit être motivée dès que celui-ci est préalable obligatoire du recours juridictionnel⁶²². Il n'est plus question de chercher une norme ou une jurisprudence exigeant la motivation⁶²³. La règle exigeant la motivation est énoncée après la recommandation du Conseil d'État⁶²⁴, visant « *outre un renforcement des garanties pour les usagers, une limitation du nombre de recours juridictionnels postérieurs à l'exercice de ces recours* »⁶²⁵. Ainsi, l'obligation de motiver exigerait, en soi, l'adoption d'une décision expresse ; la décision implicite du recours serait dès lors illégale. Cependant, la loi a disposé le contraire, tout en reconnaissant que la décision implicite pouvait être motivée et qu'il fallait juste demander la communication des motifs de la décision⁶²⁶. Or, la demande de communication des motifs d'une décision implicite peut être l'opportunité pour que l'administration la fasse disparaître, en adoptant une décision explicite. Mais encore, cela n'est pas obligatoire.

Il reste, néanmoins, que l'autorité administrative doit faire droit aux demandes de disparition d'un acte administratif illégal. Cette obligation pourrait être la source du devoir d'adoption des décisions expresses en droit français. Or, cela n'entraîne pas, *stricto sensu*, une obligation de décider expressément le recours administratif. Il ne s'agirait pas d'une obligation de décider, c'est-à-dire d'adopter une solution à une question posée, mais d'adopter une décision dont le sens est préalablement imposé par la loi. Il serait possible, néanmoins, d'admettre qu'il s'agit d'une vraie décision dans la mesure où tant l'autorité administrative que le juge sont obligés à prononcer la disparition des illégalités et, en décidant la disparition de l'acte, l'administration décide le recours administratif, comme le juge décide le recours

⁶²¹ C.E.f. 16 février 1983, *Mme Vigne, Rec.*, p. 569 ; C.E.f. 23 juillet 1993, *Ministre des Affaires sociales et de l'Emploi c/ Institution privée mixte de Monistrol-sur-Loire*, n° 99391, Rec. t.

⁶²² L'art. 14 de loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* a modifié l'art. 1^{er} de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, *relative à la motivation des actes administratifs*, en disposant que la motivation était aussi obligatoire dans le cas des décisions « — *rejetten un recours administratif dont la présentation est obligatoire préalablement à tout recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire* ».

⁶²³ La motivation était expressément exigée, notamment, en matière du remembrement rural : C.E.f. 27 janvier 1950, *Billard, Rec.*, p. 57, S. 1950, p. 41 ; devant l'ordre professionnel en matière d'optique lunetterie : C.E.f. 29 mai 1963, *Ministre de la Santé publique et de la Population c/ Maurel, Rec.*, p. 334 ; en matière d'extension d'établissement hospitalier : C.E.f. 1^{er} fév. 1980 *Min. de la Santé c/ Clinique Ambroise Paré, Rec.*, p. 62. Celle-ci est expressément exigée, notamment en matière fiscale : art. R. 198-10, al. 3 du L.P.F.

⁶²⁴ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 69.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 71.

⁶²⁶ « *Une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation. Toutefois, à la demande de l'intéressé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande. Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués* », art. 5 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979.

juridictionnel⁶²⁷. Cependant, l'autorité administrative peut accomplir son devoir de faire disparaître les actes administratifs illégaux, de façon implicite ; certes, non en gardant le silence, mais en adoptant un acte contraire à l'acte contesté qui sera ainsi abrogé. Dans ce cas, il serait difficile d'admettre que l'administration a décidé expressément le recours, alors même qu'elle a accompli son devoir de purger les illégalités.

Dans ces conditions, l'administration française n'est obligée de décider expressément les recours administratifs ni lorsque sa décision est attendue dans un certain délai où elle doit être motivée ni quand l'autorité administrative est dans l'obligation de prononcer la disparition de l'acte contesté. Corrélativement, les administrés ne disposent pas des mécanismes pour contraindre l'administration à décider expressément le recours : certes, il est possible de demander au juge d'enjoindre l'administration ; mais, cela n'est possible que comme conséquence de l'annulation d'un acte⁶²⁸. L'administré devra attendre la configuration de la décision implicite afin de pouvoir demander l'injonction⁶²⁹. Il ne s'agit pas, *stricto sensu*, d'une injonction visant à décider le recours ; le juge annule la décision prise sur le fond, celle qui avait fait l'objet du recours, et ordonne l'adoption d'une nouvelle décision, après une nouvelle instruction. Le juge n'ordonne pas de trancher la contestation présente dans le recours.

2. Le devoir de prendre des décisions expresses en droit colombien

Affirmer que les recours administratifs en droit français sont des pétitions, signifie qu'il n'existe aucune obligation à son égard. Les recours administratifs en droit colombien sont des pétitions et, pourtant ou, plus précisément, et par conséquent, ils sont obligatoirement décidés de façon expresse. Cela met en évidence une portée toute différente du droit de pétition en droits français et colombien. En Colombie, il existe une obligation générale et sanctionnée (a) de répondre expressément aux recours administratifs dont l'effectivité est renforcée par le droit constitutionnel à obtenir une décision expresse (b).

a. Une obligation générale et sanctionnée

Pour le Conseil d'État colombien « *il n'y aurait pas de véritable recours administratif, si*

⁶²⁷ « Il reste qu'appuyée sur l'idée que l'administration doit, comme le juge lui-même, annuler l'acte illégal, cette construction jurisprudentielle traduit l'ébauche d'une concrétisation juridique de la fonction contentieuse des recours administratifs », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 338.

⁶²⁸ « Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé », art. L. 911-2 du C.J.A.

⁶²⁹ Dans le cas des recours ordinaires où il n'y a pas de substitution, le recours sera dirigé contre la décision initiale et la décision implicite. Dans le cas des recours préalables obligatoires, il est difficile à accepter qu'une décision implicite de rejet se substitue à une décision expresse. Par conséquent, il faudrait accepter que le recours, en dépit de son caractère préalable obligatoire, se dirige contre la décision initiale, qui n'a pas disparu, et contre la décision implicite. Cf. Yves ROBINEAU, conclusions sur C.E.f. Sect. 3 mai 1982, *M. Louchart*, req. n° 16.799. *A.J.D.A.* 1982, p. 540.

l'autorité administrative n'était pas obligée d'adopter une décision sur le fond »⁶³⁰. Ainsi, à l'égard des recours administratifs, les autorités administratives sont dans l'obligation d'adopter une décision définitive⁶³¹, motivée⁶³² et répondant aux questions posées par le recours administratif⁶³³. L'absence de motivation est considérée comme contraire à la Constitution : quant au principe de publicité⁶³⁴ et au droit à la procédure régulière du droit en matière administrative⁶³⁵. La décision sur le recours non motivée est, par conséquent, l'objet d'annulation juridictionnelle⁶³⁶

Il est vrai que passé le délai de deux mois sans avoir obtenu une décision de l'administration, l'administré pourra considérer que son recours a été rejeté et aller devant le juge⁶³⁷. Cependant, le silence administratif n'est pas, en droit colombien, une décision sur le fond du recours administratif. Il s'agit d'une anomalie, d'une violation au devoir de décider, mettant en cause la responsabilité disciplinaire du fonctionnaire⁶³⁸. N'étant pas une forme de décision sur le recours, le dépassement du délai de deux mois n'exonère pas le fonctionnaire de son devoir de décider, qu'il pourra néanmoins exécuter avant que le juge ne soit saisi⁶³⁹. L'administré, quant à lui, pourra demander l'indemnisation des préjudices causés par le silence

⁶³⁰ C.E.c. Section 3, Sentence du 19 juin 1970, affaire n° 1019, C.R. Carlos PORTOCARRERO.

⁶³¹ « *Au terme du délai pour le recueil des preuves (...) il devra être adoptée une décision définitive* », art. 59, al. 1 du C.C.A. et art. 80, al. 1 du C.P.C.A.

⁶³² « *La décision devra être motivée en fait et en droit et, le cas échéant, en opportunité* », art. 59, al. 2 du C.C.A. Le nouvel art.80, al. 1 du C.P.C.A. dispose seulement que la décision devra être motivée.

⁶³³ L'art. 59 du C.C.A. dispose que « *La décision devra résoudre toutes les questions ayant été proposées et celles apparaissant à l'occasion du recours* ». Avec une rédaction semblable, l'art. 80 du C.P.A.C.A abandonne l'expression questions afin d'adopter celles de pétitions et préciser que celles-ci doivent être présentées à temps.

⁶³⁴ « (...) *la motivation, expression du principe de publicité, est constitutionnellement prévue à l'art. 209. La Constitution de 1991 a qualifié l'État comme un État social de droit. L'une des conséquences c'est la soumission au droit et, dès lors, l'importance de la motivation de l'acte administratif : grâce à celle-ci le juge peut réaliser son contrôle sur l'acte, en vérifiant si l'acte respecte l'ordonnancement juridique et si celui-ci correspond aux finalités qui y sont signalées (...) La motivation cherche à convaincre les parties, en éliminant l'arbitraire ; les parties sauront pourquoi l'acte a été adopté et elles pourront ainsi exercer des recours (...) de même, la motivation permet le contrôle de l'administration par l'opinion publique, en application du principe constitutionnel de publicité. En d'autres termes, la communauté a le droit d'être informé (...) ce qui est à la base d'un État démocratique* », C.c.c. Sentence SU-250 de 1998, 26 mai 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁶³⁵ « (...) *la motivation des actes administratifs est une manifestation de la procédure régulière du droit dans la mesure où une procédure secrète ou réservée fait obstacle à la contradiction* », C.c.c. Sentence T-219-10, 23 mars 2010, M.R. Mauricio GONZALEZ.

⁶³⁶ « (...) *l'absence de motivation entraîne l'annulation de l'acte administratif pour être adopté de façon irrégulière, sans la satisfaction de conditions essentielles pour sa validité* », C.E.c. Section 4, Sentence du 3 oct. 1997, C.R. Delio GOMEZ.

⁶³⁷ « *SILENCE ADMINISTRATIF. Au bout d'un délai de deux mois, à partir de l'introduction des recours en reconsidération ou en appel sans en avoir notifié une décision expresse, on devra comprendre que la décision est de rejet. Ce délai sera interrompu pendant la période de recueil des preuves* », art. 60 du C.C.A. et al. 1 et 2 de l'art. 86 du C.P.A.C.A.

⁶³⁸ Le Code pénal colombien de 1941 sanctionnait la non résolution des recours comme un délit d'abus de pouvoir : « *Le fonctionnaire ou employé public omettant, refusant ou retardant l'exécution d'un acte auquel il est légalement obligé, sera puni par une amende oscillant entre dix et trois cents pesos* », art. 172 du Code pénal de 1941. Pour la doctrine administrative, le silence administratif était un délit : Eustorquio SARRIA, *Derecho procesal administrativo*, op. cit., p. 47. Pour le C.C.A. le dépassement des délais pour décider ou pour répondre est sanctionné disciplinairement : art. 7 du C.C.A. Le nouveau Code précise que « *La non décision opportune des recours constitue une faute disciplinaire gravissime* », dernier alinéa de l'art. 86 du C.P.A.C.A. La commission rédactrice de ce code se demandait : « *Doit-on établir une sanction pécuniaire pour le fonctionnaire responsable ?* », « *Elementos para un nuevo código contencioso administrativo – Documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007* », loc. cit., p. 4. Cette idée n'a pas été adoptée.

⁶³⁹ « *La configuration du silence administratif négatif n'exclut pas la responsabilité de l'autorité administrative et ne fait pas obstacle au devoir de décider avant que le juge ne soit saisi* », art. 60 du C.C.A.

de l'administration ou pour le retard dans la décision⁶⁴⁰. Lorsque le droit colombien dispose que les recours administratifs doivent être décidés immédiatement, sauf dans le cas où le requérant a demandé le recueil de nouvelles preuves ou que l'autorité administrative, d'office, considère comme nécessaire l'établissement des preuves additionnelles⁶⁴¹, il faut comprendre que le fonctionnaire public n'est pas légalement autorisé à attendre les deux mois afin que le requérant puisse comprendre que son recours a été rejeté.

b. Le droit constitutionnel d'obtenir une décision expresse

En droit colombien, considérer que les recours administratifs sont des pétitions emporte l'obligation de donner une réponse expresse. Le droit de pétition était reconnu dans la Constitution de 1886 où il était disposé que « *toutes les personnes ont le droit d'adresser des pétitions respectueuses⁶⁴² aux autorités, pour des raisons d'intérêt général ou d'intérêt particulier, et d'en avoir une réponse rapide* »⁶⁴³. Or, ce droit à obtenir une réponse rapide n'était accompagné d'aucun instrument garantissant son effectivité et, dès lors, le droit de pétition a été comparé avec le droit d'adresser des supplications à Dieu⁶⁴⁴ : un droit si simple et sacré, que dépourvu de moyens pour garantir son efficacité. Après la chute de la dictature du général Gustavo ROJAS, en Colombie, le droit de pétition a été règlementé, visant à donner aux citoyens des mécanismes de participation et de contrôle ; le décret-loi n° 2733 du 27 octobre 1959⁶⁴⁵ confie au ministère public la fonction de surveiller l'effectivité du droit de pétition⁶⁴⁶. Chaque autorité fixe les délais maximaux pour adopter la décision⁶⁴⁷ et le dépassement de ce délai sans répondre à la pétition constitue une faute disciplinaire⁶⁴⁸ ; mais, le fonctionnaire peut y échapper en démontrant la surcharge de travail. Malgré cela, l'administré n'avait pas les moyens de contraindre l'administration à répondre et il devait se satisfaire de voir sanctionné le fonctionnaire négligent⁶⁴⁹.

L'élaboration d'un Code du contentieux administratif, dans les années 80, a été

⁶⁴⁰ C.E.c. 7 mars 1973, affaire n° 1516, C.R. Gabriel ROJAS.

⁶⁴¹ « *Les recours en reconsidération et en appel devront être décidés sans une instruction additionnelle, sauf dans le cas où, à l'introduction du recours, le requérant a demandé de nouvelles preuves ou que celles-ci sont recueillies d'office, lorsque l'autorité chargée de décider le recours les considère nécessaires* », art. 56 du C.C.A. et al. 2 de l'art. 79 du C.P.A.C.A.

⁶⁴² En France, l'art. 364 de la Constitution directoriale de l'an III limite le droit de pétition aux pétitions individuelles, tout en précisant que « *les pétitionnaires ne doivent jamais oublier le respect dû aux autorités constituées* ».

⁶⁴³ Art. 45 de la Const.c. de 1886.

⁶⁴⁴ José-María SAMPER, *Derecho público interno de Colombia*, t. II, Biblioteca popular de cultura colombiana, Ministerio de educación nacional, Bogota, 1951, p. 97.

⁶⁴⁵ De nombreuses normes ont été adoptées pour faire transition à la démocratie. Ce décret a été adopté conformément à l'habilitation donnée par l'art. 26 de la loi n° 19 du 25 nov. 1958.

⁶⁴⁶ Art. 2 du décret-loi n° 2733 du 27 octobre 1959, règlementant le droit de pétition et sur les procédures gouvernementales.

⁶⁴⁷ Art. 4 du décret-loi n° 2733 du 27 octobre 1959.

⁶⁴⁸ Art. 9 du décret-loi n° 2733 du 27 octobre 1959.

⁶⁴⁹ Concernant l'art. 45 de la Const.c. de 1886 : « *En dépit de son éloquence, cette norme est devenue complètement inefficace. Dans la pratique, les autorités ont pris l'habitude d'ignorer les pétitions sans que rien ne se passe (...)* l'administré attendant vainement une réponse ne pouvait obtenir que la sanction disciplinaire du fonctionnaire réticent. *Sotte satisfaction!* », Juan ESGUERRA, *La protección constitucional del ciudadano*, Ed. Legis, Bogota, 2004, p.172.

l'opportunité de chercher l'efficacité réelle du droit de pétition. Le projet initial prévoyait un délai de deux mois pour donner une réponse, au bout desquels l'administré pouvait considérer que sa pétition avait été rejetée, pouvant s'adresser au juge dans un délai d'un an pour demander directement à la juridiction ce dont l'administration n'avait pas voulu décider⁶⁵⁰. Ce projet n'a pas été adopté et le Code du contentieux administratif adopté en 1984 a disposé le devoir de décider des pétitions⁶⁵¹. Le Code a aussi créé une action « *en réparation directe et en accomplissement* »⁶⁵², permettant à l'administré de demander l'indemnisation des préjudices provoqués par l'administration, ainsi que l'exécution d'un devoir dont l'administration refuse de s'acquitter⁶⁵³. Cependant, cette possibilité d'enjoindre l'administration à répondre à une pétition a été considérée comme contraire à la séparation des pouvoirs et, par conséquent, elle a disparu en 1989⁶⁵⁴.

La Constitution de 1991 confirme le droit de pétition⁶⁵⁵. En reconnaissant son caractère de droit fondamental, la Constitution a donné aux administrés un instrument redoutable pour contraindre l'administration à décider les pétitions : l'action en tutela, autorisant le juge, par un procès rapide et simple, à enjoindre l'administration à décider⁶⁵⁶. Même si d'autres droits fondamentaux sont en jeu, la saisine du juge ne l'autorise pas à adopter une décision sur le fond de la pétition⁶⁵⁷. Il est vrai que la jurisprudence du Conseil d'État avait considéré que l'administration répondait aux pétitions lorsqu'elle gardait le silence pendant deux mois⁶⁵⁸. Mais, la Cour constitutionnelle a donné une réelle efficacité au droit de pétition : non seulement le silence administratif n'est pas une réponse à la pétition⁶⁵⁹, mais, cela constitue,

⁶⁵⁰ L'administré peut saisir la juridiction « (...) pour qu'il ordonne la réalisation de l'acte, du fait ou de l'opération administrative demandée, s'il était prouvé qu'il avait droit à cela », art. 7 du projet élaboré par Hugo PALACIOS en 1980 et déposé sous le numéro n° 36 dans la chambre des représentants et sous le numéro 117 au Sénat de la République.

⁶⁵¹ « Les autorités administratives ont le devoir essentiel de faire effectif le droit prévu à l'art. 45 de la Const, en décidant de façon rapide et opportune les pétitions (...) », art. 31 du C.C.A.

⁶⁵² Art. 86 du décret-loi n° 01 de 1984, portant le code du contentieux administratif.

⁶⁵³ « La personne ayant intérêt à agir pourra demander directement le rétablissement du droit, la réparation des préjudices, l'accomplissement d'un devoir dont l'administration refuse de s'acquitter ou le remboursement de ce qui a été payé à tort. La cause de la prétention doit être un fait ou un acte administratif dont la preuve soit très difficile », rédaction originale de l'art. 86 du C.C.A.

⁶⁵⁴ Art. 16 du décret-loi n° 2304 du 7 octobre 1989. Concernant les raisons de cette suppression cf. Humberto MORA, « La jurisdicción de lo contencioso administrativo y la administración de justicia », *Revista del Colegio mayor de nuestra señora del Rosario*, août-sept. 1991, n° 554, p. 46. L'action en accomplissement a été définitivement rétablie par l'art. 87 de la Const.c.

⁶⁵⁵ « Toutes les personnes ont le droit d'adresser des pétitions respectueuses aux autorités, pour des motifs d'intérêt général ou particulier et d'obtenir une réponse rapide. Le législateur pourra réglementer le droit de pétition devant des organisations privées afin de garantir des droits fondamentaux », art. 23 de la Const.c.

⁶⁵⁶ « Par l'action en tutela, toute personne pourra demander aux juges, en tout moment et en tout endroit, la protection de ses droits constitutionnels fondamentaux, lorsque ceux-ci sont méconnus ou menacés par l'action ou l'omission d'une autorité publique. Le procès de tutela sera bref et instruit avant tout autre procès en cours. Afin de protéger les droits fondamentaux, le juge pourra prononcer une injonction de faire ou de ne pas faire. (...) La demande de tutela devra être décidée avant l'expiration du délai de dix jours. (...) », art. 86 Const.c. Quand l'action colombienne de tutela vise à enjoindre l'administration à décider, celle-ci équivaut à l'action autrichienne *Saumnisbeschwerde* ou recours pour le silence, prévu à l'art. 132 de la loi constitutionnelle fédérale du 1^{er} octobre 1920 : « Un recours en carence des autorités administratives, y compris des chambres administratives indépendantes, peut être introduit par celui qui était partie dans la procédure administrative en question et en droit d'exiger une décision. Un tel recours n'est pas recevable dans les affaires relevant du droit administratif pénal, hormis toutefois les procédures intentées par des particuliers et les affaires relevant du droit fiscal pénal ».

⁶⁵⁷ C.c.c. Sentence T-1483-00, 26 oct. 2000, M.R. Alfredo BELTRAN; C.c.c. Sentence T-879-09, 30 nov. 2009, M.R. Gabriel MENDOZA.

⁶⁵⁸ Sergio GONZÁLEZ, « Constitucionalización del procedimiento administrativo en Colombia », *loc. cit.*, p. 939.

⁶⁵⁹ « La possibilité des autorités de ne pas répondre aux réclamations ou aux demandes en raison de la configuration du silence administratif, ne doit pas être entendue comme une voie facile pour méconnaître le noyau

de surcroît, la preuve incontestable que le droit de pétition a été méconnu⁶⁶⁰. Sans hésitations, la Cour constitutionnelle a considéré que le droit à obtenir une réponse sur le fond, expresse et rapide, concerne aussi les recours administratifs⁶⁶¹ ; « *Le droit de pétition ne garantit pas seulement la participation des citoyens dans la gestion administrative ; aussi, celui-ci autorise à contester les décisions de l'administration* »⁶⁶². Le silence administratif à l'égard du recours constitue une violation au droit de pétition, à la procédure régulière du droit en matière administrative⁶⁶³ et aux principes constitutionnels de l'activité administrative⁶⁶⁴. Le droit de pétition est méconnu, même si le silence permet d'avoir accès au juge : le droit à obtenir une réponse expresse de l'administration, ne peut être satisfait par une décision juridictionnelle⁶⁶⁵. La décision des recours administratifs doit concerner les prétentions et les arguments du requérant⁶⁶⁶ et, dès lors, les réponses génériques, implicites ou les réponses d'attente d'une décision, ne satisfont pas au droit de pétition⁶⁶⁷. L'obligation constitutionnelle d'adopter une décision expresse ne concerne pas seulement le recours en appel, préalable obligatoire de la saisine juridictionnelle, mais aussi le recours facultatif en reconsidération⁶⁶⁸. Ainsi, le juge de l'action en tutela enjoint l'autorité administrative à décider expressément le recours administratif⁶⁶⁹.

Cette évolution a été reconnue par le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif disposant clairement que les recours administratifs sont une

dur du droit fondamental de pétition (...) », C.c.c. Sentence T-426-92, 24 juin 1992, M.R. Eduardo CIFUENTES ; C.c.c. Sentence T-552-00, 15 mai 2000, M.R. Fabio MORON.

⁶⁶⁰ « *Le silence administratif ne garantit pas le droit de pétition, car il a un objet différent. Au contraire, le silence constitue la preuve claire et incontestable que le droit de pétition a été méconnu* », C.c.c. Sentence T-294-97, 17 juin 1997, M.R. José HERNANDEZ.

⁶⁶¹ « *Le droit constitutionnel à une réponse opportune et concrète ne se borne pas à la demande originale; celui-ci concerne aussi la voie gouvernementale, constituant une expression de ce droit. La voie gouvernementale n'est donc pas une grâce que l'administration donne à l'administré, mais un droit* », C.c.c. Sentence T-294-97, 17 juin 1997, M.R. José HERNANDEZ.

⁶⁶² C.c.c. Sentence T-316-06, 24 avril 2006, M.R. Clara VARGAS.

⁶⁶³ « *(...) le droit de pétition, ainsi que le droit à la procédure régulière du droit et le droit d'accès à la juridiction sont méconnus lorsque l'administration ne décide pas en temps un recours contre un acte administratif (...) le silence administratif négatif ne fait pas obstacle à une décision expresse. Si l'on acceptait que le silence administratif soit une réponse, le noyau dur du droit de pétition serait dénaturé* », C.c.c. Sentence T-294-97, 17 juin 1997, M.R. José HERNANDEZ.

⁶⁶⁴ « *Le dépassement des délais pour résoudre les recours administratifs méconnaît le droit à la procédure régulière du droit et le droit de pétition : l'administré a droit à obtenir une décision dans le délai. Cela met en cause les principes d'efficacité et de célérité, prévus à l'art. 209 de la Const., relatifs à la fonction publique* », C.c.c. Sentence T-240-99, 16 avril 1999, M.R. Eduardo CIFUENTES.

⁶⁶⁵ « *(...) il est nécessaire de préciser que l'action portée devant la juridiction du contentieux administratif n'est pas le moyen pour la résolution du recours en reconsidération* », C.c.c. Sentence T-836-00, 5 juillet 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁶⁶⁶ Le droit de pétition concerne l'« *obligation de l'administration de répondre ou de décider la pétition de façon opportune, efficace, de fond et par rapport à ce qui a été demandé* », C.c.c. Sentence T-929/03, 10 oct. 2003, M.R. Clara VARGAS.

⁶⁶⁷ « *Dire que la demande va être décidée ultérieurement, de façon définitive et efficace, ne satisfait pas le droit de pétition. Il s'agit d'une réponse formelle, évasive, destinée à contourner le devoir de répondre et, par conséquent, contrariant le principe d'efficacité de l'action administrative (...)* En raison des principes de raison suffisante et de proportionnalité, il faudrait que l'autorité signale tant les motifs du retard, que la date précise où la pétition sera décidée(...) » , C.c.c. Sentence T-306-03, 10 avril 2003, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁶⁶⁸ C.c.c. Sentence T-344-99, 13 mai 1999, M.R. Eduardo CIFUENTES.

⁶⁶⁹ Le juge constitutionnel a enjoint l'administration de décider la contestation concernant le bien-fondé de la liquidation administrative des pensions : C.c.c. Sentence T-1419-00, 18 oct. 2000, M.R. Fabio MORON. De même, de décider le recours contre la négative de reconnaissance du droit à la retraite : C.c.c. Sentence T-1422-00, 18 oct. 2000, M.R. Fabio MORON.

pétition⁶⁷⁰, même si les normes touchant au droit de pétition ont été déclarées comme anticonstitutionnelles pour des raisons liées à la procédure d'élaboration du Code⁶⁷¹.

L'obligation de décider les recours administratifs en droit colombien est formellement prévue dans la législation. De plus, il existe un droit constitutionnel des administrés à obtenir une réponse expresse, garantie par une injonction juridictionnelle. En revanche, en droit français, ni l'administration n'est obligée de décider expressément les recours administratifs ni les administrés n'ont droit à exiger une réponse expresse au recours administratif. En dépit de l'obligation de décider expressément les recours, en droit colombien, il est des cas où le recours n'est pas expressément décidé, en signifiant que l'administration renonce à exercer la fonction contentieuse.

B. La renonciation à l'exercice de la fonction contentieuse

Lorsque l'administration décide un recours fondé exclusivement sur des raisons d'équité ou d'opportunité, elle n'est pas portée à exercer la fonction administrative contentieuse. En revanche, la décision d'un recours contestant la régularité d'un acte administratif place l'administration dans la situation de trancher un litige. Néanmoins, le contentieux présent dans le recours n'est pas tranché par le silence de l'administration, même lorsque la loi présume qu'au bout d'un certain temps le recours est rejeté. La fonction de la décision implicite, pour le cas français et de la figure du silence administratif, pour le droit colombien, n'est pas celle de trancher le contentieux et démontre que l'administration a renoncé à exercer la fonction contentieuse, en poussant le contentieux vers le juge. Le silence en matière des recours administratifs (1) est un phénomène contestable (2).

1. Le silence en matière des recours administratifs

Le silence de l'administration n'est pas un phénomène neutre. Il est difficile pour l'administré d'identifier les raisons ayant conduit l'administration à garder le silence : le silence peut être volontaire ou forcé pour des circonstances comme l'encombrement, la mauvaise distribution des tâches ou des problèmes d'organisation du travail au sein de l'autorité administrative, par exemple, en raison de l'absence d'un système d'alarmes mettant en garde sur l'imminence de la fin du délai pour décider le recours. Quoi qu'il en soit, à l'extérieur, l'administré ne trouvera que du silence et il est déconseillé qu'il en cherche à comprendre les raisons⁶⁷². L'administré devra se contenter de connaître les effets juridiques du

⁶⁷⁰ « Toutes les personnes ont le droit d'adresser des pétitions respectueuses aux autorités, dans les conditions prévues par ce Code, pour des motifs d'intérêt général ou particulier et d'obtenir une décision rapide. Toutes les demandes adressées par une personne devant les autorités impliquent l'exercice du droit de pétition prévu à l'article 23 de la Constitution politique, sans avoir besoin d'indiquer expressément qu'il s'agit d'une pétition. Grâce au droit de pétition est notamment possible (...) d'exercer des recours », art. 13 du C.P.A.C.A.

⁶⁷¹ C.c.c. Sentence C-818-11, 1^{er} nov. 2011, M.R. Jorge PRETEL.

⁶⁷² « (...) une telle attitude laisse l'administré totalement désarmé, ignorant si ce silence doit être attribué à une erreur dans la direction de son recours, à un simple retard des services administratifs compétents –avec le risque,

silence administratif (a), établis par la loi. Or, il sera de l'intérêt de la doctrine, de s'interroger sur les fonctions de la décision implicite et de la décision fictive (b), prévue par le droit colombien.

a. Les effets juridiques du silence administratif

Le silence n'est, en soi, qu'un fait neutre ou ambigu⁶⁷³ : il n'exprime aucune volonté⁶⁷⁴ et, dans l'absence d'un autre élément l'accompagnant, le silence ne signifie ni rejet ni acceptation⁶⁷⁵. Aussi simple qu'il puisse paraître, garder le silence signifie ne rien dire. Or, la loi française dispose que le silence gardé pendant plus de deux mois « vaut décision de rejet »⁶⁷⁶ alors que pour la loi colombienne, « on devra comprendre que la décision est négative »⁶⁷⁷. De prime abord, il n'existerait pas de différences quant aux effets du silence en droit français et en droit colombien. Néanmoins, la décision implicite du droit français n'a pas la même nature juridique que le silence administratif du droit colombien, alors même que la Colombie s'est inspirée du droit français⁶⁷⁸. Cette différence est possible grâce à la réponse à trois questions : tout d'abord, quant à la manifestation de la volonté par la voie du silence. Ensuite, quant à la différence entre la présomption et la fiction. Enfin, quant au rapport entre la décision expresse et la décision implicite/silence administratif.

Il est question de savoir si l'administration manifeste sa volonté par la voie du silence et si cette manifestation a la vertu de configurer une véritable décision administrative. Il est de principe que le silence n'exprime aucune volonté et, par conséquent, ce n'est pas la volonté de l'administration qui rejette le recours de l'administré, permettant ainsi l'accès au juge, lorsque l'administration garde le silence à l'égard du recours. Pour une partie de la doctrine colombienne, sans volonté de l'administration, il n'y a pas d'acte administratif ; l'idée d'un acte administratif implicite ou tacite serait erronée⁶⁷⁹. La loi ne saurait pas interpréter la

s'il persiste dans cette interprétation, d'une expiration du délai pour agir devant le juge, ou à un rejet pur et simple de sa demande », Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 246.

⁶⁷³ « (...) la règle du Digeste LI, T. XVII, attribue au silence une qualité neutre, c'est-à-dire que celui-ci n'implique ni concession ni négation. Il s'agit d'un fait ambigu en soi (qui tacet neque negat neque utique facetur) », Jesús PEREZ et Jaime GUASP, *Derecho procesal administrativo*, vol. 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 462.

⁶⁷⁴ « La volonté interne non exprimée ne constitue pas une volonté au sens juridique du terme », Jean CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Sirey, Paris, 1931, p. 50.

⁶⁷⁵ « Pour nous, le principe est, qu'en droit français, le silence n'a aucune valeur juridique, car il n'est la manifestation d'aucune volonté, pas plus positive que négative », *ibidem*, p. 63.

⁶⁷⁶ Art. 21 de la loi du 12 avril 2000.

⁶⁷⁷ Art. 60 du C.C.A. et al. 1 et 2 de l'art. 86 du C.P.A.C.A., relatifs au silence administratif en matière des recours.

⁶⁷⁸ La règle du silence administratif est introduite en Colombie par l'art. 80 de la loi n° 167 du 24 décembre 1941. D'après le professeur TASCÓN, l'un des rédacteurs de cette loi, il s'agit d'une norme inspirée par la loi française du 17 juillet 1900 : Tulio TASCÓN, *Derecho contencioso administrativo colombiano*, op. cit., p. 171. La figure est très répandue dans le monde entier : Giorgio LOMBARDI, « El silencio de la administración pública – perfiles comparativos y aspectos problemáticos - », *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, n° 1, avril 1984, p. 75.

⁶⁷⁹ « Le silence de l'administration ne constitue pas un acte administratif. Si tel était le cas, il faudrait se demander où se trouve la manifestation de volonté, quel organe compétent l'a adopté, quel est le contenu de cet acte, quelle est sa forme ou sa procédure. On ne pourrait pas parler d'un acte adopté en fonction de l'intérêt général ou du service public (...) il n'est pas correct de parler d'actes administratifs implicites dans la mesure où il n'y a pas de

volonté de l'administration dans la mesure où, dans le silence, il n'y a aucune volonté à interpréter⁶⁸⁰.

Or, il serait possible d'affirmer que le silence exprime une volonté, au-delà de celle de ne rien dire, lorsque l'autorité devant parler connaît préalablement les conséquences prévues pour son silence. Il s'agit d'un silence circonstancié⁶⁸¹ ou averti. En gardant le silence, l'autorité administrative exprimerait sa volonté de permettre la production des effets prévus dans la loi, car elle connaissait les conséquences de son silence. Néanmoins, il serait exagéré, pour le moins, de prétendre que le silence de l'administration est, dans tous les cas, une omission volontaire et réfléchie prétendant l'application subsidiaire des effets prévus dans la loi. En droit colombien, cela équivaldrait, d'ailleurs, à une présomption de faute contraire à la Constitution⁶⁸². En conséquence, il faudrait admettre que dans le silence gardé à l'égard du recours il n'y a pas de volonté précise de l'administration. La considération que le recours a été rejeté ne découle pas de la volonté de l'administration, mais de la loi ayant prévu des effets précis au fait que le recours n'a pas été décidé par l'administration dans un certain délai⁶⁸³.

Il est maintenant question de déterminer si le rejet du recours en raison du silence constitue une présomption ou une fiction. La présomption est une « *conséquence que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* »⁶⁸⁴. Celle-ci se construit à partir d'un raisonnement cherchant à être vraisemblable. En revanche, la fiction est une proposition juridique s'éloignant consciemment de la réalité pour en tirer des conséquences. La différence entre la présomption et la fiction est donc la vérité cherchée par la présomption et la vérité faussée par la fiction⁶⁸⁵. Pour déterminer la nature juridique du rejet du recours en raison du silence, il est nécessaire d'étudier séparément le rejet du recours et la décision sur le recours.

manifestation de la volonté », Gustavo PENAGOS, « El silencio administrativo », *Revista Vniversitas*, n° 81, 1991, p. 128.

⁶⁸⁰ « (...) il n'est pas possible de parler d'une interprétation de la volonté de l'administration, alors qu'en réalité, ce qui manque est la volonté de l'administration. Par conséquent, il n'est pas correct de parler d'une "décision implicite" ou d'un "acte implicite". Il s'agit d'un fait juridique », Jesús GONZALEZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, 2^e éd., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1996, p. 461.

⁶⁸¹ Dans ce cas, « ce n'est pas le silence qui implique l'intention et qui l'extériorise, ce sont les faits qui accompagnent le silence », Jean CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, op. cit. p. 67

⁶⁸² Il faut rappeler que l'absence de décision expresse des recours administrative constitue une faute disciplinaire gravissime (art. 86, al. 4 du C.P.A.C.A.) qui devra, néanmoins, respecter la présomption d'innocence (art. 29 Const.c.).

⁶⁸³ « Mais alors, si la loi ou la jurisprudence lui accorde parfois une valeur juridique c'est que ce n'est pas dans ce cas la volonté qui est créatrice d'obligation et le contrat doit se trouver formé, semble-t-il, par autre chose que par concours de volonté », Jean CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, op. cit., p. 63. « (...) il n'en est pas moins certain que parfois la volonté de la personne qui a gardé le silence est contraire à la solution légale. Mais alors, dira-t-on, ce ne sont pas les faits manifestant une volonté qui ont créé un état juridique, mais le silence lui-même (...) La loi ordonne, le sujet obéit, peu importe sa volonté (...) », *ibidem*, p. 68. Dans ce sens, « Le silence administratif négatif ou positif a une valeur juridique qui ne découle pas de l'administration, mais de la loi qui sanctionne l'inaction ou le retard de l'administration », Gustavo PENAGOS, « El silencio administrativo », *loc. cit.*, p. 128.

⁶⁸⁴ Art. 1349 du Code civil français.

⁶⁸⁵ « (...) la vérité permet de séparer la fiction juridique et la présomption simple : la présomption porte sur un fait douteux qui est probablement vrai et dont la fausseté peut être établie par l'admission de la preuve contraire ; la fiction porte sur un fait dont la fausseté est certaine et ne peut être contrariée », Delphine COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Bibliothèque de Droit public, t. 210, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 44.

Ainsi, quand l'administration ne décide pas expressément le recours (fait connu), il est possible de présumer qu'elle prétend rejeter le recours (fait inconnu ; mais, vraisemblable) : « *l'administration a tendance à se réfugier dans le silence quand elle entend ne pas donner satisfaction à une demande* »⁶⁸⁶. Ainsi, le rejet du recours serait une présomption et l'acceptation du recours serait une fiction⁶⁸⁷. Quant à la décision, il est nécessaire de rappeler que la jurisprudence française a considéré que les autorités administratives sont dans l'obligation de décider les recours administratifs ; mais, cette décision peut être implicite⁶⁸⁸. Ainsi, en France, le rejet du recours en raison du silence correspond à une décision présumée ou implicite : du fait connu que l'administration garde le silence pendant deux mois, il est présumé qu'elle adopte une décision et il est aussi présumé que cette décision est de rejet⁶⁸⁹. En revanche, l'administration colombienne est obligée de décider expressément les recours ; en gardant le silence elle n'adopte aucune décision et, par conséquent, la décision sur le recours par le silence constitue, en droit colombien, une fiction : là où il n'y a pas de décision, la loi suppose que⁶⁹⁰ : « *ce qui est faux est tenu pour vrai en vue d'arriver à un certain résultat* »⁶⁹¹. Les termes utilisés par les normes confirment cette différence entre le droit français et le droit colombien : en droit français le silence « *vaut décision de rejet* »⁶⁹² : décision implicite de rejet ou décision présumée de rejet ; alors que pour la loi colombienne, « *on devra comprendre que la décision est négative* »⁶⁹³ : décision fictive⁶⁹⁴, présumée de rejet.

Enfin, il est question d'établir le rapport entre la décision expresse du recours, la décision implicite et la décision fictive. En droit français, la décision expresse et la décision implicite ont les mêmes effets quant aux délais : décidant le recours administratif, elles font démarrer le délai du recours juridictionnel, à la condition que, dans le cas de la décision

⁶⁸⁶ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 317.

⁶⁸⁷ En gardant le silence, l'administration n'entend pas donner raison au requérant. La décision implicite d'acceptation est, par conséquent, une fiction.

⁶⁸⁸ C.E.f. 30 juin 1950, *Quéralt*, *Rec.*, p. 413, *Dr. soc.* 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; S. 1951, III, p. 85 note AUBY ; D. 1951, juris., p. 593.

⁶⁸⁹ Il s'agit d'un principe général du droit français : C.c.f. Décision 55 L, 26 juin 1969, §5, G.D.C.C. 15^e éd, arrêt n° 12, p. 168.

⁶⁹⁰ La fiction est un « *mensonge de la loi* (...) consistant à 'faire comme si', à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit (...) mécanisme souvent annoncé par les expressions 'est réputé...' 'censé' », Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., op. cit., vox. « Fiction », p. 454. « (...) cette approche est trompeuse, car elle fausse la compréhension de la notion qu'elle conduit à envisager seulement sous l'angle d'une méconnaissance volontaire de la réalité », Guillaume WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, t. 253, Paris, 1997, p. 9. Néanmoins, sa propre définition n'est pas davantage claire : « *la fiction juridique peut donc se définir comme l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application* », *ibidem*, p. 12.

⁶⁹¹ Paul FORIERS, « Présomptions et fictions », in *Les présomptions et fictions en Droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 7.

⁶⁹² Art. 21 de la loi du 12 avril 2000.

⁶⁹³ Art. 60 du C.C.A. et al. 1 et 2 de l'art. 86 du C.P.A.C.A., relatifs au silence administratif en matière des recours.

⁶⁹⁴ En droit colombien, le terme décision fictive ou acte administratif fictif est accepté par la doctrine, la jurisprudence et par les normes. En doctrine : « (...) il ne s'agit pas d'un "acte présumé", mais d'un "acte fictif" puisque le Code ordonne supposer qu'est réel, ce qui est inexistant ; c'est-à-dire que la loi suppose qu'il existe un acte administratif, là où il n'y a rien (...) », Enrique ARBOLEDA, « *Vía gubernativa* », *Comentarios al nuevo Código contencioso administrativo*, éd. Cámara de comercio, Bogota, 1984, p. 75. Dans la jurisprudence, il est affirmé que « *Le silence administratif est un acte fictif dont la finalité est de légitimer la personne pour avoir accès au juge. Ce que démontre cette fiction c'est qu'il n'y a pas de réponse de l'administration et que le droit de pétition a été méconnu* », C.c.c. Sentencia T-788/01, 26 juillet 2001, M.R. Jaime CORDOBA. Dans le nouveau C.P.A.C.A. il est disposé que « *quand un acte administratif, exprès ou fictif, a créé ou modifié une situation juridique particulière et concrète ou a reconnu un droit de cette catégorie, celui-ci ne pourra pas être révoqué sans le consentement préalable, exprès et écrit du titulaire* », art. 97 du C.P.A.C.A.

implicite, l'accusé de réception du recours ait rempli les conditions prévues aux articles 18 et 19 de la loi du 12 avril 2000⁶⁹⁵. La décision explicite fait courir le délai du recours juridictionnel, même lorsqu'il n'y avait pas été accusé réception du recours, à la double condition que la décision explicite soit adoptée avant la configuration de la décision implicite et qu'elle soit correctement notifiée⁶⁹⁶. En d'autres termes, la décision administrative, explicite ou implicite, fait courir le délai du recours juridictionnel sous la condition d'une notification régulière, étant entendu que l'accusé de réception du recours est une espèce de notification à l'avance de la décision implicite. La décision implicite est considérée comme une véritable décision de l'administration, qui devra en fournir la motivation lorsqu'elle est demandée⁶⁹⁷. Néanmoins, la décision implicite n'est pas identique, à tous égards, à la décision explicite : la décision implicite de rejet ne régularise pas la décision initiale⁶⁹⁸, ce qui confirme que celle-ci est une présomption⁶⁹⁹, de même qu'elle ne se substitue pas dans le cas des recours administratifs préalables obligatoires. Quant au droit colombien, en revanche, la décision fictive ou le silence administratif négatif n'est pas une véritable décision. Premièrement, le silence administratif ne fait pas courir le délai de l'action juridictionnelle⁷⁰⁰. Deuxièmement, en étant une méconnaissance au devoir de décider, la décision fictive n'est pas présumée juridique et elle n'est pas exécutoire⁷⁰¹. Troisièmement, la décision fictive prouve la négligence de l'administration dans la protection des droits de l'homme, notamment du droit au recours⁷⁰². Quatrièmement, la décision fictive ne satisfait pas au droit constitutionnel de pétition et, au contraire, constitue la preuve incontestable que celui-ci a été méconnu⁷⁰³.

b. Les fonctions de la décision implicite et de la décision fictive

La détermination des fonctions de la présomption de décision et de la décision fictive exige de prendre en considération les effets de ce système pour l'administration et pour l'administré, ainsi que la différence entre la décision implicite de rejet/silence administratif négatif et la décision implicite d'acceptation/silence administratif positif.

⁶⁹⁵ En revanche, lorsque l'administration n'en accuse pas réception ou que celui-ci est irrégulier, la décision implicite peut être déférée au juge sans délai : art. 19, al. 2 de la loi du 12 avril 2000.

⁶⁹⁶ « Le défaut de délivrance d'un accusé de réception n'emporte pas l'inopposabilité des délais de recours à l'encontre de l'auteur de la demande lorsqu'une décision expresse lui a été régulièrement notifiée avant l'expiration du délai au terme duquel est susceptible de naître une décision implicite », art. 19, al. 3 de la loi du 12 avril 2000.

⁶⁹⁷ Article 5 de la loi du 11 juillet 1979.

⁶⁹⁸ Yves ROBINEAU, conclusions sur C.E.f. Sect. 3 mai 1982, *M. Louchart*, req. n° 16.799. A.J.D.A. 1982, p. 540 ; Cf. C.E.f. Sect. 10 avril 1959, *Synd national des speakers de la radiodiffusion française*, Rec., p. 231

⁶⁹⁹ La décision implicite est considérée comme « une pure fiction juridique », Claude LASRY, conclusions sur C.E.f. 12 oct. 1956, Baillet, D. 1956, p. 664.

⁷⁰⁰ Art. 164 du C.P.A.C.A. et n° 3 de l'art. 136 du C.C.A. « Face au silence administratif négatif, l'administré dispose de deux options : aller directement devant la juridiction ou attendre une réponse expresse de l'administration, étant entendu que cette attente ne lui signifiera pas le forclos de l'action juridictionnelle », C.c.c. Sentence T-479-09, 17 juillet 2009, M.R. María CALLE.

⁷⁰¹ « Aussi, le silence administratif n'a pas les caractères propres de l'acte administratif, notamment la présomption de légalité, le caractère exécutoire et exécutif, obligatoire et exigible », Gustavo PENAGOS, « El silencio administrativo », *loc. cit.*, p. 131.

⁷⁰² Pour condamner l'État panaméen pour violation du droit au recours, la C.I.D.H. a considéré que la décision fictive n'était pas une véritable décision : C.I.D.H. Sentence du 2 fév. 2001, *Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá*, § 133.

⁷⁰³ « Si on acceptait que le silence administratif soit une réponse, le noyau dur du droit de pétition serait dénaturé », C.c.c. Sentence T-294-97, 17 juin 1997, M.R. José HERNANDEZ.

Il est incontestable qu'il est des cas où l'administration se réfugie dans la loi pour ne pas avoir à adopter des décisions expresses. Ainsi, il aurait pu sembler que la règle de la décision implicite, pour le droit français, cherchait à encourager les autorités administratives à garder le silence⁷⁰⁴. Cela se confirmerait, dans la mesure où l'autorité administrative française n'est pas mise en cause lorsqu'elle a gardé le silence à l'égard du recours, à la condition de ne pas se déclarer illégalement incompétente. Ainsi, le Conseil d'État accepte que garder le silence contribue à l'efficacité de l'action administrative, car l'obliger à décider expressément toutes les affaires « *se traduirait certainement par un net accroissement des délais de traitement des recours* »⁷⁰⁵. En revanche, il est difficilement soutenable qu'en droit colombien, la fiction de décision administrative de rejet ait pour finalité, ou pour effet, l'encouragement de la réticence. En gardant le silence, le fonctionnaire chargé de la décision sur le recours commet une faute disciplinaire⁷⁰⁶. Par ailleurs, la configuration de la décision fictive n'exonère pas l'administration de son devoir de répondre expressément⁷⁰⁷. L'administration est tenue de décider expressément, malgré le dépassement du délai et, par conséquent, « *davantage que du silence, il faudrait parler de retardement* »⁷⁰⁸. Quant à l'administration française, il est vrai que la configuration de la décision implicite ne la dessaisie pas⁷⁰⁹ ; mais, la décision expresse après la décision implicite, reste une faculté⁷¹⁰.

Mise à part l'utilité pour l'administration, la fonction principale de la décision présumée et de la décision fictive consiste à permettre à l'administré de porter sa contestation devant le juge⁷¹¹. En effet, lors de l'introduction en Colombie du système de décision fictive, celle-ci a été présentée comme un mécanisme permettant au juge de décider ce que l'administration refuse de décider⁷¹². Cette fonction de permettre l'accès au juge est à un tel point mise en évidence, que l'administration colombienne aurait l'impression que la décision fictive n'existe que quand l'administré se porte devant le juge, c'est-à-dire qu'au bout des deux mois sans décision expresse, il n'y a pas nécessairement de décision fictive⁷¹³.

⁷⁰⁴ « (...) l'administration a tendance à se réfugier dans le silence quand elle entend ne pas donner satisfaction à une demande. Cette tendance parut même encouragée avec la loi de 1900, puisque, désormais, les particuliers semblaient ne plus souffrir de cette attitude. C'était là une déformation due à l'optique purement contentieuse », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 317. « Cette règle (...) est de nature à inciter certains services peu scrupuleux à l'inactivité (...) », Jean-Marie, WOEHLING, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », loc. cit. p. 348.

⁷⁰⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 73.

⁷⁰⁶ Art. 7 du C.C.A. Le nouveau Code précise que « La non-décision opportune des recours constitue une faute disciplinaire gravissime », dernier alinéa de l'art. 86 du C.P.A.C.A.

⁷⁰⁷ « La configuration du silence administratif négatif n'exclut pas la responsabilité de l'autorité administrative et ne fait pas obstacle au devoir de décider avant que le juge ne soit saisi », art. 60 du C.C.A. ; art. 86, al. 3 du C.P.A.C.A.

⁷⁰⁸ Guillermo MUÑOZ, *Silencio de la administración y plazos de caducidad*, éd. Astrea, Buenos Aires, 1982, cité par Gustavo PENAGOS, « El silencio administrativo », loc. cit., p. 131.

⁷⁰⁹ Même dans le cas d'une décision implicite d'acceptation : art. 23 de la loi du 12 avril 2000.

⁷¹⁰ Il faut rappeler que l'obligation de faire disparaître les actes illégaux n'emporte pas l'obligation de décider expressément les recours administratifs.

⁷¹¹ C.E.c. Section 4, Sentence du 27 juin 2004, affaire n° 13272, C.R. Juan PALACIO.

⁷¹² « La loi introduit la figure connue sous le nom d'abstention administrative ou de silence de l'administration qui, de même que les actes ou les faits positifs, génère une action contentieuse, afin que l'autorité juridictionnelle prononce la déclaration du droit remplaçant celle du fonctionnaire qui s'est abstenu », « Exposición de motivos del proyecto de ley orgánica del Consejo de Estado y de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo », 27 nov. 1939, in *Anales de la Cámara de representantes*, Bogota, p. 1773.

⁷¹³ « Concernant la configuration du silence administratif négatif pendant l'année 2009 : compte tenu du fait que celui-ci ne se configure que quand l'intéressé exerce une action juridictionnelle, nous avons consulté la base de

En revanche, la décision implicite d'acceptation et le silence administratif positif ne cherchent pas à permettre l'accès au juge. Lorsque la loi a expressément prévu que le silence gardé pendant un certain temps vaut acceptation, l'administré n'a plus d'intérêt à aller devant le juge. Dans ce cas, la présomption de décision d'acceptation sanctionne le silence gardé par l'administration et confère à l'administré une décision administrative aux effets ordinaires⁷¹⁴. En droit français, le silence gardé à l'égard de certains recours administratifs préalables obligatoires donne lieu à une décision implicite d'acceptation⁷¹⁵ : « *il revient, pour les usagers, à retirer un avantage automatique de l'inertie administrative* »⁷¹⁶. De même, lorsque le requérant dispose d'une autorisation temporaire donnée par la loi qui sera valable jusqu'à l'intervention d'une décision administrative expresse et définitive, le silence s'apparente à une confirmation, alors même qu'il ne configure pas une décision implicite d'acceptation⁷¹⁷. En droit colombien, la décision implicite d'acceptation⁷¹⁸ n'est reconnue qu'à l'égard des premières demandes, et non aux recours administratifs⁷¹⁹. Dès lors, en matière de recours administratifs, la loi colombienne cherche uniquement à permettre l'accès au juge.

2. Un phénomène contestable

Le silence de l'administration n'est un phénomène rare ni en France, où celui-ci est une forme régulière de réponse aux recours administratifs ni en Colombie, où le silence est une faute de l'administration. Bien qu'il n'existe pas de statistiques officielles concernant les décisions implicites et les décisions fictives⁷²⁰, il est possible de déduire qu'il s'agit d'un phénomène d'importance. Tout d'abord, le silence est ainsi avoué expressément par une étude du Conseil d'État français où il est affirmé que les autorités administratives ont tendance à céder à la tentation du silence⁷²¹, ce qui est

données du ministère et nous n'avons trouvé aucune demande pour ce fait, dans la période que vous avez signalé », Ministère colombien des Transports, réponse à pétition adressée le 7 mai 2011, donnée le 9 juin 2011.

⁷¹⁴ En droit colombien, l'administré devra formaliser la décision d'acceptation devant un notaire devant lequel il démontre l'introduction du recours et affirme l'inexistence de décision expresse : art. 42 du C.C.A. et art. 85 du C.P.A.C.A. Dans ce cas, « (...) *le silence configure un véritable acte déclaratif de droits* (...) », Juan SANTAMARÍA, *Principios de Derecho administrativo general*, t. II, 1^{re} éd., iustel, Madrid, 2004, p. 97.

⁷¹⁵ « (...) *reconnaissance des groupements agricoles d'exploitation en commun, réclamation contre les mises en demeure des inspecteurs et des contrôleurs du travail en matière de prévention des risques professionnels et de conditions de travail* », CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 34.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 73.

⁷¹⁷ Cf. Louis CONSTANS, Jean-Pierre HENRY et Claude GALIAY, note sous C.E.f. 28 mai 1986, *Albin*, D. 1987, p. 199.

⁷¹⁸ En droit colombien, à la différence de la décision fictive de rejet ou silence administratif négatif, la décision implicite d'acceptation ou silence administratif positif est un acte administratif intervenant par disposition législative et qui peut être formalisé par la voie d'un acte notarial.

⁷¹⁹ En droit colombien, le silence gardé en matière de recours doit toujours être compris comme un rejet : art. 60 du C.C.A. et art. 86 du C.P.A.C.A.

⁷²⁰ Pour la réalisation de cette étude, tous les ministères colombiens ont été interrogés par la voie d'une pétition, concernant le nombre de recours administratifs qui n'ont pas été décidés explicitement par ce ministère pendant l'année 2010. Le ministère des Communications a répondu qu'il ne dispose pas des systèmes d'information permettant de donner une réponse. Les ministères de l'Agriculture, des Mines et Énergie, des Finances et du Commerce affirment que tous les recours administratifs ont été décidés expressément et dans le délai. Enfin, le ministère des Transports affirme que pendant cette période il n'y a pas eu de demandes juridictionnelles contre des actes fictifs, ce qui ne tient pas compte des administrés qui, face au silence de l'administration, ont désisté d'aller devant le juge.

⁷²¹ « *La tentation du silence, qui fait naître la décision implicite de rejet, l'emporte alors, en raison de sa facilité, sur ce qui devrait être la finalité de la procédure* », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits. Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, op. cit. p. 32.

aggravé lorsque le recours porte sur le plein contentieux et que l'administration a souscrit une assurance de responsabilité l'empêchant de faire droit au requérant⁷²². Ensuite, le silence de l'administration colombienne est mis en avant pour justifier la nécessité d'un nouveau Code de la procédure administrative⁷²³. Enfin, le silence est avoué afin de déconseiller la généralisation de la règle de la décision implicite d'acceptation, pour le droit français⁷²⁴ et l'inversement des effets du silence administratif, pour le droit colombien⁷²⁵ : le silence est tellement fréquent, qu'il serait dangereux qu'autant de décisions favorables aux administrés soient acquises sans un véritable examen de la part de l'administration. En France, le silence est gardé même dans le cas de recours très efficaces en matière de résolution administrative des litiges⁷²⁶ et en Colombie, une grande proportion des décisions expresses sont forcées par une injonction juridictionnelle⁷²⁷.

En 2008, le Conseil d'État français concluait que le silence de l'administration était un mal nécessaire⁷²⁸. Certainement, le silence constitue un déni d'administration (a), alors qu'il existe des alternatives à la décision implicite et à la décision fictive (b).

a. Le déni d'administration

Lorsque l'action du pouvoir est demandée par les citoyens, son inaction est un déni : la juridiction dénie la justice quand elle ne tranche pas les litiges qui lui sont présentés ou quand

⁷²² *Ibidem*, p. 33. Il est courant que les contrats d'assurance de responsabilité stipulent « qu'aucune reconnaissance de responsabilité, aucune transaction, intervenues en dehors de lui, ne lui sont opposables », art. L. 124-2 du Code des assurances.

⁷²³ « (...) dans la pratique, quand l'administré s'adresse à l'administration pour trouver une réponse à ses problèmes, celle-ci répond de façon évasive, parfois elle ne répond pas et parfois elle rejette des prétentions absolument légitimes de l'administré. Ainsi, l'administration impose à l'administré la charge de devoir s'adresser au juge pour la reconnaissance de ses droits. Il s'agit d'un transfert des responsabilités de l'administration au juge qui contribue à l'encombrement de ce-dernier », Exposé des motifs du Projet de loi numéro 198, déposé le 17 novembre 2009, portant le Code de la procédure administrative et du contentieux administratif. L'exposé des motifs transcrit littéralement des propos déjà soutenus par un conseiller d'État : Gustavo APONTE, « La Administración como protectora de derechos fundamentales », in *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, imprenta Nacional de Colombia, p. 69.

⁷²⁴ « (...) une telle option serait source d'insécurité juridique : les autorités administratives appelées à statuer, dont les moyens sont souvent limités, risqueraient très vite d'être débordées. Elles seraient alors contraintes soit de se prononcer hâtivement sur les recours (...) soit de laisser naître des décisions implicites d'acceptation, au risque de multiplier, par la suite, les décisions de retrait », CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 73.

⁷²⁵ « (...) la Commission rédactrice recommande de ne pas modifier le silence administratif négatif en tant que règle générale : l'administration n'est pas capable de faire face aux obligations qui découleraient du silence administratif positif. Cela déborderait la capacité administrative, financière et budgétaire de l'administration », « Elementos para un nuevo código contencioso administrativo – Documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007 », loc. cit., p. 13.

⁷²⁶ En matière du contentieux du recouvrement « La proportion de décisions implicites est faible : 4,63 % des décisions prises par les services de la DGCP en 2007 (contre 9,39 en 2005), 4 % des décisions prises par les services de la DGI en 2006 », CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 20.

⁷²⁷ La commission rédactrice du projet du nouveau Code de la procédure administrative se demandait : « Comment peut-on éviter que les 40 % des actions de tutela ne soient pas motivées, comme elles le sont aujourd'hui, par l'absence de réponse de l'administration? », « Elementos para un nuevo código contencioso administrativo – Documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007 », loc. cit., p. 5.

⁷²⁸ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 72-73.

elle prend un retard disproportionné⁷²⁹ ; le législateur dénie la loi, lorsqu'il ne discute pas un projet de loi d'initiative citoyenne, à la condition que cela soit possible⁷³⁰ ; et les autorités administratives dénie l'administration lorsqu'elles gardent le silence à l'égard des demandes contentieuses ou non contentieuses des citoyens. Ainsi, il a pu être affirmé que la possibilité de déférer au juge une décision implicite institue un recours contre le déni d'administration⁷³¹.

Or, le déni d'administration provoqué par le silence est aussi un déni de justice. Quand l'administré conteste la régularité d'un acte administratif, par la voie d'un recours, il demande une décision de justice, indépendamment que cette décision n'ait pas des effets de chose jugée. L'administration qui tranche les litiges exerce la fonction contentieuse. Elle participe à la justice qui ne peut pas, dès lors, être réservée aux juridictions. Or, le déni de justice provoqué par le silence de l'administration, ou déni d'administration, n'a pas la même portée que le déni de justice de la juridiction : l'administration renonce, par le silence, à exercer sa fonction contentieuse ; mais, l'administré pourra porter sa contestation à la juridiction qui devra, quant à elle, décider le litige, sans pouvoir s'excuser derrière le silence ou l'obscurité de la loi⁷³².

L'absence d'obligation de décider les recours administratifs, en droit français, a pu être expliquée en raison du fait que la juridiction a pour fonction principale la résolution des litiges, alors que la fonction contentieuse de l'administration est une fonction accessoire, médiate ou exercée comme un instrument pour la réalisation des missions administratives⁷³³. Ainsi, l'administration ne déciderait expressément les recours administratifs que lorsque cela contribue aux finalités de l'action administrative. Or, l'obligation de décider, dont sont chargées les autorités administratives colombiennes, signifie que l'une des finalités principales de l'action administrative est la protection des droits des administrés et que cette protection n'est pas soumise à la condition que cela convienne à la marche des services publics ou à l'ordre public. L'obligation de décider place la protection des droits des administrés dans l'intérêt général et, partant, ils ne sauraient pas être sacrifiés pour d'autres raisons considérées comme plus importantes. Le silence est incompatible avec les garanties

⁷²⁹ « (...) le déni de justice est notamment le cas où le juge refuse de répondre aux requêtes ou ne procède à aucune diligence pour instruire ou faire juger les affaires en temps utile », C.A.P. 6 sept. 1996, *Gaz. Pal.*, t. 3, 2^e sem., 1996, p. 495.

⁷³⁰ En France, les citoyens ne peuvent qu'adresser des pétitions au Parlement. En revanche, en droit colombien « l'initiative populaire législative et normative devant les assemblées est un droit politique dont dispose un groupe de citoyens pour présenter des projets : de réforme à la Constitution ou de loi devant le Congrès ; de délibération devant les assemblées départementales ou devant les conseils municipaux ou de district ; de résolution devant les assemblées d'administration locale (...) afin que ces projets soient discutés et, le cas échéant, adoptés, modifiés ou rejetés », art. 2 de la loi n° 143 du 31 mai 1994, statutaire des mécanismes de participation citoyenne. L'initiative populaire législative exige le soutien d'au moins 5 % des électeurs ou 30 % des conseillers municipaux ou des représentants des assemblées départementales : art. 28 de la loi statutaire.

⁷³¹ « L'institution d'un recours contre le silence des autorités administratives est, en définitive, la création d'un pourvoi contre le déni d'administration, tout aussi nécessaire qu'a pu l'être le recours pour déni de justice », Henri BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4^e éd., Arthur Rousseau, Paris, 1906, p. 910.

⁷³² Art. 4 du Code civil français ; art. 58 de la loi colombienne n° 153 du 15 août 1887, en vigueur.

⁷³³ « (...) une fois saisi, le tribunal est obligé de statuer sous peine de déni de justice. L'administration, au contraire, poursuivant un but différent, jouit de la spontanéité de l'initiative afin de pourvoir à la marche des services publics (...) Saisie d'une réclamation, elle peut ne pas y répondre ; si elle le fait c'est uniquement pour la bonne marche des services publics », Joseph BERTHELEMY, et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 144.

processuelles des administrés⁷³⁴ et il devient un « *danger mortel pour la procédure administrative* »⁷³⁵, *la forme de l'abstention et de l'inertie procédurale la plus insidieuse et la plus redoutable* »⁷³⁶.

En gardant le silence, non seulement l'administration dénature le recours administratif contentieux, renonce à exercer la protection des droits des administrés et à trancher le litige, mais aussi, elle contribue à l'encombrement des juridictions⁷³⁷. Le silence de l'administration l'autorise au maintien des situations qui auraient pu être corrigées par un examen sérieux du recours et une décision expresse et motivée qui aurait pu faire désister l'administré d'aller devant le juge. L'inertie de l'administration provoque un cercle vicieux : le silence est cause d'encombrement et, à son tour, l'inefficacité de la juridiction incite l'administration à garder le silence, sachant que la sanction juridictionnelle arrivera très tard⁷³⁸.

b. Des alternatives à la décision implicite et à la décision fictive

La configuration d'une décision implicite de rejet, pour le droit français et, d'une décision fictive, pour le droit colombien, n'est pas une fatalité. La possibilité de sanctionner le silence de l'administration par la généralisation de la décision implicite d'acceptation ou du silence administratif positif, comme cela a été fait en Espagne⁷³⁹, semble exclue en France⁷⁴⁰ et en Colombie⁷⁴¹. Dès lors, deux options sont à envisager : d'un côté, la suppression de la présomption et de la fiction de décision négative et, d'un autre côté, l'injonction juridictionnelle de décider.

La suppression de la décision implicite et de la décision fictive de rejet en matière des recours administratifs ne saurait pas avoir pour motivation de revenir à l'époque où le silence de l'administration pouvait suspendre indéfiniment l'accès de l'administré au juge. Au contraire, il s'agirait de permettre l'accès au juge sans avoir à déférer une décision présumée ou une décision

⁷³⁴ « Il s'agit d'une décision implicite de rejet, c'est-à-dire d'une pure fiction juridique, au sujet de laquelle on voit difficilement comment des règles de forme et de procédure pourraient être imposées à ses auteurs présumés et comment, par conséquent, la violation de règles de cette nature pourrait être utilement invoquée contre une telle décision », Claude LASRY, concl. sur C.E.f. 12 oct. 1956, *Baillet, D.* 1956, p. 664.

⁷³⁵ Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, op. cit., p. 317.

⁷³⁶ Jean-François BRISSON, *Les recours administratifs en Droit public français*, op. cit., p. 246.

⁷³⁷ « (...) le silence qui se prolonge peut les contraindre à une saisine inutile du juge (...) il doit (...) se concrétiser par une décision expresse de l'Administration. Elle seule permet alors une prise de position explicite sur les prétentions du contribuable », CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », loc. cit., p. 43. Cf. p. 62.

⁷³⁸ L'encombrement des juridictions « (...) a tendance à favoriser des pratiques administratives déplaçant de l'administration à la juridiction, la résolution de litiges qui auraient dû et auraient pu être décidés par l'administration, sans avoir à arriver à la juridiction », Dolly PEDRAZA, « Descongestión de la Justicia contenciosa administrativa », loc. cit., p. 3.

⁷³⁹ L'art. 43.2 de la loi espagnole du régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative ordinaire (L.R.J.A.P.A.), loi n° 30 du 26 nov. 1992 dispose que le silence de l'administration gardé au-delà du délai pour décider vaut décision d'acceptation, sauf : dans les cas de l'exercice du droit constitutionnel de pétition ; lorsque la décision aurait pour effet la transmission du domaine public ou du service public et, dans le cas des recours administratifs. Néanmoins, la loi précise que quand l'administration a gardé le silence sur la demande initiale et qu'elle garde encore le silence sur le recours, celui-ci vaut décision d'acceptation, hormis le cas d'un appel contre une décision implicite de rejet, car, dans ce cas, la décision implicite sur l'appel sera d'acceptation (Art. 43, § 1, al. 2 de la L.R.J.A.P.A.).

⁷⁴⁰ CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, op. cit., p. 73

⁷⁴¹ « Elementos para un nuevo código contencioso administrativo – Documento de trabajo de la Comisión de Reforma del Código Contencioso administrativo creada por el Decreto 4820 de 2007 », loc. cit., p. 13.

fictive sur le recours⁷⁴². La réforme devrait être réalisée par la voie législative, dans la mesure où la présomption de décision de rejet est un principe général du droit⁷⁴³. L'idée n'est pas nouvelle : en France, au XIXe siècle, il fut des cas où, au terme d'un certain délai, l'administré pouvait s'adresser directement au juge, sans avoir à présumer qu'une décision administrative de rejet serait adoptée⁷⁴⁴. La requête juridictionnelle ne serait pas ainsi dirigée contre une décision sur le recours, mais directement contre l'acte administratif initial. Certes, il ne manque pas de critiques à ce système, notamment en droit français, fondé sur une certaine violation de la séparation de l'administration non juridictionnelle et de la juridiction administrative, dans la mesure où la juridiction serait conduite à se substituer à l'administration. Cependant, il ne faut pas oublier que l'administration a déjà adopté un premier acte, ce qui satisferait à la condition, communément considérée comme essentielle, d'une certaine liaison préalable du contentieux. La juridiction jugerait ainsi d'actes et la décision sur le recours ne serait pas nécessaire pour saisir le juge. Le système français de la décision implicite, importé par le droit colombien, semble ainsi n'avoir qu'une explication historique⁷⁴⁵. La décision implicite de rejet n'a d'autre fonction que de permettre l'accès au juge : celle-ci, ni ne régularise la décision initiale ni ne la substitue.

En droit colombien, considérer qu'au bout de deux mois l'administré pourra contester l'acte initial devant le juge serait sans conséquences : garder le silence n'est pas un moyen légitime de décider les recours administratifs⁷⁴⁶. En revanche, cela impliquerait de priver l'administration française d'un moyen, tant sommaire que contestable, de rejeter les recours. La possibilité reconnue de demander les motifs de la décision implicite de rejet⁷⁴⁷ confirme, qu'avec le temps, garder le silence est devenu un véritable moyen de décider : lorsque l'administration communique les motifs, au lieu de profiter de cette demande pour décider expressément, elle confirme le rejet du recours qui était, jusqu'alors, simplement présumé. La communication des motifs transforme rétroactivement, une décision implicite en une décision expresse.

⁷⁴² Le silence gardé pendant 2 mois ne fait pas toujours naître une décision implicite, notamment lorsqu'il s'agit d'un recours contre refus d'agrément pour exercer une activité, lorsqu'il disposait par les textes d'une autorisation d'exercice à titre provisoire « jusqu'à l'intervention d'une décision définitive » : C.E.f. 28 mai 1986, *Albin, D.* 1987, p. 197 ; C.E.f. 15 fév. 1974, *Soc. Civ. Agric. « Centre d'insémination artificielle de la Crespelle », Rec.*, p. 109 ; *J.C.P.* 1975, II, 18098, note BERREVILLE.

⁷⁴³ « Considérant que, d'après un principe général de notre droit, le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet et, qu'en l'espèce il ne peut y être dérogé que par une décision législative », C.c.f. Décision 55 L, 26 juin 1969, § 5, *G.D.C.C.* 15^e éd, arrêt n° 12, p. 168.

⁷⁴⁴ « Faute par le ministre d'avoir prononcé dans le délai d'un mois, la réclamation pourra être portée directement devant le Conseil d'État statuant au contentieux », art. 12 du décret du 16 mars 1880, relatif à l'élection des membres du conseil supérieur de l'instruction publique et aux élections pour les conseils académiques, in Jean-Baptiste DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État*, t. 80, Larose et Forcel, Paris, 1880, p. 170-171; art. 12 du décret du 12 novembre 1886, portant règlement d'administration pour la désignation des membres électifs du conseil départemental de l'enseignement primaire.

⁷⁴⁵ « Il n'y avait aucune fiction à dire que le ministre n'avait pas donné satisfaction à l'intéressé, puisque c'était la vérité (À quoi bon recourir à des fictions quand c'est inutile ? Or, c'est parfaitement inutile ici. Le législateur n'avait qu'à dire : « faute par le ministre d'avoir statué dans le délai de 4 mois, l'intéressé pourra saisir le Conseil d'État » (...) Mais le texte de 1900 et l'article 7 du décret du 2 novembre 1864 ont été élaborés par des hommes habitués à considérer la décision du ministre comme indispensable pour qu'un recours au Conseil d'État pût être formé : la rédaction s'en est ressentie, on a voulu qu'au moins la décision supposée du ministre, par respect pour des prétendus principes. (...) Cette fiction (...) n'avait raison d'être que si l'on considérait la décision du ministre comme nécessaire, ou, ce qui revient au même, si on considérait le ministre comme un juge de première instance », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *loc. cit.*, p. 471-472.

⁷⁴⁶ « El silencio de la administración carece de justificación », Gustavo PENAGOS, « El silencio administrativo », *loc. cit.*, p. 130.

⁷⁴⁷ Art. 5 de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979.

L'autre option ne concerne pas les effets accordés au silence ; mais, elle s'attaque au silence même. Il s'agit de la possibilité d'enjoindre l'administration de décider expressément les recours. Ce système qui existe aujourd'hui en Colombie, par la voie de l'action en tutela, très rapidement décidée par les juges⁷⁴⁸, avait déjà existé en 1984⁷⁴⁹ grâce à une influence anglo-saxonne⁷⁵⁰ ; mais, c'est précisément cette filiation non française qui aurait pu motiver sa disparition en 1989⁷⁵¹. Le système actuel, établi par l'article 86 de la Constitution de 1991, réserve l'action en accomplissement à l'exécution d'une loi ou d'un acte administratif alors que la protection du droit fondamental de pétition est confiée à l'action en tutela⁷⁵². Or, il semble difficile qu'en droit français il soit accepté, pour le moment, la possibilité de demander une injonction au principal : non seulement elle n'aurait pas d'objet, dans la mesure où il est accepté que le devoir de décider peut être rempli en gardant le silence⁷⁵³, mais, principalement, cela rencontrerait tout le débat concernant l'indépendance de l'administration à l'égard de la juridiction, qui serait à la base de la séparation entre l'administration non juridictionnelle et la juridiction administrative⁷⁵⁴. Pour l'instant, « *il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration* »⁷⁵⁵ sauf pour l'exécution de la chose jugée. Cependant, il ne faut pas oublier qu'avant la loi du 8 février 1995, toute injonction du juge à l'administration était inimaginable : la séparation entre l'administration non juridictionnelle et la juridiction administrative se construit à partir d'un équilibre et, par conséquent, il s'agit d'une relation qui n'est pas essentiellement statique.

La décision des recours administratifs est une condition essentielle pour l'exercice de la fonction contentieuse. Bien qu'en droit français la décision implicite de rejet soit considérée comme l'une des formes pour accomplir le devoir de décider les recours administratifs, l'administration n'exerce pas la fonction contentieuse lorsqu'elle garde le silence. De son côté, l'administration colombienne est obligée de décider expressément, et pourtant, il existe

⁷⁴⁸ L'art. 86 de la Const.c. dispose que « (...) *la demande de tutela devra être décidée avant l'expiration du délai de dix jours* ».

⁷⁴⁹ L'art. 86 du décret-loi n° 01 de 1984, portant le Code du contentieux administratif, prévoyait une « *action en réparation directe et en accomplissement* ». Or, pour demander à l'autorité l'accomplissement d'un devoir « (...) *il n'était pas nécessaire de constituer un cas de silence administratif pour pouvoir aller devant le juge afin de lui demander d'ordonner l'accomplissement ; il était suffisant que l'administration n'ait pas accompli son devoir* », Juan ESGUERRA, *La protección constitucional del ciudadano*, op. cit., p. 174.

⁷⁵⁰ L'action en accomplissement introduite en droit colombien, en 1984, ultérieurement supprimée et, rétablie par la Constitution de 1991, s'inspire du « *writ of mandamus* » du système anglo-saxon pour qui « (...) *ce n'est pas intéressant de connaître la nature juridique du silence (d'ailleurs ce mot n'est pas utilisé aux États-Unis – dans la Federal Administrative Procedure Act, de 1946 ni par la jurisprudence et les normes statutaires en Grande-Bretagne. Pour eux, la question centrale est de définir quels sont les recours juridictionnels ouverts à l'égard du « unreasonable delay* », Giorgio LOMBARDI, « El silencio de la administración pública – perfiles comparativos y aspectos problemáticos - », loc. cit., p. 86.

⁷⁵¹ Le décret-loi n° 2304 du 7 oct. 1989 a supprimé l'action en accomplissement qui accompagnait l'action en réparation directe. « *À l'époque on entendait que la véritable motivation de l'élimination de l'action en accomplissement était l'origine impure qu'on lui attribuait : aux yeux des critiques, cette action n'appartenait pas au même lignage que les autres actions du contentieux administratif, issues de la pure dynastie française* », Juan ESGUERRA, *La protección constitucional del ciudadano*, op. cit., p. 175.

⁷⁵² L'art. 8 de la loi n° 393 de 1997 dispose que l'action en accomplissement n'est pas recevable lorsque les mêmes faits peuvent être l'objet d'une action en tutela. Ainsi, l'action en accomplissement est considérée comme un mécanisme subsidiaire: C.E.c. Section 3, Sentence du 22 octobre 1998, affaire n° 479, C.R. Juan MONTES.

⁷⁵³ Cela demanderait de renverser ce principe.

⁷⁵⁴ « *Le principe de séparation se décompose donc en deux principes distincts (...) Si on l'oppose à l'administration active, il signifie « indépendance de la juridiction administrative » ; si on l'oppose à la juridiction administrative, il signifie « indépendance de l'administration active* », Jacques CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., Paris, 1970, p. 18.

⁷⁵⁵ C.E.f. 28 fév. 1996, *Fauqueaux*, Rec., p. 52, R.F.D.A. 1996, p. 397

encore des décisions fictives. Les fonctionnaires peuvent être l'objet d'une sanction disciplinaire et l'administration colombienne peut être l'objet d'une injonction juridictionnelle rapidement décidée par la juridiction et très efficace. Pourtant, par cette voie, les recours administratifs, qui sont censés être un instrument contre l'encombrement des juridictions, en deviennent une raison de plus. Or, la menace de la sanction disciplinaire et de l'injonction est un élément dissuasif du silence, alors que le système français de décision implicite est une incitation à garder le silence, car il s'agit d'un procédé régulier. Cette situation décrit un paradoxe : soit on laisse à l'administration la liberté de décider expressément quand elle le voudra ; soit on l'oblige à décider, au risque d'encombrer la juridiction pour rendre effective cette obligation. Pour l'un et pour l'autre cas, pour que l'administration décide expressément les recours visant à trancher le litige, il est nécessaire d'inciter chez elle le développement de l'état d'esprit contentieux.

§ 2. L'état d'esprit contentieux

L'efficacité de la fonction contentieuse des recours administratifs n'est pas complètement garantie par la formalisation des recours. Déterminer le délai du recours, la légitimation pour l'exercer, les conditions d'une véritable contestation, la prévision des procédures d'examen du recours et, le cas échéant, d'instruction, ainsi que l'obligation de décider ne suffisent pas quand l'autorité administrative n'a pas la volonté de « *jouer le jeu* »⁷⁵⁶ de la fonction contentieuse. Une large partie des problèmes des recours administratifs tient aux pratiques administratives⁷⁵⁷ qui ne sauraient pas, pourtant, mettre en cause le bien-fondé de ces mécanismes⁷⁵⁸.

En conséquence, l'efficacité des recours administratifs passe par la prise de conscience de la fonction administrative contentieuse (**A**), grâce à laquelle les fonctionnaires chargés de la résolution des recours savent des enjeux auxquels ils sont affrontés par le recours administratif. Pour atteindre cet objectif, il existe des instruments de politique contentieuse (**B**) s'avérant efficaces.

⁷⁵⁶ Daniel CHABANOL, « Une réforme inachevée », *A.J.D.A.* 1988, p. 107.

⁷⁵⁷ « (...) l'administration n'apporte pas, en certains cas, le soin nécessaire à leur examen, et se borne à confirmer sa décision initiale sans réellement reprendre le dossier (...) On aura noté que ces inconvénients tiennent plus à la pratique des recours qu'à leur existence même », Didier TRUCHET, « Recours administratif », *loc. cit.*, p. 9. L'une des origines des problèmes se situe dans « (...) l'attitude apathique et, si l'on veut, défiante et même téméraire qui malheureusement est couramment adoptée par des autorités administratives qui, s'affrontant à des affaires dont la solution correspond à une jurisprudence établie de la juridiction du contentieux administratif, décident de ne pas trancher le contentieux (...) en préférant l'engagement de nouveaux procès juridictionnels dont elles sont conscientes de la haute probabilité d'une condamnation égale ou encore plus importante que celle des décisions antérieures », Mauricio FAJARDO, « Algunas reflexiones acerca de la racionalización del Proceso Contencioso-Administrativo », in *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, imprenta Nacional de Colombia, p. 224-225.

⁷⁵⁸ « (...) que même si ces recours souffrent peut-être de quelques insuffisances, il s'agit d'une bonne technique et qu'à la condition qu'elle soit bien employée », Jean-Claude BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *loc. cit.*, p. 82.

A. La prise de conscience de l'exercice de la fonction contentieuse

Les administrations française et colombienne ne sont pas totalement conscientes de la fonction administrative contentieuse. L'idée que le contentieux est une fonction juridictionnelle est répandue. Les autorités administratives ne sont généralement pas habituées à affronter l'examen de questions contentieuses⁷⁵⁹, ce qui serait à la base de pratiques contraires à cette fonction : de formes et d'attitudes propres d'une administration qui ferme les yeux face au contentieux, en sachant qu'il sera tranché par le juge. Il s'agit d'une administration négligeant les défis auxquels elle est soumise et qui se soucie peu des conséquences que son attitude peut entraîner. L'attitude propre d'une autorité contentieuse est une question d'esprit (1), par rapport à des problèmes échappant aux normes juridiques (2).

1. Une question d'esprit

Lorsque l'administration n'examine pas le recours de l'administré, lorsqu'elle ne le prend pas au sérieux ou lorsqu'elle préfère garder le silence, elle entend maintenir, par cette attitude, la distance propre d'une organisation munie de prérogatives ; elle entend exercer l'idée dépassée de l'autorité éloignée, incertaine et inaccessible.

L'effectivité de l'activité contentieuse de l'administration passe par une réforme des mentalités⁷⁶⁰. Les exemples phares des recours administratifs efficaces dans la résolution des litiges montrent qu'une grande partie de ce succès est due à la volonté des autorités administratives de trancher elles-mêmes les contestations, au lieu d'attendre soit une condamnation juridictionnelle qui aurait pu être évitée, soit le rejet du recours de l'administré à qui l'administration s'est retenue de lui expliquer le peu de chances de succès de sa contestation⁷⁶¹. L'exercice de la fonction contentieuse exige un état d'esprit⁷⁶² contentieux, dominé par la conscience que l'administré n'entend pas élever une supplication gracieuse à l'administration, mais une véritable contestation qui appelle un examen sérieux et une décision visant à vider le contentieux⁷⁶³. Il s'agit d'un état d'esprit renouvelé⁷⁶⁴ grâce auquel

⁷⁵⁹ « (...) je dis que l'Administration s'est tellement déshabituée, et qu'on l'a tellement déshabituée de cette fonction, qu'il sera bien difficile de l'y amener, ou de l'y ramener. Mais il y a une véritable nécessité. (...) », Raymond GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 98.

⁷⁶⁰ « (...) il paraît raisonnable de penser qu'une réforme des mentalités modifiera les rapports entre les services et les administrés pour la résolution de nombreux litiges sans l'intervention du juge », CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, *op. cit.* p. 38.

⁷⁶¹ « Si la réforme de 1928 a pu réussir, c'est parce que l'administration fiscale elle-même avait considéré qu'il serait de meilleure administration de chercher à régler les contestations au niveau des services, plutôt que d'attendre la décision du juge (...) On peut seulement, en l'état, souhaiter que l'on prépare les esprits à une telle démarche et que l'on se dote progressivement des moyens nécessaires à sa mise en œuvre », *ibidem*, p. 35.

⁷⁶² « Il est ici plus question d'état d'esprit que de règles juridiques. L'administration doit considérer comme normal que l'on s'adresse une nouvelle fois à elle plutôt que de saisir le juge et qu'elle renvoie un dossier dans la perspective d'en corriger les erreurs ou les aspects qui ne sont pas satisfaisants », Jean-Claude BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *loc. cit.*, p. 93.

⁷⁶³ « (...) le droit de recours est conservé parce que la partie, en formulant sa déclaration dans le délai de deux mois, a entendu lui donner le caractère d'une déclaration contentieuse », André ANDIEUX, conclusions sous C.E.f. 11 avril 1930, *soc* « Les grands Moulins de Seigle », *Rec.*, p. 471 ; *D.* 1930, 3, p. 25. Note J.A.

les autorités administratives prennent conscience de l'importance de leur mission de justice et de contribution à la réalisation des valeurs de l'État de droit, non seulement par la garantie de l'exécution des normes et de correction des erreurs, mais aussi par la contribution active à la lutte contre la sclérose du système juridictionnel qui serait conforme à la collaboration entre les branches du pouvoir en droit colombien⁷⁶⁵. L'administration doit changer le « logiciel »⁷⁶⁶ la conduisant à considérer que le contentieux est une affaire juridictionnelle et qu'elle n'a aucune responsabilité dans la prévention et dans la résolution des litiges.

L'état d'esprit contentieux ne s'identifie pas avec le « *réflexe transactionnel* »⁷⁶⁷, invitant l'administration à arriver à un accord à l'amiable avec le requérant. Bien que cela puisse être souhaitable pour certaines hypothèses, l'exercice de la fonction contentieuse des recours administratifs implique le pouvoir de décision unilatéral. Le droit de l'administré d'être entendu lors des recours administratifs semble être une mesure favorisant l'examen sérieux du recours. Néanmoins, la décision du litige relève de la seule autorité administrative qui examine les arguments du requérant à l'égard des preuves, dont sa déclaration, afin d'adopter la décision la plus conforme aux normes et aux fonctions qui sont confiées à l'administration.

Or, il ne s'agit pas à proprement parler de l'adoption du « *the judicial mind* »⁷⁶⁸ ou de « *l'esprit de juge* »⁷⁶⁹, d'une « *culture juridictionnelle* »⁷⁷⁰ et beaucoup moins d'un esprit judiciaire. La fonction contentieuse ne s'identifie pas avec les juridictions et lorsque l'administration est consciente de sa fonction de résolution des litiges, elle n'imité pas les juridictions : elle exerce une attitude propre de justice et de décision sur le fond des affaires, conformément aux normes juridiques et aux missions dont elle est responsable. Il est néanmoins possible d'accepter que l'administration puisse adopter, d'une certaine façon, des attitudes habituellement présentes dans les juridictions, hormis la tendance procédurière⁷⁷¹.

⁷⁶⁴ « On doit d'abord, avec un esprit renouvelé, prononcer sur le bon droit du particulier qui résiste ; vouloir créer au sein de l'Administration active, l'état d'esprit de recherche du juridiquement juste (...) », Raymond GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 98.

⁷⁶⁵ « Ce sont des branches du pouvoir public, la législative, l'exécutive et la judiciaire (...) Les différents organes de l'État ont des fonctions séparées, mais ils collaborent harmonieusement à la réalisation de ses fins », article 113 de la Const.c.

⁷⁶⁶ « La promotion de la fonction contentieuse des administrations publiques suppose dans le même temps de changer le «logiciel» du contentieux administratif, c'est-à-dire notre façon de penser le contentieux administratif et sa séparation avec l'administration, logiciel conçu au dix-neuvième siècle pour les besoins de la spécialisation au sein de l'administration de la juridiction administrative », Jean-François BRISSON, « Les recours administratifs préalables obligatoires en droit public français, alternative au juge ou voie sans issue ? », *loc. cit.*, p. 13

⁷⁶⁷ Une étude du Conseil d'État français, de 1988, parlait d'un « *réflexe transactionnel* », fondé sur l'idée que « Pour l'Administration aussi, un arrangement rapide est préférable à un long procès », CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 17.

⁷⁶⁸ La *judicial mind* serait une façon de réfléchir et une attitude propre des juridictions qui est même l'objet d'études psychologiques visant à établir les éléments conscients et inconscients de la décision du juge : Chris GUTHRIE, Jeffrey RACHLINSKI, et Andrew WISTRICH, « Inside the Mind judiciaire », *Cornell Law Review*, vol. 86, n° 4, mai 2001, in <http://ssrn.com/abstract=257634> consulté le 8 déc. 2011.

⁷⁶⁹ Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 2° article, *loc. cit.*, p. 479.

⁷⁷⁰ Les problèmes lors du déroulement de la procédure de sanction devant les A.A.I. seraient « (...) en partie liés, dans certains cas, au manque de culture juridictionnelle de ces autorités » CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 360.

⁷⁷¹ Pour la résolution des litiges « Ce processus implique l'application d'un corps de règles ou de principes, par une méthode psychologique particulière, dans un cadre institutionnel ayant des caractéristiques bien reconnues. Le corps de règles ou de principes est la loi ; la méthode psychologique consiste dans l'application de ce que l'on peut

L'état d'esprit contentieux se matérialise dans l'attitude du fonctionnaire public au moment d'aborder l'examen du recours. L'exercice de la fonction contentieuse lui demande un soin spécial pour étudier les arguments du requérant, dépourvu de préjugés, pour revoir l'acte administratif contesté et pour décider la contestation sur le fond d'une façon juste⁷⁷². La bonne volonté sert peu lorsqu'elle n'est pas accompagnée des moyens pour y arriver. Dès lors, l'état d'esprit contentieux sous-entend une formation du fonctionnaire public dans les techniques de l'examen d'une affaire contentieuse⁷⁷³. La capacitation du fonctionnaire public pour l'exercice de la fonction contentieuse entraîne, chez lui, les bases de la conscience de sa fonction contentieuse.

2. Des problèmes échappant aux normes juridiques

La formalisation des recours ne suffit pas à garantir que l'autorité administrative examinera sérieusement la question, avec une possibilité réelle de remettre en cause l'acte contesté, c'est-à-dire de trancher le litige. Faute d'un état d'esprit contentieux, la formalisation procédurale des recours peut conduire le requérant à désister de poursuivre sa contestation. Les recours administratifs peuvent ainsi être des barrages procéduraux à la contestation de l'administré ou des moyens pour la résolution du litige⁷⁷⁴.

Il est vrai que toutes les autorités administratives françaises et colombiennes sont obligées par le respect de l'impartialité⁷⁷⁵. Cela signifie l'exclusion de toute forme d'intérêt

*appeler l'esprit judiciaire, et le cadre institutionnel est le système de la Cour. L'ensemble du processus, dans lequel les trois sont utilisés en combinaison, est connu comme la justice (...) pratiquement rien n'a été dit au sujet de cet élément tout aussi important dans le processus judiciaire qui peut être appelé l'esprit judiciaire (...) L'une des vertus les plus importantes du juge réside dans le fait qu'il pense et agit de façon judiciaire et qu'il est conscient de cela (...) Et, en conséquence, si nous constatons que les organes administratifs de justice ont acquis l'habitude et la capacité de parvenir à des décisions d'une manière judiciaire, nous n'avons pas besoin de verser des larmes de regret simplement parce qu'ils ne disposent pas des caractéristiques institutionnelles des anciens tribunaux de droit. La société a besoin de l'opération d'un esprit judiciaire beaucoup plus que du déroulement d'une instance devant un organe ayant des traits d'un tribunal formel (...) De plus en plus, dans l'histoire de la civilisation, ce qui semblait au premier abord comme un pouvoir arbitraire exercé par un fonctionnaire irresponsable, est devenu un corps de droit connu, vérifiable et appliqué de façon uniforme », William ROBSON, *Justice and Administrative Law*, 3^e éd., Londres, 1951, réimp. Greenwood press, publishers, Connecticut, 1970, p. 36-37.*

⁷⁷² Le professeur BONICHOT propose l'adoption d'un « principe de sollicitude », matérialisant une espèce de bonne volonté, d'attention et de diligence dans la décision des recours : Jean-Claude BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *loc. cit.*, 94.

⁷⁷³ « Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une banale formation juridique, mais d'un savoir-faire différent ; réétudier un dossier et proposer d'y donner telle suite plutôt que telle autre, compte tenu de la position déjà prise par une autre autorité, s'apprend », Jean-Claude BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *loc. cit.*, p. 94.

⁷⁷⁴ « Elle peut ainsi, en théorie, être mise au service de trois objectifs : celui, avoué et avouable, de faire l'économie d'un procès et de donner au litige une solution amiable ; celui, avoué mais moins avouable, de « désencombrer » le juge ; celui, ni avoué ni avouable, de décourager les requérants par un formalisme supplémentaire », Yves GAUDEMET, « Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », *A.J.D.A.* 1994, p. 84.

⁷⁷⁵ L'impartialité administrative est un principe général du droit administratif français : C.E.f. 4 mars 1949, *Trèbes*, S. 1950, III, p. 21. *Rev. Adm.* 1949, n° 9, p. 260 ; C.E.f. sect. 29 avril 1949, *Bourdeaux, Leb.*, p. 488 ; C.E.f. 27 oct. 1999, *Fédération française de football*, *J.C.P.* 2000, n° 10376, note PIASTRA. Cf. Éric MITARD, « L'impartialité administrative », *A.J.D.A.* 1999, p. 478. En droit colombien, l'impartialité est un des principes de l'activité administrative : art. 3, al. 6 du C.C.A. et art. 3, n° 3 du C.P.A.C.A. Il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle : art. 229 de la Const.c.

personnel dans la décision sur le recours et de toute forme de discrimination⁷⁷⁶. Néanmoins, en dehors du fait non répréhensible que l'autorité administrative contentieuse soit chargée de la réalisation des missions administratives, des finalités et des valeurs, y compris au moment de la résolution des recours⁷⁷⁷, il existe des facteurs pouvant léser l'efficacité du recours administratif et qui découlent de la nature même du recours administratif : une contestation adressée contre un acte de l'administration, décidée par la propre administration⁷⁷⁸.

Souvent, l'administration n'est pas prédisposée à se remettre en cause et à se déjuger⁷⁷⁹. Lorsque le recours est adressé à l'autorité ayant adopté la décision contestée, celle-ci peut avoir tendance à confirmer sa propre décision afin de ne pas reconnaître qu'un tort a été fait et cette attitude ne saurait être considéré comme contraire à l'impartialité, et dès lors répréhensible. De même, le supérieur hiérarchique éviterait de désavouer son subordonné⁷⁸⁰, notamment lorsque la décision adoptée correspond à des politiques décidées par lui-même et dont l'inférieur n'a fait que les respecter. Une solidarité se crée ainsi dans la hiérarchie administrative, mettant en échec les chances du recours d'être accueilli⁷⁸¹. La décision sur le recours, c'est aussi l'opportunité de fixer la position du supérieur à l'égard des affaires et il éviterait de se montrer contradictoire, alors même qu'intimement il peut reconnaître que la contestation du requérant est bien fondée.

Face à ces obstacles à l'efficacité des recours administratifs comme moyen de résolution des litiges, la seule option n'est pas de considérer, avec fatalisme, qu'il n'y a que la juridiction qui peut être un moyen efficace pour la contestation de l'administré⁷⁸². Pour garantir le principe d'efficacité de l'action administrative⁷⁸³, il est question de faire

⁷⁷⁶ « Conformément au principe d'impartialité, les autorités devront prendre en considération que la finalité des procédures consiste à assurer et à garantir les droits de toutes les personnes, sans aucune discrimination ; par conséquent, elles devront traiter à tous de la même façon, tout en respectant l'ordre d'arrivée », art. 3, al. 6 du C.C.A. Le nouveau code précise que les autorités ne peuvent pas « prendre en considération des facteurs issus de l'affection ou de l'intérêt ou, en général, toutes les motivations subjectives », art. 3, n° 3 du C.P.A.C.A.

⁷⁷⁷ L'autorité administrative peut être impartiale ; mais, elle n'est pas tierce à l'égard du litige ou étrangère aux effets de la décision pour la réalisation des missions administratives d'intérêt général.

⁷⁷⁸ « Les autorités administratives chargées de juger le contentieux administratif, avec nécessité d'observer les règles de la fonction de juger, ce n'est pas la confusion absolue – des fonctions– ; mais, c'en est très voisin, parce que les autorités administratives ne peuvent pas juger impartialement leurs propres actes ou les actes qu'elles ont inspirés, et que, n'eussent-elles pas inspiré ces actes, elles ne peuvent pas avoir l'esprit d'un juge, je veux dire l'unique préoccupation de sauvegarder le droit, de le faire respecter », Émile ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 2^e article, *loc. cit.*, p. 479.

⁷⁷⁹ « L'administration a tendance à ne pas se rendre », Agustín de ASIS, « Los recursos administrativos », *loc. cit.*, p. 633.

⁷⁸⁰ « On sait également que les élus et les fonctionnaires répugnent à se déjuger ou à désavouer leurs collaborateurs, de sorte que les très nombreux recours adressés à l'Administration elle-même ne font souvent l'objet d'aucun examen sérieux et sont généralement rejetés (...) », CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », E.D.C.E., 1988, p. 15.

⁷⁸¹ « (...) dans l'Administration, du haut en bas de l'échelle, une solidarité se constate et, surtout, les motifs qui ont fait prendre la décision attaquée sont souvent ceux auxquels l'autorité supérieure est sensible, quand ils n'ont pas leur origine dans les instructions qu'elle a elle-même données », Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, *op. cit.*, p. 624. « Le contrôle de la voie gouvernementale n'offre pas une adéquate et efficace protection aux administrés à cause des raisons de solidarité et de partialité, fréquentes dans les autorités administratives », Carlos BETANCUR, *Derecho Procesal Administrativo*, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁸² « Seul le recours contentieux est apte à faire prévaloir ces solutions contre une Administration qui s'entête, quelquefois avec de sérieuses raisons, quelquefois par croyance orgueilleuse en son infailibilité », Henry PUGET, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *loc. cit.* p. 260.

⁷⁸³ « Conformément au principe d'efficacité, on doit prendre en considération que les procédures ont une finalité qui doit être atteinte (...) », art. 3, al. 5 du C.C.A. et art. 3, n° 11 du C.P.A.C.A. Cf. Alexandre FLUECKIGER, « Le droit

comprendre aux autorités administratives les enjeux présents dans la décision sur le recours, non seulement pour l'administré qui aura une décision sur le litige, plus rapide et moins coûteuse et pour la juridiction qui aura diminué le nombre des affaires à trancher ; mais, aussi, pour l'administration qui évite des condamnations juridictionnelles, parfois lourdes de conséquences économiques⁷⁸⁴, tout en participant au processus d'amélioration de son activité. Bien que l'autorité administrative soit portée à prendre en considération les finalités de son action, elle doit faire un effort d'objectivité et de justice pour décider du bien-fondé du recours administratif⁷⁸⁵. Il faut que le recours administratif soit reçu davantage comme une opportunité pour l'autorité administrative, que comme un outrage⁷⁸⁶ : « *L'attention de tous les responsables, à quelque niveau qu'ils se situent, devrait être attirée sur l'idée que le retrait d'un acte illégal n'est pas déshonorant et qu'il est bien préférable, du point de vue même de l'Administration, à une annulation contentieuse souvent tardive* »⁷⁸⁷.

Considérer que le recours administratif est une pétition adressée au bon vouloir de l'autorité dépend en grande partie de l'absence d'obligations précises pour l'autorité administrative à l'égard du recours. Les normes juridiques ont nécessairement une influence sur l'attitude de l'autorité administrative : elles la rassurent, déterminant les pas à suivre ; elles l'incitent à vouloir réaliser les objectifs recherchés par ces normes et aussi, elles lui font craindre les sanctions pour sa méconnaissance. Néanmoins, l'état d'esprit de l'autorité administrative à l'égard du recours administratif est aussi influencé par d'autres facteurs, notamment la méconnaissance de la portée de sa fonction contentieuse et l'absence d'habitude dans le savoir-faire contentieux. Or, l'état d'esprit contentieux peut être l'objet des instruments de la politique contentieuse.

B. Les instruments de la politique contentieuse

La politique contentieuse concernant les recours administratifs peut viser, notamment, la résolution sur le fond du litige, l'explication des chances de succès qu'aurait la contestation devant le juge, la prévention du contentieux par la voie de l'amélioration de la qualité des

administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, Lausanne, 2001, vol. 57, n° 1-2, p. 93-119.

⁷⁸⁴ « (...) si les fonctionnaires publics, imprégnés d'une impartialité profonde et attachés à la réalisation des finalités publiques et au respect de la loi, profitaient des recours comme une véritable opportunité pour réaliser un examen sérieux de leurs actes, pour les abroger ou les confirmer, cette condition de recevabilité de la demande juridictionnelle serait l'instrument le plus important pour éviter des condamnations trop chères pour l'État, tout en contribuant au désencombrement de la juridiction », Gustavo CUELLO, « Medios de impugnación en el derecho administrativo – vía gubernativa- », *Revue Universitas*, n° 107, juin 2004, p. 811.

⁷⁸⁵ « Sans aucunement l'accuser de partialité (...) Vouloir que les services du contentieux, dans des administrations actives, soient suffisamment à l'abri des pressions, qu'ils comprennent que, préparant un dossier pour d'éventuelles conclusions à produire, on doit d'abord, avec un esprit renouvelé, prononcer sur le bon droit du particulier qui résiste (...) », Raymond GUILLIEN, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 98.

⁷⁸⁶ « Il est ici plus question d'état d'esprit que de règles juridiques. L'administration doit considérer comme normal que l'on s'adresse une nouvelle fois à elle plutôt que de saisir le juge et qu'elle renvoie un dossier dans la perspective de corriger les erreurs ou les aspects qui ne sont pas satisfaisants », Jean-Claude BONICHOT, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », *loc. cit.*, p. 93.

⁷⁸⁷ CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.*, 1988, p. 15.

décisions administratives et même la préparation du litige pour être présenté devant le juge. Pour atteindre ces finalités, les normes juridiques sont très utiles, surtout lorsque les autorités chargées de son exécution disposent de moyens suffisants pour accomplir leurs obligations⁷⁸⁸ ; l'inexécution ne saurait être répréhensible lorsqu'elle ne tient pas à la négligence ou à la mauvaise volonté, mais à l'impossibilité. Concernant l'état d'esprit contentieux, il est fait recours à des instructions et des circulaires en droit français (1), alors que les autorités administratives colombiennes sont censées arrêter leur propre politique contentieuse (2).

1. Des instructions et des circulaires en droit français

Il est vrai que les recommandations présentes dans les circulaires administratives ne sont pas, en principe, l'objet du contrôle juridictionnel, sauf dans le cas où elles ont une portée obligatoire et ne se limitent pas à interpréter la loi, mais vont jusqu'à la régler⁷⁸⁹. Cependant, cela ne dément pas son efficacité réelle sur le comportement des autorités administratives, surtout dans des matières comme celles des recours administratifs où des obligations précises ne lui sont pas imposées. L'autorité administrative devra décider le recours ; mais, elle peut le faire par la voie du silence et l'instruction du recours est considérée comme un principe et un droit de l'administré, alors même que l'absence d'instruction n'est pas sanctionnée. C'est justement dans ces hypothèses que les instructions et les circulaires peuvent avoir un effet réel sur le comportement des autorités administratives, visant à créer un état d'esprit contentieux.

En effet, pour prévenir le contentieux juridictionnel, le Conseil d'État français conclut qu'une mesure incitative pourrait conduire les autorités administratives à examiner sérieusement les recours administratifs⁷⁹⁰. Cette première recommandation n'avait pas été suivie de circulaires adressées par la voie hiérarchique. Cinq ans après, en même temps que le Conseil d'État français proclamait sans hésitations le droit des administrés de voir son recours administratif examiné par l'administration⁷⁹¹, il avouait qu'un tel droit ne serait réalisé, que si le comportement des autorités administratives changeait. Ainsi, tout en déconseillant la généralisation des recours administratifs préalables obligatoires, la conclusion principale de l'étude sur la résolution non juridictionnelle des litiges consiste à conseiller l'adoption d'une recommandation générale de réaliser un examen effectif des recours administratifs⁷⁹².

⁷⁸⁸ « Pour vaincre cet obstacle, il est nécessaire, d'une part, que l'Administration sente une volonté politique ferme, mais aussi qu'elle dispose d'une marge financière destinée à la résolution des litiges », Gilles PELISSIER, « Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs – Réflexions sur la fonction des recours administratifs dans l'ordre juridique français - », *loc. cit.*, p. 330.

⁷⁸⁹ C.E.f. Sect. 18 déc. 2002, *Mme Duvignères, Rec.*, p. 463 ; *R.F.D.A.* 2003, p. 274, concl. FOMBEUR et p. 510, note PETIT ; *J.C.P. A.* 2003, n° 5, p. 94, comm. MOREAU ; *A.J.D.A.* 2003, p. 487, chron. DONNAT et CASAS ; *G.A.J.A.* 18^e éd., n° 110.

⁷⁹⁰ « (...) il conviendrait de leur recommander l'examen attentif des recours gracieux et hiérarchiques dont ils sont saisis (...) », CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *loc. cit.*, p. 17.

⁷⁹¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, op. cit.* p. 31.

⁷⁹² *Ibidem* p. 37.

À la suite de ce rapport, le Premier ministre adresse à l'administration une circulaire ayant pour finalité précise d'inciter les autorités à réaliser un examen effectif des recours administratifs, comme un moyen d'éviter, dans la mesure du possible, la saisine du juge⁷⁹³. La recherche d'un état d'esprit différent est très présente dans la circulaire qui vise, « *Outre le respect du droit, qui s'impose à l'administration, une attention plus grande à l'égard des citoyens, de leurs aspirations et de leurs doléances, une disponibilité plus grande à l'explication (...)* »⁷⁹⁴. L'examen effectif des recours reste confié à la volonté du fonctionnaire public, influencée par les instructions hiérarchiques. Aussi, la décision implicite, par la voie du silence, reste une possibilité légitime, face à laquelle le Conseil d'État recommande « *de prendre aussi fréquemment que possible des décisions expresses et motivées* »⁷⁹⁵.

2. La politique contentieuse des autorités administratives colombiennes

Les fonctionnaires publics colombiens sont moins habitués que leurs homologues français à agir conformément à des instructions quant à la mise en pratique d'une politique administrative, formulée par la voie de circulaires administratives. Pour la réalisation de cette étude, une consultation a été adressée aux ministères concernant la pratique des recours administratifs en droit colombien. Les réponses données ont davantage mis en évidence un attachement aux dispositions normatives, qu'à une volonté claire de mettre en place une certaine politique contentieuse par la voie des recours administratifs. En effet, le ministère de l'Agriculture affirme qu'il existe une réglementation interne quant à l'instruction des recours administratifs, d'après laquelle ceux-ci doivent être instruits et décidés conformément à la loi et au Code du contentieux administratif⁷⁹⁶ et le ministère de la Culture élude la question relative à l'existence d'une politique interne quant à la décision des recours administratifs, en affirmant que ceux-ci sont décidés conformément au Code du contentieux administratif⁷⁹⁷, ce qui laisserait entendre que le Code ne laisserait pas de place à la formulation des politiques⁷⁹⁸.

Or, trois ministères ont répondu que les fonctionnaires publics sont obligés de respecter les principes constitutionnels et légaux relatifs à l'action administrative⁷⁹⁹, ce qui

⁷⁹³ « (...) il convient donc de redonner vie aux procédures de recours préalable. Celles-ci doivent constituer un filtre efficace qui empêche un certain nombre de réclamations de déboucher sur un terrain contentieux. Je souhaite, par la présente circulaire, vous rappeler les règles applicables en cette matière et insister sur la nécessité pour vos services de procéder à un examen effectif des réclamations qui leur sont adressées », Premier ministre, circulaire du 9 fév. 1995, relative au traitement des réclamations adressées à l'administration, J.O. 15 fév. 1995, p. 2522.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 2524.

⁷⁹⁵ CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, op. cit. p. 31.

⁷⁹⁶ Il s'agit de la résolution n° 367 de 2009, adoptée par le ministère colombien de l'Agriculture, *règlementant l'instruction des pétitions, des réclamations et des plaintes*.

⁷⁹⁷ « (...) le ministère de la Culture est soumis aux compétences données par la Constitution et par la loi et, par conséquent, pour l'instruction des recours administratifs, ce ministère exécute ce qui est disposé par le Code du contentieux administratif », Ministère colombien de la Culture, 2 août 2011, réponse à la pétition adressée le 7 mai 2011.

⁷⁹⁸ Le ministère de l'Agriculture affirme n'avoir adopté aucune politique en matière des recours administratifs : ministère de l'Agriculture 17 mai 2011, réponse à la pétition adressée le 7 mai 2011 ; ministère colombien du Commerce.

⁷⁹⁹ Cette réponse est donnée par trois ministères colombiens : des Technologies de l'information et des communications ; des Affaires étrangères et des Mines et de l'Énergie. Cependant, le ministère des Technologies

ferait partie d'une certaine politique législative. De même, le ministère de la Protection sociale soutient que la résolution des recours administratifs fait partie des politiques de qualité adoptées⁸⁰⁰. Trois ministères mettent en exergue le fait que toutes les autorités administratives colombiennes sont légalement obligées à constituer un comité de conciliation⁸⁰¹, chargé de la formulation des politiques administratives en matière de défense contentieuse de l'autorité et de prévention des dommages⁸⁰² pouvant mettre en cause la responsabilité publique. Ainsi, ces comités seraient aussi chargés de formuler des politiques pour la résolution des recours administratifs⁸⁰³.

Il est possible que la processualisation des recours administratifs, en droit colombien, ainsi que la menace des sanctions pour non-décision des recours dans le délai, puisse engendrer chez le fonctionnaire un état d'esprit contentieux. Quant aux politiques fixées par les comités de conciliation, il serait nécessaire qu'elles ne fassent pas exclusivement référence à la procédure de conciliation, mais que ce comité soit conscient de la fonction contentieuse pouvant être exercée par la voie des recours administratifs.

En droit colombien, l'adoption d'une politique contentieuse relative à l'efficacité des recours administratifs ne saurait pas être exclusivement le fait des autorités administratives de la branche exécutive du pouvoir. Les organes autonomes chargés de contrôler l'action administrative et, notamment, de sanctionner les fonctionnaires publics, doivent aussi adopter une politique d'après laquelle la reconnaissance du tort de la part de l'autorité administrative doit être considérée comme un motif d'exclusion ou de diminution de la sanction au fonctionnaire et, au contraire, la perte de cette opportunité lors des recours administratifs, doit être considérée au moins comme un indice de la négligence du fonctionnaire. Les fonctionnaires publics ne peuvent pas craindre de donner raison au requérant lorsque son recours est fondé⁸⁰⁴.

de l'information ajoute des principes n'existant pas dans les normes : « *honnêteté, professionnalisme, sincérité et engagement* », ministère des Technologies de l'information et des communications, 20 juin 2011, réponse à la pétition adressée le 7 mai 2011. Aussi, le ministère des Affaires étrangères affirme que les recours administratifs doivent être décidés « *avec la finalité d'éviter des condamnations de la part de la juridiction du contentieux administratif* », ministère colombien des Affaires étrangères, 25 mai 2011, réponse à la pétition adressée le 7 mai 2011, p. 5.

⁸⁰⁰ Ministère colombien de la Protection sociale, 8 juin 2011, réponse à la pétition adressée le 7 mai 2011.

⁸⁰¹ L'art. 75 de la loi n° 446 du 7 juillet 1998 dispose l'obligation pour chaque autorité administrative d'intégrer un comité de conciliation.

⁸⁰² « *Le comité de conciliation est une organisation administrative agissant en tant que lieu d'étude, d'analyse et de formulation des politiques concernant la prévention des dommages anti juridiques et la défense des intérêts de l'administration* », art. 2 du décret n° 1214 du 29 juin 2000 ; art. 16 du décret n° 1716 du 14 mai 2009. Les fonctions du comité sont : « *1. Formuler et exécuter des politiques de prévention des dommages anti juridiques. 2. Formuler des politiques générales en matière de défense des intérêts de l'administration (...)* » art. 5 du décret n° 1214 du 29 juin 2000 ; art. 16 du décret n° 1716 du 14 mai 2009.

⁸⁰³ Ministère colombien du Commerce, 5 juillet 2011, réponse à la pétition adressée le 7 mai 2011 ; ministère des Technologies de l'information et des Communications, 20 juin 2011, réponse à la pétition adressée le 7 mai 2011 et ministère des Mines et de l'Énergie, 1^{er} juin 2011, réponse à la pétition adressée le 7 mai 2011 ; ministère colombien du Transport, 9 juin 2011, réponse à la pétition adressée le 7 mai 2011.

⁸⁰⁴ « *Il serait très utile que, grâce au principe de collaboration entre les branches du pouvoir, les organes du contrôle disciplinaire et fiscal, chargés aussi des fonctions préventives, accompagnent les autorités administratives. Ainsi, la prédisposition et la crainte des autorités administratives à l'égard des risques encourus seraient réduites, au moment de décider les recours. Cette appréhension est l'une des principales raisons*

Conclusion du Chapitre

Les recours administratifs peuvent remplir plusieurs fonctions, dont la fonction contentieuse. Celle-ci exige que le requérant conteste la régularité d'un acte administratif, que cette contestation puisse être continuée devant le juge et que la contestation soit examinée et décidée expressément par l'autorité administrative. L'efficacité contentieuse des recours administratifs tient en large mesure à la prévision des procédures, notamment de celles permettant la participation du requérant. Or, sans un état d'esprit contentieux, les procédures ne deviennent que des excuses pour attarder l'arrivée de la contestation au juge.

Certes, les recours administratifs en droit colombien sont de véritables pétitions. Mais, à la différence du droit français, les pétitions colombiennes s'accompagnent du devoir de réponse, de sanctions pour le retard dans la réponse et des moyens pour contraindre l'administration à répondre expressément. En droit français, la décision implicite est une option légitime à l'égard des recours administratifs. Les autorités administratives sont incitées et non contraintes à adopter des décisions expresses, c'est-à-dire à exercer la fonction contentieuse.

Grâce à la fonction contentieuse des recours administratifs, il est possible de conclure que la différence entre les recours administratifs et les recours juridictionnels, ou l'action juridictionnelle, ne peut pas être la fonction qu'ils remplissent. La différence se trouve dans l'organe qui décide la contestation⁸⁰⁵ et dans les effets de chose jugée de la décision juridictionnelle. L'administration tranche le litige par une décision administrative, et la juridiction par une décision juridictionnelle⁸⁰⁶. Ainsi, le recours administratif n'est pas un recours parallèle au recours juridictionnel⁸⁰⁷.

Munis de garanties processuelles et d'un état d'esprit contentieux, les recours administratifs ne sauraient pas être considérés comme des appels à la bienveillance d'une administration, tant puissante qu'éloignée et soucieuse exclusivement de ses propres

conduisant les fonctionnaires à refuser des réclamations et à préférer assumer le risque d'une sentence juridictionnelle ordonnant la protection des droits de l'administré et l'indemnisation des préjudices encourus, alors même que cette protection aurait pu être dispensée plus tôt par l'administration », Mauricio FAJARDO, « Algunas reflexiones acerca de la racionalización del Proceso Contencioso-Administrativo », *loc. cit.*, p. 225.

⁸⁰⁵ « (...) les recours administratifs se différencient des recours juridictionnels ou du contentieux administratif en raison de la nature de l'organe qui les décide », Miguel SANCHEZ, *Derecho administrativo*, partie générale, 5^e éd., tecnos, Madrid, 2009, p. 821.

⁸⁰⁶ « Cela implique d'affirmer dès maintenant que les recours administratifs sont d'une nature distincte des recours ou des actions du contentieux administratif. Lors des recours administratifs, l'administration agit en tant que telle, en exercice de la fonction administrative et la décision est toujours administrative. En revanche, lors des actions juridictionnelles, l'organe exerce la fonction juridictionnelle par l'adoption d'une sentence », C.E.c. Section 3, Sentence du 19 juin 1970, affaire n° 1019, C.R. Carlos PORTOCARRERO.

⁸⁰⁷ « Le recours parallèle doit nécessairement posséder un caractère juridictionnel. Ne mérite pas cette qualification le recours administratif préalable obligatoire qui ne fait que différer le recours pour excès de pouvoir sans l'exclure », Josiane TERCINET, « Le retour de l'exception de recours parallèle », *R.F.D.A.* 1993 p. 705.

privilèges. Les recours administratifs ne sont pas des privilèges : en droit français, le silence n'empêche pas l'accès au juge, l'administré peut demander à se faire communiquer les motifs de la décision implicite de rejet et il pourra demander la suspension de l'exécution de l'acte, même quand il est obligé d'exercer un recours administratif. En droit colombien, les recours sont suspensifs et, face au silence, l'administré pourra aller directement devant le juge ou forcer l'administration à décider expressément. L'adjectif « *administratif* » ne doit pas signifier l'arbitraire, le privilège et le bon plaisir incontrôlé⁸⁰⁸. Grâce aux garanties reconnues aux administrés, le recours administratif devient synonyme de protection efficace des administrés : voilà le beau mot, administratif.

⁸⁰⁸ Pour rejeter un recours administratif contre la destitution d'un professeur de philosophie, prononcée le 2 novembre 1850 en raison de son appartenance à la religion juive, « *On alléguera les difficultés politiques, le vœu des majorités catholiques à satisfaire (...) enfin, et surtout la toute-puissante liberté administrative du ministre (...) Le sic volo, sic jubeo du ministre l'emportera. Tel est dira-t-on le droit administratif. Le beau mot que voilà ! Administratif ! Cela répond à tout. - Mais, M. le Ministre, vous de l'arbitraire... - Administratif Monsieur ! - Mais, M. le Ministre, nous sommes donc revenus après trois Révolutions au régime du bon plaisir ?... - Administratif Monsieur ! - Mais, M. le Ministre, c'est un détestable abus !... Administratif Monsieur ! Le moyen de réfuter cet argument-là ! Tarte à la crème, morbleu ! Tarte à la crème, chevalier ! Tarte à la crème ! vive l'administratif ! et honni soit qui mal y pense ! Hosannah in excelsis administrativo !* », Émile DESCHANEL, « Bulletin. Destitution de M. Jérôme Aron », *La liberté de penser. Revue démocratique*, tome septième, 1851, Au bureau de la revue, Paris, 1851, p. 102. Cette litanie de l'« *Administratif Monsieur !* » est certainement inspirée de *L'Avare*, de MOLIÈRE, dans lequel se déroule une conversation dont l'argument d'autorité est que l'homme accepte d'épouser la fille sans dot. À chaque réplique de Valère, Harpagon, le père, répond : sans dot !... sans dot !, « VALÈRE : Ah ! il n'y a pas de réplique à cela : on le sait bien (...) ». « HARPAGON : Sans dot ! VALÈRE : Il est vrai : cela ferme la bouche à tout, sans dot. Le moyen de résister à une raison comme celle-là ? ». En réalité, VALÈRE fait semblant d'être d'accord avec cet « argument » pour mieux le manipuler : « VALÈRE : (...) il y a de certains esprits qu'il ne faut prendre qu'en biaisant, des tempéraments ennemis de toute résistance, des naturels rétifs, que la vérité fait cabrer, qui toujours se roidissent contre le droit chemin de la raison, et qu'on ne mène qu'en tournant où l'on veut les conduire. Faites semblant de consentir à ce qu'il veut, vous en viendrez mieux à vos fins (...) », MOLIÈRE, *L'Avare* (représentée pour la première fois le 9 sept. 1668), Tresse-Libraire éditeur, Paris, 1859, acte premier, scènes VII-X, p. 31 et suiv.

Conclusion du Titre

L'activité contentieuse de l'administration peut être pré-juridictionnelle lorsque la résolution administrative du litige conditionne l'accès au juge, prépare le contentieux pour être porté devant lui ou l'éviter.

L'administration française n'exerce pas la fonction contentieuse quand elle décide des demandes visant à constituer la décision préalable à la saisine du juge, notamment en matière d'indemnisation des préjudices. Bien qu'il soit possible de lier le contentieux non juridictionnel avant l'adoption d'une première décision administrative, cela ne se présente pas lors de l'examen de la demande préalable : la prétention de l'administré ne rencontrera de la résistance, qui ferait naître le contentieux, que par la décision de l'administration. La règle de la décision préalable peut remplir, néanmoins, une fonction de prévention du contentieux, lorsque l'administration s'efforce d'adopter une décision de qualité ou une décision préalablement concertée.

Or, l'adoption d'une première décision administrative, même préparatoire ou non définitive, peut donner lieu à la naissance d'un contentieux et à l'exercice de la fonction contentieuse. Ainsi, lorsque l'administré conteste la régularité de la décision administrative, par la voie d'un recours administratif, l'administration a la possibilité de trancher le litige par une décision expresse. La décision administrative contentieuse restant, néanmoins, de nature administrative, elle pourra être soumise au contrôle juridictionnel.

TITRE II. L'ACTIVITE CONTENTIEUSE PARA-JURIDICTIONNELLE

L'activité administrative contentieuse est para-juridictionnelle quand elle s'exerce en parallèle de la compétence juridictionnelle : les litiges soumis à la décision de l'administration sont de la même nature que ceux attribués à la juridiction. L'administration se place ainsi dans une situation parallèle à celle d'une juridiction, tout en conservant sa nature administrative. Or, l'administration n'entre pas en concurrence avec la juridiction pour l'exercice de la fonction contentieuse. Le juge se réserve le dernier mot, consistant en la résolution des recours/actions adressées à l'encontre de la décision administrative contentieuse, par l'adoption d'un acte à des effets de chose jugée. Il s'agit d'une distribution de fonctions et non d'une exclusion de la juridiction.

Le partage du contentieux entre la juridiction et l'administration peut être le résultat de facteurs idéologiques ou pratiques. Par exemple, la conception idéologique de la distribution du pouvoir pourrait justifier qu'un litige en particulier soit décidé par la juridiction, sans tenir compte d'éléments concrets du contentieux ; l'idée est, dans ce cas, qu'« *il faut rendre la justice au juge* »¹. Plus fréquemment, cette décision de politique contentieuse est le résultat d'un raisonnement qui prend en considération les atouts et les faiblesses de l'organe administratif et de la juridiction, les caractères propres du litige et des parties, ainsi que les enjeux présents dans la résolution de ce litige. Le dévoilement des motivations idéologiques ou pratiques permet de comprendre l'approbation ou l'improbation de la fonction contentieuse para-juridictionnelle².

Sans concurrencer véritablement la juridiction, le parallélisme entre la juridiction et l'administration dans la fonction contentieuse peut se trouver dans deux hypothèses : lorsque le juge et l'administration sanctionnent des comportements répréhensibles, et lorsqu'ils sont portés à trancher des litiges opposant des tiers. Ainsi, il sera dès lors question d'identifier la fonction contentieuse présente dans la sanction administrative (**Chapitre 1**) et dans la résolution des litiges entre des administrés (**Chapitre 2**).

¹ Pierre DELVOLLE, « La justice hors le juge », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1984, p. 23.

² La « *justice à la place du juge* » est la « *plus grave* », *ibidem*, p. 18.

Chapitre 1. La sanction administrative

L'administration dispose de pouvoirs de sanction au même titre qu'elle exerce la fonction contentieuse : l'unité du pouvoir et l'exercice multi-organique des fonctions. Dans la quête de paix sociale, le pouvoir public s'est emparé du pouvoir de punir¹ ou *jus puniendi*, en interdisant aux citoyens la vengeance privée des comportements². La violence devient institutionnelle ou publique³. La fonction de punir n'est pas, par conséquent, une fonction exclusive des juridictions⁴, mais une fonction du pouvoir⁵ pouvant être exercé aussi par les autorités administratives, en dépit de l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs⁶. La sanction pénale et la sanction administrative ne sont que des expressions d'un même pouvoir⁷ et les deux mettent en place une politique punitive du pouvoir public⁸.

L'unité du *jus puniendi* ne saurait signifier que la sanction administrative relève du droit pénal⁹ ou même d'un pseudo droit pénal¹⁰, de même que cette unité ne saurait, non plus,

¹ Le pouvoir public vise à organiser la société « (...) en préservant le monopole de la force physique comme réponse aux actes de violence », Rafael LAFONT, *Natureza jurídica del derecho disciplinario*, Procuraduría general de la Nación, Instituto de estudio del ministerio público, Bogota, 1998, p. 23.

² Ainsi, la provocation d'un dommage de n'importe quelle importance, ne justifie pas la provocation d'un dommage équivalent ou même inférieur qui sera, néanmoins, punie. La responsabilité pénale n'est exclue que quand le dommage est causé dans le contexte de la légitime défense, c'est-à-dire d'une réaction immédiate, adressée à arrêter la causation d'un dommage. Pour exclure la responsabilité, les moyens employés doivent être proportionnels à l'atteinte : art. 122-5 al 2 du Code pénal français et art. 32, n° 6 du Code pénal colombien. En matière disciplinaire, la légitime défense exclut la responsabilité en droit colombien : art. 28, n° 4 de la loi n° 734 du 5 fév. 2002, portant *Code disciplinaire unique*.

³ « Dans sa phobie de la violence, le droit cherche moins la paix qu'à maintenir son inquestionnabilité et à dissimuler sa propre origine dans la violence », Yves MICHAUD, *Violence et politique*, Gallimard, Paris, 1978, p. 129.

⁴ Il est vrai que l'exercice de la répression disciplinaire était considéré en France comme un critère principal pour l'identification de la juridiction : « Il existe une liaison absolue entre la qualité d'organisme exerçant une mission de répression disciplinaire et celle de juridiction », René CHAPUS, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, éd. Cujas, Paris, 1975, p. 284. Cependant, la législation et la jurisprudence ultérieure ont reconnu que le pouvoir disciplinaire ne faisait pas nécessairement basculer une autorité administrative en juridiction. Par exemple, C.E.f. 4 fév. 2005, *Société GSD Gestion*, requête 2690001, R.F.D.A. nov.-déc. 2005, p. 1178.

⁵ L'explication de la sanction administrative comme l'une des manifestations du *jus puniendi* de l'État est adoptée par la jurisprudence espagnole : Frank MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*, Economica, Paris, 1993, p. 83.

⁶ « L'État actuel c'est un retour à l'Ancien Régime ou un échec des idées de la Révolution : le juge est source de droit, l'administration juge (min juge) et la sanction administrative, voulue effacée par la révolution, connaît toute sa splendeur », Jean-Pierre MUNCH, *La sanction administrative*, thèse soutenue le 17 mai 1947 à la Faculté de droit de l'Université de Paris, (dact.), p. 5. La sanction administrative « (...) demeure non sans raison évocatrice davantage d'un État de police que de droit et (...) reste liée aux pages les plus sombres de notre histoire », Catherine TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », R.D.P. 1990, p. 191.

⁷ Les « deux faces d'un même pouvoir (le Tao) », Frédéric DOUËB, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, thèse Université de Paris II, 2003, t. I, (dact.), p. 8.

⁸ Pour la professeur DELMAS-MARTY, la sanction administrative relèverait d'une « souplesse de la politique criminelle », Mireille DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, Paris, 1983, p. 88. Il faudrait voir dans le mot souplesse l'expression d'une sanction, en principe, moins violente que la sanction pénale. Le terme de politique punitive est préférable à celui de politique criminelle.

⁹ « Il ne semble pas que la confusion soit toujours évitée au demeurant entre « le droit administratif pénal » et le « droit pénal administratif », Frank MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, op. cit., p.53.

¹⁰ « La pratique des sanctions administratives est assez grave, parce qu'elle contribue, avec les sanctions fiscales, à la création et au développement (...) de ce qu'on peut appeler un droit pseudo-pénal (...) », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd. Sirey, Paris, 1963, p. 550-551.

faire passer toutes les formes de sanction par des espèces de la répression disciplinaire¹¹. De même que la fonction contentieuse de l'administration ne peut pas être identifiée à la fonction juridictionnelle, la sanction administrative n'est pas une forme de la sanction pénale et le droit applicable n'est pas le droit pénal¹². Il s'agit du droit administratif répressif ou sanctionnateur¹³, droit de la sanction non pénale¹⁴.

Or, l'administration n'exerce pas nécessairement la fonction contentieuse dans toutes les hypothèses où elle sanctionne. Par conséquent, il est nécessaire de préciser d'abord les éléments constitutifs de la sanction administrative, pour ensuite répondre à la question des conditions dans lesquelles l'administration exerce la fonction contentieuse lorsqu'elle sanctionne. Ainsi, la définition de la sanction administrative (**Section I**), précède l'identification de celle-ci comme un mécanisme contentieux (**Section II**).

Section I. La définition de la sanction administrative

La sanction en droit est un concept large pouvant recouvrir des réalités distinctes, notamment, tantôt l'acte par lequel le Président de la République rend obligatoire une loi votée¹⁵, tantôt les conséquences attachées à la réalisation des hypothèses prévues par le droit. La sanction est ainsi un terme polysémique¹⁶, qui ne s'associe pas dans tous les cas à des conséquences négatives. Or, lorsqu'il est fait référence à la sanction administrative, le terme sanction se limite à sa signification restreinte, liée à l'imposition, par la contrainte, d'une mesure à des effets négatifs pour le destinataire. Là encore, le terme sanction reste imprécis, car toutes les mesures de la contrainte ne sont pas des sanctions administratives¹⁷. La sanction

¹¹ Pour Jacques MOURGEON, la sanction pénale est la sanction disciplinaire de l'État, l'institution primaire : « Celle-ci se fonde sur la nécessité de maintenir l'ordre et la discipline dans la Société, grâce au châtement de ceux violant les normes composant l'ordre juridique de celle-ci (...) », Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, L.G.D.J. Paris, 1967, p. 21. Mourgeon suit de près les idées d'HAURIUO « l'administration de l'État est une vaste institution disciplinaire dont les administrés eux-mêmes font partie en qualité de sujets », Maurice HAURIUO *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd. mise à jour par André HAURIUO, Sirey, Paris, 1933, réimpression, Dalloz, Paris, 2002, p. 379.

¹² Pendant longtemps, il a existé, en Colombie, « (...) une pernicieuse identification entre le droit pénal et le droit disciplinaire », Carlos GOMEZ, *Dogmática del derecho disciplinario*, 4^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007, p. 45. Des exemples de cette identification : Pierre LASCOUTES et Cécile BARBERGER, « De la sanction à l'injonction : le droit pénal administratif comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1988, p. 45. Pour la Colombie: Jairo HERNÁNDEZ, « El derecho penal administrativo en Colombia », *Revista Vniversitas*, n° 46, Universidad Javeriana, juin 1974, p. 45.

¹³ Jorge RINCÓN, *Derecho administrativo laboral*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2009, p. 575.

¹⁴ Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris, 2000.

¹⁵ En Colombie, « Ce sont des fonctions du Président de la République en tant que chef de l'État, chef du gouvernement et suprême autorité administrative : (...) 9. Sanctionner les lois », art. 189, n° 9 Const.c. En droit français, en revanche, « Le Président de la République promulgue les lois (...) », art. 10, al. 1^{er} de la Const.f. Ainsi, la différence consiste dans le fait que « la promulgation est l'acte par lequel le chef de l'État authentifie la loi et la rend exécutoire (...) il se distingue de la sanction, plutôt pratiquée par les régimes monarchiques, qui, à l'origine au moins, comportait une connotation d'assentiment, totalement absente dans la promulgation », Guy CARCASSONNE, *La Constitution*, 10^e éd., Éditions du Seuil, Paris, 2011, p. 87.

¹⁶ « (...) le mot sanction désigne selon les cas : la consécration ou reconnaissance de la règle par l'ordre juridique (1°) ; les conséquences précises attachées à la règle, - disons familièrement le tarif (2°) ; ou encore la mise en œuvre autoritaire de ces conséquences, c'est-à-dire la contrainte (3°) », Philippe JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. P. 197.

¹⁷ Par exemple, pour vaincre la résistance de l'administré à l'exécution d'un acte administratif, ne portant pas une sanction administrative, une mesure de la contrainte peut être commandée par l'administration, à la condition que l'exécution d'office soit possible alors que cela n'est pas une sanction administrative. Il ne s'agit que de l'exécution de l'acte pouvant être une sanction administrative ou non.

administrative est adoptée par la voie d'un acte administratif unilatéral¹⁸ ; elle n'est pas, par conséquent, une sanction pénale¹⁹. Elle porte une peine pour une personne en raison d'avoir manqué à une obligation²⁰. De la conjonction de ces deux éléments, il sera question de parler, avec le professeur Jacques MOREAU, d'un « *acte administratif unilatéral à contenu punitif* »²¹. Or, l'enjeu principal de la définition de la sanction administrative se trouve dans la détermination de ce contenu punitif, isolant la sanction au sein des actes entraînant des effets négatifs.

Malgré la diversité de la sanction administrative²², une définition unique de ce phénomène est possible, construite à partir de la délimitation de la sanction administrative (**Sous-section 1**) et de l'identification du destinataire de la sanction administrative (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La délimitation de la sanction administrative

En France, le terme de sanctions administratives n'a « *acquis droit de cité* »²³ qu'à partir des années 40 du siècle précédent²⁴, même si des expressions de ce pouvoir existent bien avant. Dans le contexte de la seconde guerre mondiale, les autorités administratives françaises se sont vues attribuer de larges pouvoirs de répression des comportements²⁵. Ces pouvoirs de sanction ont été partiellement retirés après le rétablissement de la régularité républicaine²⁶. Néanmoins, les sanctions administratives n'ont pas complètement disparu²⁷. En Colombie, les autorités administratives se sont vues confier très tôt des pouvoirs de

¹⁸ En droit administratif colombien, l'acte administratif est nécessairement unilatéral. Les contrats administratifs ne sont pas des actes administratifs bilatéraux.

¹⁹ « *Le critère de distinction est organique* », Jean DU BOIS de GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, L.G.D.J. Paris, 1974, p. 258.

²⁰ « *Une sanction administrative est une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique (...) inflige une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements* », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, Paris, 1995, p. 35 et 36.

²¹ Jacques MOREAU, *Droit administratif*, P.U.F. 1989, p. 217.

²² « *La répression administrative est ainsi un phénomène multiforme, qui s'adapte à des contextes très divers et ne relève plus d'un régime juridique unique* », Emmanuel BREEN, *Gouverner et punir*, P.U.F., Paris, 2003, p. 61.

²³ Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, thèse Caen, 1973, p. 6.

²⁴ Il est vrai que le terme sanction administrative apparaît dans les conclusions sous C.E.F 23 janvier 1925, *Andurau, D. 1925, III, p. 43 concl. JOSSE*, « *Mais il s'agit d'un cas isolé et, en règle générale, on constate que jusqu'en 1940 le juge administratif répugne à donner explicitement la qualification de sanction lorsque celle-ci ne résulte pas des textes eux-mêmes* », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique, op. cit.*, p. 149.

²⁵ « *La répression pénale, soucieuse de respecter les droits individuels et de ce fait, lente et formaliste, est apparue inadaptée à cette législation d'économie dirigée* », *ibidem*, p. 151.

²⁶ Le système des sanctions administratives du gouvernement de Vichy a été en partie démantelé, tout d'abord par loi du 25 fév. 1948. Ensuite, les comités d'organisation ont été supprimés par la loi du 26 avril 1946. Enfin, la loi du 28 nov. 1955 a généralisé la suppression du système de sanctions en matière économique ; les affaires ont été transmises au parquet pour décider des suites pénales.

²⁷ Les sanctions ont été conservées et élargies, notamment en matière professionnelle, par la voie du retrait des cartes professionnelles. De plus, l'épuration a donné lieu à de véritables sanctions administratives alors que ces mesures ont souvent été considérées comme prises dans l'intérêt du service et sans un motif punitif, visant seulement à exclure des fonctionnaires « *incapables de collaborer sincèrement et efficacement à l'œuvre de rénovation nationale* », C.E.f. 24 juillet 1942, *Piron, S. 1943, III, p. 1, concl. SEGALAT, note MESTRE*. La négation de la nature de sanction s'avérait très discutée dans la mesure où l'épuration poursuivait les personnes ayant collaboré avec les Allemands, ce qui était considéré comme une faute.

sanction, sans avoir eu à affronter de véritables controverses²⁸.

Au cœur de la délimitation de la sanction administrative se trouve la question de la différenciation de la sanction avec d'autres mesures, même voisines. Pour cerner ce qui est et ce qui n'est pas une sanction administrative, il est question de s'intéresser à l'identification des sanctions administratives (§ 1) et de préciser l'objet des sanctions administratives (§ 2).

§ 1. L'identification des sanctions administratives

L'identification de la sanction administrative concerne deux termes : ce qui est une sanction et ce qui implique qu'elle soit administrative. Concernant l'adjectif administratif, la sanction administrative est adoptée par la voie d'un acte administratif pris par l'administration non juridictionnelle ou, le cas échéant, par des particuliers chargés de missions administratives²⁹. Ainsi, la sanction administrative n'est ni une sanction privée, telle que la clause pénale, ni une sanction juridictionnelle, adoptée par un juge pénal³⁰ ou pour toute autre juridiction³¹, même administrative³². Or, la détermination de l'élément extérieur de la sanction en tant qu'acte administratif ne suffit pas à identifier la sanction administrative ; il est ainsi nécessaire d'isoler la

²⁸ Mis à part le pouvoir de sanction disciplinaire des autorités administratives, la surintendance bancaire s'est vue attribuer, dès sa création en 1923, des pouvoirs de sanction économique, conformément à l'art. 41 de la loi n° 45 du 19 juillet 1923.

²⁹ Notamment, en France, les fédérations sportives peuvent infliger des sanctions disciplinaires, par la voie d'actes administratifs, dans le cadre de leur mission de service public (C.E.f. Sect. 26 nov. 1976, *Féd. fr. cyclisme*, Rec., p. 513 ; A.J.D.A. 1977, p. 139, concl. GALABERT, note MODERNE ; sauf dans le cas où la fédération sportive agréée ne détient pas le pouvoir d'organiser des compétitions et de régler le sport : C.E.f. 19 nov. 1988, *Mme Pascua*, Rec., p. 459 ; A.J.D.A. 1989, p. 271, obs. MOREAU). Les fédérations sportives ne sont pas des juridictions (C.E.f. Sect., 19 déc. 1980, *Hechter*, Rec., p. 488). Ce pouvoir de sanction était par exemple attribué au Conseil des bourses de valeurs (C.E.f. Ass. 1^{er} mars 1991, *Le Cun*, Rec., p. 70). En droit colombien, les entreprises privées de services publics infligent des sanctions administratives aux usagers du service, notamment la suspension temporaire ou définitive du service en raison du non-paiement de la redevance. Ces actes sont administratifs et peuvent être contestés devant l'administration, par la voie d'un recours administratif préalable et, ultérieurement, devant la juridiction du contentieux administratif : art. 154 de la loi 142 du 11 juillet 1994. Pour l'exercice de leur pouvoir de sanction à l'égard des usagers, elles doivent suivre « (...) la procédure pour l'imposition des sanctions, en garantissant la procédure régulière du droit au même titre que celle prévue dans les procédures administratives de sanction », C.C.c. Sentence T-224-06, 23 mars 2006, M.R. Clara VARGAS. Ces particuliers exercent des fonctions publiques : art. 53, al. 2 du C.D.U.

³⁰ « La nature juridique de cette prérogative est sans aucun doute, administrative. Elle ne correspond pas à la prérogative donnée par la loi au juge pour imposer une peine pour la réalisation d'un illicite pénal », C.c.c. Sentence C-214-94, 28 avril 1994, M.R. Antonio BARRERA.

³¹ « Considérant que, lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège, le Conseil supérieur de la magistrature a le caractère d'une juridiction administrative (...) », C.E.f. 30 juin 2003, *M. X*, requête n° 222160. Concernant le Conseil colombien de la judicature « La Constitution de 1991 a créé une juridiction dont la Chambre disciplinaire du Conseil supérieur de la judicature est l'organe suprême (...) ses décisions en matière disciplinaire sont des véritables sentences (...) », C.c.c. Sentence C-417-93, 4 oct. 1993, M.R. José HERNÁNDEZ.

³² Bien que la juridiction administrative française appartienne organiquement à l'administration, c'est une juridiction et ses décisions sont juridictionnelles. Lorsqu'elle prononce des sanctions, notamment en matière de contraventions de la grande voirie, ce sont des sanctions juridictionnelles, non des sanctions administratives. « La sanction administrative, c'est essentiellement la sanction prononcée par un administrateur actif et non par un juge », Georges MORANGE, note sous C.E.f. 11 août 1944, *Chaverou*, D. 1945, p. 228. Cette position est partagée par l'étude du CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 35. De même : Matias GUYOMAR, concl. sur C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou*, R.F.D.A. 2004, p. 915. En revanche, certains considèrent que les sanctions prononcées par la juridiction administrative sont des sanctions administratives : Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 103-110 ; De même pour Michel LEFONDRE, il ne faut pas « faire prévaloir des différences formelles sur une identité de fond », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 74 ; Jean-Louis de CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 103 ; de même, le terme sanction administrative est-il remplacé par celui de répression administrative, afin d'y inclure les sanctions prononcées par la juridiction administrative : Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, Bibliothèque de droit public t. 184, L.G.D.J., Paris, 1997, notamment p. 263.

sanction administrative au sein des actes administratifs³³. La gravité de la mesure (**A**) est un élément essentiel dans l'identification de la sanction administrative. Néanmoins, toute mesure grave n'est pas une sanction. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner la finalité punitive (**B**) de la mesure.

A. La gravité de la mesure

La sanction administrative est une mesure comportant des conséquences négatives pour son destinataire. Ces effets peuvent être de diverses natures et léser différents biens de la personne, ayant ou non un contenu économique. La sanction est ainsi définie par ses affects négatifs (1) ; mais, pour cerner le domaine des sanctions administratives, il est nécessaire de les identifier à l'égard des mesures graves et prises en considération de la personne (2).

1. La sanction est définie par ses effets négatifs

Tout acte administratif comportant des conséquences négatives pour la personne n'est pas une sanction administrative, alors même que toute sanction administrative entraîne ce genre de conséquences pour son destinataire. Nombre de décisions prises par l'administration entraînent des effets négatifs pour l'administré, notamment toutes les fois où l'administration rejette des demandes de l'administré, comme lorsqu'elle rejette la demande d'agrément ou d'indemnisation d'un préjudice. De même, comportent des conséquences négatives pour l'administré la résiliation unilatérale du contrat, le retrait d'une autorisation administrative, la fermeture d'un établissement public ou la mutation d'un fonctionnaire public. Des effets négatifs de ces mesures, on ne saurait établir que l'intérêt pour agir en annulation et, le cas échéant, en responsabilité. Le critère des effets négatifs de la mesure a une utilité variable quant à l'identification des sanctions administratives. Pour être une sanction, les effets négatifs doivent être issus de la volonté de l'administration (a). Or, il est question de déterminer si la gravité des effets (b) est un critère déterminant dans l'identification des sanctions administratives.

a. Effets négatifs issus de la volonté de l'administration

La mesure ayant des conséquences négatives doit procéder de la volonté de l'administration pour être une sanction. Lorsque la mesure a des effets négatifs, elle n'est que la conséquence automatique établie par la loi pour la réalisation de certaines hypothèses, ce n'est pas une décision de l'administration qui a provoqué les effets négatifs et, par conséquent, ce n'est pas une sanction administrative. Cela se présente lorsque l'administration tire les conséquences légales, notamment, d'une décision juridictionnelle. En droit français, la privation de l'intégralité des droits civiques entraîne une situation d'incompatibilité avec le statut de fonctionnaire public³⁴ et, par conséquent, le fonctionnaire ayant perdu ses droits civiques, sera radié des cadres³⁵. La perte des droits civiques

³³ Pour le droit français, il s'agit d'une décision administrative ; mais, aux effets de la comparaison, il est utilisé le terme générique d'acte administratif.

³⁴ « *Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : (...) 2° S'il ne jouit de ses droits civiques* », art. 5, n° 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations du fonctionnaire.

³⁵ Art. 24, al. 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.

n'est plus une conséquence automatique de la condamnation pénale ; mais, il s'agit d'une peine complémentaire pouvant être prononcée par le juge pénal³⁶. Seule cette peine complémentaire conduit à la radiation des cadres et à la perte de la qualité de fonctionnaire public³⁷. Une situation semblable se présente dans le cas de l'incapacité d'exercer une fonction publique élective dans le contexte de la faillite personnelle³⁸. Quant au droit colombien, l'absence d'habilité pour exercer des fonctions publiques concerne tant l'impossibilité d'avoir accès à la fonction, que l'impossibilité de continuer à l'exercer, lorsqu'une des causes d'absence d'habilité est survenue à l'égard d'un fonctionnaire en exercice. Ainsi, par exemple, lorsque le fonctionnaire est condamné à une peine de privation de liberté ou lorsqu'il est condamné en matière de responsabilité fiscale³⁹, le fonctionnaire ayant le pouvoir de nomination devra mettre fin aux fonctions⁴⁰.

Dans ces hypothèses, quand le fonctionnaire français est radié des cadres, en raison de la privation de droits civiques, et que le fonctionnaire colombien est révoqué de ses fonctions en raison de l'avènement d'une situation d'absence d'habilité, ces mesures ne sont pas des sanctions administratives, alors même que leurs effets négatifs pour le fonctionnaire sont indéniables : l'autorité ayant le pouvoir de nomination ne fait que tirer les conséquences légales de la condamnation du fonctionnaire⁴¹. Les effets négatifs ne déterminent pas, dans ce cas, l'existence d'une sanction administrative.

b. La gravité des effets

³⁶ Art. L. 131-26 du Code pénal français.

³⁷ Le Conseil d'État a précisé que l'impossibilité d'être inscrit sur les listes électorales, qui était prévue par l'art. L. 7 du Code électoral comme conséquence de la condamnation à des délits de corruption et de recel, n'entraînait pas la radiation des cadres et la perte de la qualité de fonctionnaire ; cela « (...) ne peut quant à elle résulter que d'une condamnation prononcée sur le fondement de l'article L. 131-26 du Code pénal », C.E.f. Ass. 11 déc. 2006, *Mme Marianne X*, n° 271029. L'art. L. 7 du Code électoral a été déclaré contraire à la Constitution dans la mesure où cette peine automatique ne respecte pas le principe d'individualisation des peines : « (...) elle constitue une sanction ayant le caractère d'une punition ; que cette peine privative de l'exercice du droit de suffrage est attachée de plein droit à diverses condamnations pénales sans que le juge qui décide de ces mesures ait à la prononcer expressément ; qu'il ne peut davantage en faire varier la durée », C.c.f. Décision n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *J.O.* 12 juin 2010, p. 10849.

³⁸ Il s'agissait d'une conséquence automatique de la faillite personnelle : « (...) le jugement qui prononce (...) la faillite personnelle (...) emporte l'incapacité d'exercer une fonction publique élective », art 194 d el loi 85-98 du 25 janvier 1985. Néanmoins, cette norme a été modifiée et, aujourd'hui, l'incapacité d'exercer une fonction publique élective ne peut résulter que d'une décision dans ce sens prononcée par le tribunal qui déclare la faillite personnelle, conformément à l'art. L. 653-10 du Code de commerce français.

³⁹ « Ce sont aussi des situations d'absence d'habilité pour exercer des fonctions publiques (...) 1. En dehors de la situation décrite au dernier alinéa de l'art. 122 de la Constitution politique, il est inhabile celui qui a été condamné, dans les dix dernières années, à une peine de privation de la liberté supérieure à quatre ans, pour un délit intentionnel, hormis les délits politiques (...) 4. Il est inhabile celui qui a été déclaré comme responsable d'un point de vue fiscal », art. 38, n°1 et 4 de la loi n° 734 2002 portant Code disciplinaire unique (C.D.U.). La responsabilité fiscale est déclarée administrativement pour les dommages provoqués au patrimoine public, en raison de sa gestion : art. 1^{er} de la loi n° 610 du 15 août 2000.

⁴⁰ « Les fonctionnaires devront informer immédiatement l'avènement d'une situation d'absence d'habilité ou d'incompatibilité. Si cette situation n'a pas disparu au bout de trois mois, le fonctionnaire sera retiré de ses fonctions (...) », art. 6 de la loi n° 190 du 6 juin 1995. La Cour constitutionnelle a interprété que ce délai de trois mois pour mettre fin à la situation d'absence d'habilité ne pouvait pas être accordé aux fonctionnaires ayant provoqué l'inhabilité intentionnellement ou de façon négligente: C.c.c. Sentence C-038-96, 5 fév. 1996, M.R. Eduardo CIFUENTES. « (...) l'avènement d'une absence d'habilité provoque le retrait de l'acte de nomination », C.E.c. Chambre consultative et du service civil, 4 déc. 1998, affaire n° 1149, C.R. Augusto TREJOS.

⁴¹ En revanche, la privation d'habilité est une sanction disciplinaire accessoire lorsqu'elle est prononcée dans le cadre de la procédure pénale, en tant que peine accessoire ou de la procédure disciplinaire, en tant que sanction : l'art. 44 de la loi n° 734 2002, C.D.U. dispose que la privation d'habilité générale du fonctionnaire peut être adoptée comme sanction à l'égard de fautes gravissimes et la privation spéciale d'habilité peut être adoptée comme sanction des fautes graves. L'absence générale d'habilité concerne toutes les fonctions publiques alors que l'absence spéciale d'habilitation, n'emporte que l'interdiction d'exercer une fonction publique différente de celle qu'il exerce : art. 45 du C.D.U.

Il est question de préciser si seuls les effets nuisibles d'une certaine gravité peuvent être caractérisés comme une sanction administrative. Cette idée touche à la théorie des mesures d'ordre intérieur. En principe, une mesure d'ordre intérieur n'entraîne pas des conséquences négatives pour le destinataire et, par conséquent, elle n'est pas, *a priori*, une sanction⁴². De même, ce n'est pas, en principe, une décision administrative⁴³. Cependant, il est des mesures d'ordre intérieur nuisibles pour son destinataire et qui sont des décisions administratives. Concernant ces dernières, la jurisprudence française traditionnelle exclut ces mesures du contrôle juridictionnel « *au motif prétendu que la juridiction ne saurait traiter des causes insignifiantes* »⁴⁴. Une mesure d'ordre intérieur peut comporter une sanction, mais tellement faible qu'elle ne mériterait pas le contrôle du juge. Or, la qualification de mesure d'ordre intérieur se réalisait par des catégories établies *a priori*⁴⁵, occultant qu'en réalité des sanctions graves jouissent, par cette voie, de l'immunité juridictionnelle⁴⁶. La jurisprudence française a dès lors engagé un processus de limitation de la catégorie des mesures d'ordre intérieur, par des analyses *in concreto*, prenant en considération la gravité des effets de la mesure⁴⁷. Bien que la méthode soit critiquable⁴⁸, le Conseil d'État français avance vers la garantie pleine du droit au juge.

Quant au droit colombien, le juge administratif n'a pas formulé une théorie visant à exclure de son contrôle les sanctions de faible gravité. Le Code disciplinaire unique a formulé la théorie de la préservation de l'ordre intérieur permettant aux supérieurs hiérarchiques de faire des rappels à l'ordre, sans avoir à mettre en place une procédure disciplinaire, lorsque le comportement du subordonné trouble l'ordre sans léser, pour autant, l'exercice des devoirs liés à sa fonction⁴⁹. La Cour constitutionnelle a précisé que les mesures de préservation de l'ordre interne ne peuvent avoir aucune conséquence négative pour le fonctionnaire, même très faible⁵⁰ et que le droit de la défense

⁴² « (...) la mesure d'ordre intérieur ne saurait léser, non seulement les droits statutaires du fonctionnaire, mais encore, d'une façon générale la situation légale de celui qu'elle concerne », Jean RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, thèse, Sirey, Paris, 1934, p. 73.

⁴³ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, *op. cit.*, p. 511.

⁴⁴ Olivier GOHIN, note sous C.E.f. Ass. 17 fév. 1995, *Hardouin et Marie*, *R.D.P.* 1995, p. 1338.

⁴⁵ Notamment les mesures de discipline militaire, dans les prisons et à l'école.

⁴⁶ « (...) en définissant comme une mesure d'ordre intérieur la sanction militaire, ne risque-t-on pas de contredire (...) le principe que la mesure d'ordre intérieur est sans incidence sur un statut formellement défini (...) ? », Jean RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, *op. cit.*, p. 156.

⁴⁷ La privation de la liberté d'un militaire par une mesure disciplinaire nommée arrêt est un acte faisant grief, « (...) tant par ses effets directs sur la liberté d'aller et venir du militaire, en dehors du service, que par ses conséquences sur l'avancement ou le renouvellement des contrats d'engagement », de même que la mise en cellule d'un prisonnier : C.E.f. Ass. 17 fév. 1995, *Hardouin et Marie*, *Rec.*, p. 82-83 ; *A.J.D.A.* 1995, p. 379, chron. TOUVET et STAHL ; *D.* 1995, p. 381, note BELLOUBET-FRIER ; *J.C.P.* 1995, n°22426, note LASCOMBE et BERNARD ; *R.D.P.* 1995, p. 1338, note GOHIN ; *R.F.D.A.* 1995, p. 353, concl. FRYDMAN ; *G.A.J.A.* 18^e éd., *op. cit.*, n° 95. Jurisprudence précisée par C.E.f. Ass. 14 déc. 2007, *Garde des Sceaux, ministre de la justice, c/ Boussouar*, *Rec.*, p. 495 ; *R.F.D.A.* 2008, p. 87, concl. GUYOMAR ; *D.A.* 2008, n° 24, note MELLERAY ; *J.C.P.* 2008, I, 132, chron. PLESSIX ; *R.D.P.* 2009, p. 217, note GROUILIER.

⁴⁸ *De minimis non curat praetor...* « À force de placer le droit administratif sur le terrain de la psychologie sociale, on en vient à se demander où en est la régulation jurisprudentielle qui appartient au Conseil d'État dans un domaine où le si négligeable est volontiers le si fréquent et où le si fréquent devient vite le si considérable », Olivier GOHIN, note sous C.E.f. Ass. 17 fév. 1995, *Hardouin et Marie*, *R.D.P.* 1995, p. 1345.

⁴⁹ « Préservation de l'ordre intérieur: lorsqu'il s'agit d'un fait contrariant dans un faible degré l'ordre administratif intérieur, sans léser de façon substantielle l'exercice des devoirs liés à la fonction, le chef immédiat fera un rappel à l'ordre à l'auteur du fait, sans avoir à respecter aucune formalité processuelle. Ce rappel à l'ordre ne s'inscrit pas dans l'historial disciplinaire du fonctionnaire », art. 51 du C.D.U.

⁵⁰ Le rappel à l'ordre ne peut pas, par conséquent, apparaître par écrit dans le dossier du fonctionnaire, car cela constitue un antécédent pouvant entraîner pour lui des conséquences adverses, notamment quant à l'avancement : C.c.c. Sentence C-1076-02, 5 déc. 2002, M.R. Clara VARGAS.

doit aussi être garanti dans le cas d'un rappel à l'ordre⁵¹. En raison de cette jurisprudence, le droit colombien se sépare complètement du droit français car les mesures entraînant de faibles conséquences sont aussi l'objet du contrôle juridictionnel. Ainsi, le droit colombien n'adopte que la théorie restreinte des mesures d'ordre intérieur : ce ne sont pas des actes administratifs⁵², elles n'entraînent pas de conséquences négatives pour le fonctionnaire, d'un point de vue objectif⁵³. Elles ne sont pas des sanctions⁵⁴.

Le critère de la gravité de la mesure ne détermine pas l'existence de la sanction administrative, mais son régime juridique. La gravité de la mesure n'a été utilisée comme argument que dans un sens positif, pour exiger le respect de certaines garanties⁵⁵ ou pour accepter le contrôle juridictionnel.

2. Sanction, mesures graves et prises en considération de la personne

Le droit français connaît des catégories qui sont étrangères au droit colombien, notamment celles de mesures graves et prises en considération de la personne (M.P.C.P.). Cela ne signifie pas que les garanties ne soient pas modulées, en droit colombien, notamment en raison de la gravité de la mesure. La théorie française des mesures prises en considération de la personne a une source normative : l'article 65 de la loi du 22 avril 1905⁵⁶ reconnaît le droit des fonctionnaires d'avoir accès aux informations les concernant, avant l'adoption d'une mesure, disciplinaire ou non disciplinaire, mais ayant des effets négatifs⁵⁷. La législation limitait ce droit quant aux destinataires et quant aux mesures : il s'agissait d'un droit reconnu aux fonctionnaires publics pour l'adoption de sanctions disciplinaires, de mesures de déplacement d'office et de retardement dans l'avancement. Néanmoins, la jurisprudence a

⁵¹ Le rappel verbal à l'ordre « (...) n'empêche pas que le fonctionnaire soit entendu, même si le rappel à l'ordre est très informel ; l'ordre intérieur n'est possible que si la vérité des faits est connue, non seulement à partir des témoignages de tiers, mais aussi grâce à la version livrée par le fonctionnaire concerné », C.c.c. Sentence C-1076-02, 5 déc. 2002, M.R. Clara VARGAS.

⁵² Puisqu'elles n'ont pas vocation à avoir des conséquences juridiques.

⁵³ Un rappel à l'ordre peut provoquer de la tristesse chez le fonctionnaire ; mais, cette conséquence n'est pas objective.

⁵⁴ Cela correspond, en droit français, aux mesures d'ordre intérieur telles que « de simples observations adressées à un fonctionnaire (...) », René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, *op. cit.*, p. 511. « La répression "d'homme à homme" se retrouve, dans la plupart des services publics, au bas de l'échelle des peines. Le pouvoir de réprimande du supérieur pour les infractions légères est une prérogative qu'on ne pouvait songer à lui ôter ; cette répression, toute morale, n'a pas des effets en droit », Jean RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, thèse, Sirey, Paris, 1934, p. 161. « Il semble bien constituer, pour le supérieur, un minimum nécessaire à son autorité, et inséparable de sa responsabilité », *ibidem*, p. 162.

⁵⁵ « (...) eu égard au caractère que présentait, dans les circonstances susmentionnées, le retrait de l'autorisation et à la gravité de cette sanction (...) », C.E.f. Sect. 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier, Rec.*, p. 133 ; *D.* 1945, p. 110, concl. CHENOT, note de SOTO ; *R.D.P.* 1944, p. 256, note JÈZE ; *G.A.J.A.* 18^e éd., n° 54. La gravité est aussi un critère pour exiger les garanties du procès équitable quant à l'accusation en matière pénale : C.E.D.H. 21 février 1984, *Oztürk*, Série A, vol. 73, § 56. Aussi, certaines garanties sont exigées en raison « (...) de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer (...) », C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, § 22, *Rec.*, p. 8. Le juge colombien renforce les garanties processuelles par rapport « (...) à la gravité de la solution et aux intérêts en jeu », C.c.c. Sentence T-097-94, 7 mars 1994, M.R. Eduardo CIFUENTES.

⁵⁶ Cette loi a été votée à la suite du scandale provoqué par la mise en évidence d'une pratique visant à établir des fiches individuelles des membres de l'armée, ayant des inscriptions relatives aux opinions politiques et aux croyances religieuses et motivant, notamment, des mesures tant positives que négatives, par exemple de déplacement d'office, sans que le fonctionnaire n'ait eu l'occasion de se défendre.

⁵⁷ « Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté ». art. 65 de la loi du 22 avril 1905.

élargi *a fortiori* le droit de la défense à d'autres mesures graves à l'égard des fonctionnaires, notamment le licenciement⁵⁸, sans avoir à préciser si la motivation du licenciement était ou non punitive. À son tour, le législateur a disposé que les mesures de licenciement pour insuffisance professionnelle devaient respecter les garanties de la procédure disciplinaire⁵⁹.

Jusqu'alors, l'élargissement des droits de la défense ne se faisait qu'au cas par cas, sans faire appel à un critère général. La décision *Nègre* de 1949 a adopté le critère des mesures individuelles prises en considération de la personne⁶⁰. Par la suite, ont été considérés comme des mesures prises en considération de la personne : le licenciement d'un agent auxiliaire pour insuffisance professionnelle⁶¹ ; la mutation d'office⁶² et la mise en retraite d'office pour insuffisance professionnelle⁶³. Ainsi, préalablement à l'adoption d'une mesure prise en considération de la personne, la garantie du droit de la défense du fonctionnaire implique qu'il soit convoqué pour s'expliquer, en ayant l'accès au dossier le concernant⁶⁴.

Cette théorie a aussi été élargie au-delà du champ d'application d'origine de la fonction publique civile ou militaire. Ainsi, sont aussi considérés comme prises en considération de la personne : tant le retrait d'un agrément⁶⁵ ou d'une autorisation⁶⁶ que le refus d'agréer, lorsque la décision « *s'est fondée notamment sur le comportement de l'intéressé* »⁶⁷, ou l'inscription au tableau d'un Ordre professionnel⁶⁸. Aussi, sans considérer la mesure comme une sanction, elle doit respecter les droits de la défense lorsqu'elle doit être adoptée à partir de déclarations faites par l'administré et que l'administration considère qu'elles ne sont pas exactes, sans considérer, pour autant, l'inexactitude comme une infraction⁶⁹.

⁵⁸ C.E.f. 20 nov. 1930, *Sieur Lubeigt, Rec.*, p. 957.

⁵⁹ « *La décision est prise par le ministre intéressé après observation des formalités prescrites en matière disciplinaire* », art. 2 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946, relative au statut général des fonctionnaires.

⁶⁰ « (...) *l'éviction dont il a été l'objet n'a pas été la conséquence d'une nouvelle réglementation afférente à l'emploi dont il était titulaire et devant entraîner nécessairement son exclusion dudit emploi, mais a été prise à son égard en considération de sa personne* », C.E.f. 24 juin 1949, *Nègre, D.* 1949, p. 570.

⁶¹ S'il s'agissait d'un fonctionnaire, la règle aurait découlé du statut de 1946 : C.E.f. 9 déc. 1955 *Garysas, R.D.P.* 1965, p. 335 ; *A.J.D.A.* 1956, p. 46. Le licenciement pour insuffisance professionnelle est toujours considéré une mesure prise en considération de la personne : C.E.f. 03 juillet 2009, *Syndicat mixte de gestion du parc naturel régional du Verdon*, n° 300098.

⁶² C.E.f. 29 juin 1960, *Becker, A.J.D.A.* 1961, p. 45 ; C.E.f. 27 juillet 1977, *Jeol, Rec.*, p. 338 ; C.E.f. 19 avril 1991, *Monnet, Rec.*, p. 151 ; *A.J.D.A.* 1991, p. 557.

⁶³ C.E.f. 19 juin 1960, *Monneyron, Rec.*, p. 432 ; *R.D.P.* 1961, p. 235, note WALINE ; C.E.f. 15 mars 1989, *Magne et Dame Currat, Rec.*, p. 90 ; *J.C.P.* 1990, II, 21567, note SERNAT.

⁶⁴ « *Qu'il incombe cependant, en principe, à l'autorité compétente de cette collectivité ou de cet établissement, dans les cas où la mesure est prise en considération de la personne, de veiller à ce qu'il n'existe aucun risque d'ambiguïté quant à l'objet de l'entretien auquel est convoqué l'intéressé afin notamment de mettre ce dernier à même de prendre communication de son dossier* », C.E.f. 22 juillet 2011, *Commune de Dax*, n° 345037.

⁶⁵ Le retrait d'un agrément d'un directeur d'un Centre de transfusion sanguine : C.E.f. 26 fév. 1971, *Rozé, Rec.*, p. 165. De même, les droits de la défense doivent être respectés avant le retrait d'un agrément dans la mesure où « (...) *le ministre est nécessairement conduit à porter une appréciation sur le comportement de l'entreprise eu égard aux engagements qu'elle a souscrits et aux conditions d'octroi de l'agrément* », C.E.f. Sect. 25 octobre 1985, *Société des plastiques d'Alsace, Rec.*, p. 300.

⁶⁶ En matière d'autorisation de stationnement pour des taxis, considérant que le « *bénéficiaire ne présente pas les garanties de moralité suffisantes* », C.E.f. 16 juin 1978, *Ville de Villeurbanne c/Dame Pignon, Rec.*, p. 687 ; C.E.f. 19 janvier 1990, *Ville d'Antibes c/M. Fantino*, n° 76016 ; *R.D.P.* 1991, p. 1737.

⁶⁷ C.E.f. Sect., 7 mars 1975, *Sieur Bouché, Rec.*, p. 221 ; *R.D.P.* 1975, p. 1129, concl. LABETOULLE ; *A.J.D.A.* 1975, p. 410, note BERNMANN.

⁶⁸ C.E.f. 15 oct. 1990, *Lévêque, Rec.*, p. 950.

⁶⁹ « (...) *lorsque des dispositions législatives ou réglementaires prévoient qu'un prélèvement est assis sur la base d'éléments qui doivent être déclarés par le redevable, l'administration ne peut établir ce prélèvement en retenant d'autres éléments que ceux ressortant d'une telle déclaration qu'après avoir, conformément au principe général des droits de la défense, mis l'intéressé à même de présenter ses observations* », C.E.f. Sect. 7 déc. 2001, *S.A. Ferme de Rumont, R.F.D.A.* 2002, p. 53.

Au bout de cette évolution, il est possible de constater que la théorie administrative des mesures prises en considération de la personne a mis de côté le critère de la gravité de la mesure⁷⁰, à un point tel qu'une mesure grave n'exige le respect des droits de la défense que lorsqu'elle est prise en considération de la personne⁷¹, et non à partir de considérations objectives. Ainsi, une notation réalisée par la Banque de France peut être adoptée sans avoir à garantir les droits de la défense, alors même qu'une telle notation peut avoir pour effet la fermeture de l'accès au crédit d'une entreprise⁷².

La théorie des mesures prises en considération de la personne n'est pas sans effets sur la théorie des sanctions administratives : une sanction administrative est prise en considération de la personne⁷³, alors que cette théorie enseigne qu'une mesure prise en considération de la personne n'est ni une sanction ni la conséquence d'une réglementation objective⁷⁴. En conséquence, la théorie des mesures prises en considération de la personne a deux sortes de conséquences opposées sur la sanction administrative : elle permet d'énoncer une définition de la sanction administrative dépourvue du souci des effets de cette définition quant aux droits de la défense⁷⁵, en même temps qu'elle diminue l'intérêt pour isoler la sanction administrative à l'égard des autres mesures prises en considération de la personne⁷⁶, ou plus largement, des mesures à effets négatifs pour le destinataire.

En droit colombien, il n'existe pas une catégorie semblable à celle des mesures prises en considération de la personne ou, plus précisément, le fait que l'administration prenne des décisions en considération de la personne n'est pas un critère pour le renforcement des garanties des fonctionnaires ou des administrés. Les garanties de la procédure régulière du droit, dont le droit de la défense, sont exigées devant l'administration en général,

⁷⁰ En 1968, Guy ISAAC plaide l'abandon de la théorie des M.R.C.P. pour l'adoption, à sa place, d'une théorie plus générale d'après laquelle, la procédure contradictoire devrait être garantie pour l'adoption de toute mesure grave : Guy ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Bibliothèque de droit public, t. 79, L.G.D.J., Paris, 1968, p. 396. La gravité de la mesure est prise en considération par la jurisprudence constitutionnelle et européenne des droits de l'homme, afin d'exiger le renforcement des garanties pour l'adoption des sanctions.

⁷¹ Les mesures graves adoptées à partir de critères objectifs, ne portant aucune appréciation sur le comportement du destinataire, peuvent être adoptées sans mettre en place une procédure contradictoire : C.E.f. 26 mars 1982, *Mlle Sarraby, Rec.*, p. 521 ; C.E.f. 22 mars 1996, *Société NRJ SA, Rec.*, p. 91. De même, lorsque la compétence est liée pour l'adoption de la mesure : C.E.f. 30 janvier 1991, *Min. de l'Équipement c/ Société Route et Ville, Rec.*, t. p. 672 ; C.E.f. Sect. 3 fév. 1999, *Montaignac, Rec.*, p. 7.

⁷² « (...) l'attribution par la Banque de France d'une cotation aux personnes physiques qui exercent une fonction de dirigeant, enregistrée au fichier bancaire des entreprises (FIBEN), qui ne peut s'analyser comme ayant en elle-même et par elle-même la nature et la portée d'une sanction administrative ou d'une mesure prise en considération de la personne dès lors qu'elle est fondée sur des éléments objectifs (...) et excluant toute appréciation sur le comportement de l'intéressé (...) une telle cotation a seulement le caractère d'une information à caractère objectif sans caractère contraignant, qui ne lie pas les établissements de crédit qui en ont connaissance, et qu'elle est seulement susceptible d'affecter l'accès au crédit des entreprises dirigées par la personne physique faisant l'objet de la cotation », C.E.f. 20 mai 2011, *M. Philippe A.*, n° 323353.

⁷³ À juste titre le professeur Michel DEGOFFE met en évidence la difficulté pour différencier une sanction d'une M.R.C.P. dans la mesure où, souvent, la jurisprudence relative aux M.R.C.P. oblige la communication et la discussion des « griefs » consistant en une faute personnelle : Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale, op. cit.*, p. 192. Par exemple, l'arrêt *Ville de Villeurbanne* considère qu'est une M.R.C.P. celle qui est motivée sur le fait que le « bénéficiaire ne présente pas les garanties de moralité suffisantes », alors que le même arrêt utilise le mot « griefs » : C.E.f. 16 juin 1978, *Ville de Villeurbanne c/Dame Pignon, Rec.*, p. 687.

⁷⁴ C.E.f. 24 juin 1949, *Nègre, D.* 1949, p. 570.

⁷⁵ « L'extension des droits de la défense permet de renoncer à une conception de la notion de sanction administrative biaisée par le souci d'obtenir certains effets juridiques », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, op. cit.*, p. 34.

⁷⁶ La théorie des M.R.C.P. « a contribué à faire perdre à la notion de sanction administrative un peu de sa cohérence, voire à inciter à son dépassement au profit de catégories plus vastes et plus souples », Emmanuel BREEN, *Gouverner et punir, op. cit.*, p. 96.

conformément à l'article 29 de la Constitution⁷⁷. Cependant, la gravité de la mesure, prise ou non en considération de la personne, entraîne le renforcement des garanties lorsque l'acte administratif comporte des conséquences lourdes sur les droits fondamentaux de la personne⁷⁸.

La sanction administrative est une mesure comportant des effets négatifs pour son destinataire. Ces effets négatifs peuvent être plus ou moins graves. La lourdeur de la sanction détermine, en droit français et en droit colombien, le régime juridique de la sanction ; mais, une sanction faible reste, malgré cela, une sanction. En outre, les sanctions sont prises en considération de la personne⁷⁹, alors même qu'en droit français, les mesures prises en considération de la personne ne sont pas des sanctions⁸⁰. Or, les conséquences négatives, indépendamment de leur ampleur, constituent un élément tout aussi nécessaire qu'insuffisant pour l'identification des sanctions administratives. L'acte administratif à effets négatifs ne comporte une sanction administrative qu'en raison de la finalité punitive.

B. La finalité punitive

Une sanction administrative est une mesure visant à punir un comportement considéré comme contraire à la conduite espérée. Toutes les mesures à effets négatifs ne sauraient ainsi être des sanctions en raison d'un élément plus au moins subjectif, mais en tout cas téléologique : la finalité punitive. La finalité de punir est avant tout présente lors de l'attribution de la compétence aux autorités administratives pour l'adoption de sanctions à l'égard des administrés ou des agents publics. Souvent, la finalité punitive est clairement établie dans les normes attribuant des compétences et il n'y a pas lieu à la discussion concernant la nature punitive ou non d'une mesure. Néanmoins, un exercice d'identification est nécessaire quand la finalité punitive n'est pas clairement établie par la norme, ou lorsqu'une mesure peut être adoptée pour une finalité tantôt punitive, tantôt non punitive. L'identification de la finalité apporte ainsi des éléments décisifs quant à la définition de la sanction administrative : la différence doit être établie à partir du rapport entre le maintien de l'ordre et la finalité punitive (1) et entre la finalité punitive et la finalité réparatrice (2).

1. Le maintien de l'ordre et la finalité punitive

La sanction ne cherche pas à prévenir un comportement, à rétablir l'ordre troublé ou à

⁷⁷ « La procédure régulière du droit doit être respectée dans toutes procédures judiciaires et administratives (...) », art. 29 Const.c.

⁷⁸ « 22. Les exigences en matière de preuve et les garanties d'une procédure doivent correspondre à la gravité de la solution et aux intérêts en jeu. L'analyse constitutionnelle d'une procédure (...) ne dépend pas de l'emplacement fonctionnel de l'affaire, c'est-à-dire au domaine normatif au sein duquel se place le contentieux, mais des implications de ce procès à l'égard des droits fondamentaux des personnes », C.c.c. Sentence T-097-94, 7 mars 1994, M.R. Eduardo CIFUENTES.

⁷⁹ « Le champ du principe du contradictoire coïncidait ainsi avec celui des mesures prises en considération de la personne et, au premier chef, des sanctions », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 39.

⁸⁰ Sous réserve d'une analyse de déclassement au cas par cas, visant à établir des cas où, en réalité, la mesure vise à sanctionner des comportements considérés comme fautifs et retenus en tant que griefs, sous réserve d'établir la finalité punitive.

indemniser des préjudices provoqués par le comportement, mais à punir une infraction. Certes, la sanction peut chercher à prévenir de futures infractions de la part du sanctionné ou d'autres personnes, grâce à l'exemple donné par la sanction à l'égard des tiers⁸¹. Mais, la fonction préventive de la sanction est accessoire et cette fonction n'a pas de lien direct avec les faits qui sont reprochés. La sanction administrative a une finalité punitive. L'identification de la finalité punitive permet d'établir la différence entre les mesures de police et les sanctions en droit français (a), alors même que la police n'est pas opposée à la sanction en droit colombien (b). La finalité punitive permet aussi d'établir la différence entre les mesures prises dans l'intérêt du service et la sanction disciplinaire (c).

a. Les mesures de police et les sanctions en droit français

Depuis le décret du 23 novembre 1983, l'intérêt de différencier une mesure de police, d'une sanction administrative, ne consiste pas en la détermination du champ d'application des droits de la défense⁸² : les mesures de police doivent aussi respecter ces droits⁸³. Outre l'intérêt théorique dans l'identification de la sanction administrative, des conséquences substantielles⁸⁴ et procédurales peuvent être néanmoins établies à partir de la qualification d'une mesure comme sanction. Ainsi, l'exercice de requalification permet d'établir si la procédure d'adoption de la sanction a été respectée, au-delà du droit d'être entendu, notamment lorsque la sanction ne peut être adoptée qu'après la saisine d'un organe collégial. La requalification d'une mesure de police en tant que sanction peut mettre en évidence un détournement de procédure, ou même un détournement de pouvoir.

Une mesure comportant des conséquences négatives pour son destinataire, telle que la

⁸¹ Cette fonction de la sanction est nommée par le droit pénal, prévention générale négative.

⁸² Dans sa thèse, le professeur Picard critiquait avec véhémence les raisons présentées pour exclure les mesures de police du respect des droits de la défense, en ajoutant un plaidoyer pour le changement : Étienne Picard, *La notion de police administrative*, t. I, *op. cit.*, p. 354.

⁸³ D'après une jurisprudence établie, les mesures de police pouvaient être adoptées sans avoir à respecter les droits de la défense (C.E.f. 18 juin 1975, *Dame Canu*, *Rec.*, p. 362). Cette situation était critiquable : « *Nous ne disons plus, comme aux temps naïfs : « Je pense ainsi. Quelles sont vos objections ? » Nous sommes devenus lucides. Nous avons remplacé le dialogue par le communiqué. « Telle est la vérité, disons-nous. Vous pouvez toujours la discuter, ça ne nous intéresse pas. Mais dans quelques années, il y aura la police, qui vous montrera que j'ai raison »* », Albert CAMUS, *La chute*, Gallimard, Paris, 1956, p. 50. Or, l'art. 8 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 a élargi le champ d'application du droit d'être entendu à tous les cas où la décision devait être motivée conformément à la loi du 11 juillet 1979. Cette norme est prévue aujourd'hui à l'art. 24 de la loi du 12 avril 2000. Ainsi, par exemple, le retrait d'un agrément pour ne plus remplir les conditions requises, n'est pas une sanction ; mais, cette mesure ne peut pas être prononcée sans avoir mis le bénéficiaire dans la possibilité de présenter ses observations : C.E.f. 21 nov. 2001, *Soc. Financière Rembrandt c/ Conseil des Marchés Financiers*, n° 231230. Ce droit est parfois l'objet de régulations spécifiques, notamment l'art. 335-26 du règlement général de l'A.M.F. dispose : « *Lorsqu'elle envisage de retirer l'agrément, l'AMF en informe l'association en lui indiquant les motifs pour lesquels cette décision est envisagée. L'association dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception de cette notification pour faire connaître ses observations éventuelles* ».

⁸⁴ Premièrement, l'adoption d'une mesure en tant que sanction, constitue une irrégularité entraînant l'annulation de l'acte lorsqu'elle n'a pas été expressément prévue par un texte : C.E.f. 4 déc. 1946, *Courtois-Suffit*, *Rec.*, p. 291 ; C.E.f. 23 nov. 1949, *Meyer*, *Rec.*, p. 502 ; C.E.f. 7 mai 1952, *Arrou*, *Rec.*, p. 92 C.E.f. 9 déc. 1955, *Bressoles*, *Rec.*, p. 583 ; C.E.f. 10 janv. 1962, *Riveccio*, *Rec.*, p. 15. Deuxièmement, la sanction administrative doit prendre en considération la réglementation présente au moment de la réalisation des faits et non ainsi la mesure de police : C.E.f. 20 janv. 1988, *Elfenzi*, *Rec.*, p. 17 ; J.C.P. G. 1989, II, 21178, note C.S. ; A.J.D.A. 1988, p. 223, conc. VIGOUROUX ; C.E.f. 7 nov. 1991, *Min. int. c / Harrou*, A.J.D.A. 1991, p. 49, concl. ABRAHAM. Troisièmement, les lois d'amnistie excluent l'adoption de sanction, mais non l'adoption de mesures de police visant à assurer l'ordre public : C.E.f. 23 mai 1997, *Société Amérique Europe Asie*, *Rec.*, p. 196. Quatrièmement, d'après un P.G.D., il n'est pas possible de cumuler deux sanctions administratives pour le même fait (C.E.f. 23 avril 1958, *Cne Petit-Quevilly*, A.J.D.A. 1958, II, p. 383). « (...) ce principe ne s'applique que pour autant que la loi n'en a pas disposé autrement », C.E.f. 12 avril 1995, *Sté PME Assurances*, *Rec.*, t., p. 670 ; D.A. 1995, n° 469 ; J.C.P. G. 1995, IV, 1708.

fermeture d'un établissement ou le retrait d'un agrément, peut viser tant le maintien de l'ordre public que le châtement d'un comportement jugé répréhensible. Lorsqu'elle vise le maintien de l'ordre, il s'agit d'une mesure de police administrative. Lorsqu'elle vise à punir un comportement, c'est une sanction administrative. Le critère de différence n'est pas le caractère seulement préventif qui est attribué d'une façon abusive à l'ensemble des mesures de police⁸⁵, car ces dernières peuvent chercher à maintenir l'ordre tant par la voie de la prévention que par la voie du rétablissement de l'ordre troublé⁸⁶. C'est alors l'identification de la finalité punitive qui fera basculer une mesure négative dans la catégorie de la sanction. La finalité punitive peut être établie par rapport à trois pistes signalées par des indices ne s'excluant pas : le motif punitif, l'intention punitive et le caractère définitif ou transitoire de la mesure.

Tout d'abord, le motif punitif. Une sanction administrative prend en considération un fait personnel auquel l'autorité porte un jugement négatif. La sanction est fondée sur un comportement de la personne⁸⁷, considéré comme fautif, un manquement ou une infraction⁸⁸. Le destinataire de la mesure est mis en cause par l'autorité et le grief retenu⁸⁹ à son encontre motive la mesure⁹⁰. Or, toute méconnaissance d'une réglementation est fautive et constitue une infraction⁹¹. La sanction administrative n'est pas dès lors motivée par des données

⁸⁵ « Les sanctions sont d'une nature essentiellement répressive. Elles procèdent d'une intention de punir un manquement à une obligation. Elles se fondent sur un comportement personnel considéré comme fautif. Au contraire, les mesures de police ont une finalité essentiellement préventive », Mattias GUYOMAR et Pierre COLLIN, note sous C.E.f. 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, in *A.J.D.A.* 2001, p. 634. Le caractère préventif de la mesure de police a été affirmé : C.E.f. 16 déc. 1955, *Dame Bourokba, Rec.*, p. 590.

⁸⁶ « (...) à force de n'identifier la notion de police administrative que du seul point de vue de ses limites par rapport à la police judiciaire a trop largement répété que l'une étant effectivement répressive, l'autre ne pouvait être que préventive (...) Cela a sans doute été vrai jusqu'à la première guerre mondiale ; mais, on a tellement peu réexaminé cette affirmation que l'on a fini par se persuader que c'était là l'essence de la police administrative », Étienne PICARD, *La notion de police administrative, op. cit.*, t. I, p. 343.

⁸⁷ « (...) pris en considération du comportement de la personne, ils ont pour objet de punir (...) », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, op. cit.*, p. 41. « La suppression de cet abattement implique une appréciation par l'administration fiscale du comportement du contribuable et revêt, dès lors, le caractère d'une sanction », C.E.f. 14 juin 1989, *Delaere, Rec.*, p. 577. Les intérêts de retard ne sont pas sanction seulement pour finalité non répressive, mais, aussi, car « Ils n'impliquent ainsi aucune appréciation par l'administration fiscale du comportement du contribuable et n'ont, dès lors, pas le caractère d'une sanction », C.E.f. 1 avril 1992, *Benouaich, Rec.*, p. 876. Cependant, la considération d'un fait personnel n'équivaut pas à dire que la responsabilité est toujours personnelle, dans la mesure où la personnalité des « peines » n'est pas toujours respectée : une sanction pécuniaire peut être imposée à la société ayant absorbé l'auteur de l'infraction, mais non le blâme : C.E.f. Sect. 22 novembre 2000, *Crédit agricole Indosuez Chevreaux*, n° 207697 *Rec.* p. 537 ; *C.J.E.G.* 2001, p. 68, concl. SEBAN ; *A.J.D.A.* 2000, p. 1069, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *J.C.P. G.* 2001, II, 10531, note SALOMON ; *R.F.D.A.* 2001, p. 251.

⁸⁸ Pour établir que le comportement est considéré comme une infraction, il est nécessaire d'examiner les termes utilisés pour le décrire comme motif de la décision.

⁸⁹ Les sanctions « (...) sont motivées par un grief retenu contre un individu et qui se traduisent par une atteinte aux droits et intérêts de celui-ci », Jean-Marie AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D.* 1956, chron. VII, p. 31. Concernant l'importance du grief, par exemple : « (...) qu'il lui a été fait grief de s'être placée dans une situation de conflit d'intérêts sans veiller, comme l'exige l'article 58 (6e) de la loi du 2 juillet 1996, "à ce que ses clients soient traités équitablement" ; qu'il lui a été reproché d'avoir manqué à son devoir de loyauté et d'équité envers ses clients en ne vendant pas, en dépit de la chute brutale de leur cours, les titres de la société Viking qu'elle avait achetés pour leur compte alors que dans le même temps elle avait vendu les titres qu'elle détenait en propre ; que la Commission a également motivé sa décision par le fait que la société A CONSEILS FINANCE aurait manqué à ses obligations professionnelles en se livrant à une activité de placement de titres pour laquelle elle n'était pas agréée (...) Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces circonstances que la Commission des opérations de bourse a entendu sanctionner la société », C.E.f. 20 déc. 2000, *Société A. Conseils Finance*, n° 221215.

⁹⁰ « Certaines mesures relèvent, selon les circonstances, tantôt de la police, tantôt de la discipline ; ce sont les motifs retenus qui, dans chaque affaire, leur donneront leur coloration », Guy BRAIBANT, conclusions sur C.E.f. Sect. 8 janv. 1960, *Ministre de l'Intérieur c/ Rohmer, Rec.*, p. 12.

⁹¹ « Le dépassement, par un producteur de lait, des quantités de référence qui lui ont été allouées n'est pas une infraction », François SENERS, conclusions sur C.E.f. Sect. 7 déc. 2001, *S.A. Ferme de Rumont, R.F.D.A.* 2002, p. 47.

objectives⁹², impersonnelles ou générales⁹³. De surcroît, il existe une certaine proportion⁹⁴ ou rapport logique entre l'infraction et la sanction, ce qui met en évidence le motif punitif. Cependant, la présence d'un motif apparemment punitif ne détermine pas l'existence d'une sanction lorsque celui-ci n'est pas le motif principal : la décision motivée par des comportements fautifs de la personne peut être dépourvue de finalité punitive lorsqu'il est établi que le « *motif déterminant* »⁹⁵ est la préservation de l'ordre public⁹⁶. Néanmoins, l'identification du motif déterminant n'est pas toujours aisée⁹⁷.

Ensuite, l'intention punitive devra être établie lorsque le motif punitif n'est pas évident ou qu'il n'est pas déterminant. Dans le cas où la mesure ne mettrait pas en relief les motifs déterminants⁹⁸, il sera question d'établir, par la voie d'indices, l'intention punitive⁹⁹. La volonté de punir¹⁰⁰ est, dans ce cas, liée à la finalité de l'auteur, et non à la finalité de la mesure¹⁰¹.

Enfin, un troisième indice peut contribuer à l'identification d'une sanction administrative : le caractère temporaire ou définitif de la mesure. La durée de la mesure met en évidence, d'une façon objective, la finalité recherchée : si la mesure vise au maintien de l'ordre public, par la voie de la prévention ou du rétablissement, elle n'a pas de durée prédéterminée et elle doit être appliquée tant que l'ordre public le demande. En revanche, si la mesure vise à punir, sa durée est en complète déconnexion avec l'ordre public ; la sanction a une durée fixe, courte, longue ou définitive ; mais, en tout cas, préalablement définie¹⁰². Ce critère implique qu'une mesure est une sanction dans le cas où elle n'a pas la potentialité de rétablir l'ordre troublé¹⁰³.

L'identification de la sanction administrative est le résultat de la mise en place de différents indices ; mais, cela reste problématique¹⁰⁴ notamment dans les cas où la mesure

⁹² Par exemple, les intérêts de retard prennent en considération le dépassement du délai, sans porter aucun jugement sur le comportement personnel : C.E.f. 17 avril 1992, *M. Benouaich*, n° 88 822.

⁹³ Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 100.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁹⁵ Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III : *Le fonctionnement des services publics*, 3^e éd., Marcel GIARD, Paris, 1926, réimpression Dalloz, Paris, 2009, p. 218.

⁹⁶ « *Le retrait d'autorisation (...) présente le caractère d'une mesure de police administrative visant à assurer la protection de la santé publique. Il ne découle pas de ce caractère qu'une telle mesure ne puisse pas être légalement fondée sur des manquements antérieurement commis (...) si la commission de ces manquements révèle qu'à la date de la décision de retrait d'autorisation, la poursuite du fonctionnement du laboratoire est susceptible de présenter un risque pour la santé publique* », C.E.f. Sect. 25 fév. 1994, *Min. délégué à la santé c/ Laboratoire d'Artois*, Rec., p. 98 ; J.C.P. G. 1994, IV, 1078.

⁹⁷ « *Il ne peut déboucher en tout cas que sur des divergences totales d'appréciation ou sur des discussions franchement oiseuses* », Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, op. cit., p. 348.

⁹⁸ La motivation apparente constitue un vice de l'acte administratif, lorsqu'elle est fautive et occulte une autre motivation. De même, lorsque l'acte doit être motivé et que celle-ci est irrégulière.

⁹⁹ « (...) *le juge se fonde non seulement sur le motif retenu, mais aussi sur l'intention de l'autorité qui a prononcé la mesure litigieuse* », Matthias GUYOMAR et Pierre COLLIN, note sous C.E.f. 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, A.J.D.A. 2001, p. 634.

¹⁰⁰ « (...) *l'élément constitutif de la sanction paraît être la volonté de punir une faute commise par celui auquel la sanction est infligée* », Raymond ODENT, *Les droits de la défense*, E.D.C.E., 1953, p. 62.

¹⁰¹ « (...) *le but est aussi le but subjectif, celui voulu par l'auteur de la mesure, qui s'apparente aux mobiles et non plus aux motifs de l'acte* », Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 128.

¹⁰² C.E.f. 30 sept. 1960, *Jauffret*, Rec. 504, R.D.P. 1961, p. 828, note WALINE.

¹⁰³ Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, Paris, 1992, p. 46.

¹⁰⁴ « *À vrai dire, la distinction mesures de police administratives-sanctions ne repose pas sur des critères solides* », Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 198.

cherche à satisfaire plusieurs finalités.

b. La police n'est pas opposée à la sanction en droit colombien

La distinction entre la mesure de police et la sanction administrative, en droit français, naît en principe de l'intérêt de déterminer le champ d'application des droits de la défense. Cette fonction à l'égard des droits de la défense, longtemps attribuée à l'identification de la sanction administrative, a provoqué une séparation entre les concepts de police et de sanction qui frôlait parfois l'artificialité : une mesure devait respecter les droits de la défense, car elle était une sanction et, d'autres fois, elle était une sanction car elle devait respecter les droits de la défense. Or, libérées de cette fonction quant aux droits de la défense, la sanction et la mesure de police sont restées opposées. Le professeur Étienne PICARD a mis en évidence qu'il y a des sanctions adoptées dans l'exercice de la fonction de police et que, par conséquent, l'opposition n'est pas toujours absolue¹⁰⁵. La finalité punitive peut être accompagnée d'autres finalités telles que la prévention des troubles futurs¹⁰⁶. Une mesure de police visant au rétablissement de l'ordre troublé peut consister, dès lors, en une sanction administrative¹⁰⁷.

Il est vrai que tant le Code du contentieux administratif que le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif excluent de leur champ d'application les procédures de police requérant une application immédiate¹⁰⁸. Cependant, cela ne concerne pas l'ensemble des mesures de police. Il s'agit de cas exceptionnels dont l'urgence est incompatible avec toute forme de procédure¹⁰⁹. Ces circonstances exceptionnelles, justifiant que la mesure de police soit prise sans le respect des garanties processuelles, sont déterminées législativement¹¹⁰. En dehors de ces circonstances d'urgence exceptionnelles, toutes les mesures de police doivent respecter les procédures administratives. Par conséquent, dépourvue du souci de déterminer le champ d'application des droits de la défense, la

¹⁰⁵ « (...) même si ces deux notions doivent et peuvent être assez facilement distinguées dans certaines espèces, il est apparu, dans d'autres, qu'un « pouvoir de police » donne le droit, le cas échéant, de prononcer des sanctions », Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, t. 1, op. cit., p. 365. Il existe des sanctions instituées et prononcées « (...) au titre d'un « pouvoir de police » », *ibidem*, p. 333.

¹⁰⁶ « S'il était conçu à l'origine comme mesure de police, le retrait de permis s'était transformé, en effet, en vertu des textes eux-mêmes, en sanction répressive (...) Pouvoir de police et de sanction se trouvent donc ici liés et ne s'excluent pas », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 58.

¹⁰⁷ « (...) le pouvoir de police administrative concerne l'ensemble des mesures contraignantes dont dispose l'administration pour conduire l'activité de l'administré dans l'utilité publique. Ce pouvoir ne se borne pas à la limitation de libertés individuelles ; mais, il permet l'utilisation de la contrainte lorsque le particulier méconnaît ces restrictions. Ces pouvoirs ont pour finalité la conservation ou le rétablissement de l'ordre public », C.E.c. Section 3, Sentence du 10 fév. 2000, affaire n° AC-9407, C.R. Germán RODRIGUEZ.

¹⁰⁸ « Ces normes ne s'appliquent pas aux procédures militaires ou de police dont la nature exige que les décisions soient immédiatement exécutées, afin de prévenir ou de répondre à un trouble de l'ordre public : défense nationale, sécurité, tranquillité, salubrité et libre circulation des personnes et des choses », art. 1, al. 3 du C.C.A. Cette norme correspond à l'art. 2, al. 2 du C.P.A.C.A.

¹⁰⁹ Il s'agit de mesures incompatibles avec toute procédure : « Les mesures de police prévues à l'art. 1^{er} du C.C.A. pouvant être décidées sans suivre la procédure administrative sont celles qui par leur nature, s'opposent à toute procédure préalable. Par conséquent, les assemblées départementales ne peuvent pas prévoir des procédures spéciales pour ces mesures », C.E.c. Chambre consultative et du service civil, avis du 28 fév. 2002, n° 1399, C.R. Susana MONTES.

¹¹⁰ Les circonstances exceptionnelles sont celles prévues à l'art. 11 du Code national de la police disposant qu'« en cas de calamité dont une inondation, un tremblement de terre, un incendie ou une épidémie, les autorités pourront prendre les mesures qui se suivent, afin d'affronter la crise (...) ». « Les circonstances sont prévues par le code pour justifier que les mesures énumérées par la norme, peuvent être adoptées sans procédure, afin de réagir de façon immédiate », C.E.c. Chambre consultative et du service civil, avis du 28 fév. 2002, n° 1399, C.R. Susana MONTES.

jurisprudence colombienne a considéré que lorsque l'administration impose de sanctions administratives, elle exerce la fonction de police administrative. Au lieu d'une opposition, la police et la sanction se trouvent liées en droit colombien :

- tout d'abord, le pouvoir de sanction a été attribué à des autorités de police pour la répression d'infractions mineures, ne justifiant pas l'intervention du juge pénal¹¹¹.

- ensuite, dans des périodes sombres, les autorités militaires se sont vu confier des pouvoirs de sanction des citoyens au titre du maintien de l'ordre public¹¹². Ces deux genres d'attribution du pouvoir de sanction correspondent à la vision biaisée de la sanction administrative qui la considère soit comme un sous-produit de la sanction pénale, pour la répression de comportements de faible importance¹¹³, soit comme un mécanisme de l'État de police, servant des finalités arbitraires¹¹⁴.

- enfin, au-delà de ces hypothèses, des autorités administratives chargées de fonctions de police économique, se sont vues confier des compétences de sanction pour la réalisation de leurs missions de police¹¹⁵.

Avec l'adoption de la Constitution de 1991, l'utilité d'opposer une mesure de police, qui pouvait être assimilée à un instrument expéditif et non-protecteur des droits, et une sanction administrative est davantage affaiblie, dans la mesure où le respect des droits de la défense, à titre de la procédure régulière du droit, a été affirmé au niveau constitutionnel, à l'égard de toutes les procédures administratives¹¹⁶. L'essence même du droit fondamental à la

¹¹¹ L'art 70 du décret n° 522 du 27 mars 1971 assigne la première instance des contraventions spéciales de police aux maires et aux inspecteurs de police et la seconde instance aux gouverneurs, ce qui était conçu comme une mesure de désencombrement des juridictions en quête d'une décision rapide aux conflits. Cf. Clara PÉREZ, « Análisis criminológico de las contravenciones Penales de Policía a la luz de la nueva Constitución nacional (especialmente las consagradas en la ley 23 de 1991) », *Revista Facultad de Derecho y Ciencias políticas*, n° 91, Medellín, oct-déc. 1990, p. 157-173.

¹¹² Le décret législatif n° 1923 du 6 septembre 1978, portant le Statut de la sécurité, attribuait de larges pouvoirs répressifs à des autorités militaires pour garantir l'ordre public. En raison de l'adoption de ce Statut de sécurité, la Colombie a été l'objet d'une demande devant la Commission des droits de l'homme de l'O.N.U., le 18 déc. 1979, en raison de la méconnaissance des articles 9 (relatif à la liberté personnelle et aux garanties judiciaires quant à sa privation) et 14 (droit au juge et aux garanties processuelles) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 déc. 1966. La Commission des droits de l'homme a adopté, le 24 mars 1982, une communication n° 64/1979 déclarant la méconnaissance du Pacte et invitant l'abrogation de ces normes, ce qui est intervenu presque immédiatement. La privation administrative de la liberté n'était pas inédite en Colombie dans la mesure où la loi n° 61 de 1988, connue sous le nom de *loi des chevaux*, attribuait au Président le pouvoir de sanctionner, notamment par la privation de la liberté ou l'expulsion du territoire, afin de « prévenir et (...) réprimer administrativement les délits et les fautes contre l'État », ainsi que les « conspirations contre l'ordre public ». Tant le Statut de la sécurité que la loi des chevaux avait été décidés durant des périodes troublées : le Statut visait à combattre efficacement des troubles à l'ordre public liés à la recrudescence des attaques de guérillas, alors que la loi du XIXe siècle était conçue comme un instrument du gouvernement conservateur pour punir extra judiciairement des libéraux.

¹¹³ En attribuant la compétence à l'administration pour la sanction des infractions mineures « (...) de cette façon se conçoit l'idée d'un droit administratif sanctionnateur comme une sorte de "Droit pénal de deuxième rang" », Juan SANTAMARIA, *Principios de Derecho administrativo general*, tome II, 1^{er} éd. Iustel, Madrid, 2004, p. 374.

¹¹⁴ « (...) n'est-ce pas le même organe, instable politiquement et qui a tendance à convertir le pouvoir en terreur, celui qui juge et qui impose des sanctions dans des cas spéciaux ? », Andrés BOTERO, « El órgano ejecutivo como ente administrador de justicia », *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, U.P.B. Medellín, n° 95, 1995, p.48. Dans la dictature « (...) c'est le pouvoir exécutif qui assume tout, en soumettant ces fonctions à son propre critère d'appréciation, afin d'assurer que le pouvoir de répression reste entre ses mains », León CORTIÑAS, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, 3^e éd., Ed. Temis, Bogota, 2003, p. 162.

¹¹⁵ « La Surintendance bancaire exerce une fonction de surveillance, de police administrative à l'égard des institutions financières. Cette fonction s'exerce de façon permanente et ininterrompue, par divers instruments : la réalisation de rapports, la prise de possession de l'institution surveillée et l'utilisation de mécanismes de contrainte et de sanction, notamment », C.E.c. Section 4, Sentence du 7 déc. 1990, affaire n° 2463, C.R. Jaime ABELLA.

¹¹⁶ « La procédure régulière du droit doit être respectée dans toutes procédures judiciaires et administratives (...) », art. 29 Const.c.

procédure régulière du droit s'oppose au détournement du pouvoir¹¹⁷ ou au détournement de procédure. Lorsqu'il est démontré qu'une mesure formellement motivée pour des raisons non punitives¹¹⁸ vise, en réalité, à sanctionner, la procédure régulière du droit n'a pas été respectée et l'acte doit être annulé¹¹⁹. De même, la procédure régulière du droit exige que certaines garanties minimales soient respectées lorsque l'activité de l'administration vise à sanctionner¹²⁰. Ces garanties sont méconnues dans le cas où une mesure apparemment non punitive est adoptée par une finalité punitive qui devra être annulée.

c. Les mesures prises dans l'intérêt du service et la sanction disciplinaire

Alors que des mesures entraînant des effets négatifs à l'égard des citoyens peuvent être rangées dans la catégorie des sanctions administratives, en raison de leur finalité punitive, des mesures concernant des agents publics peuvent être des sanctions disciplinaires si la finalité punitive s'avère démontrée. Dans les deux cas, la finalité punitive se différencie de la finalité de maintien de l'ordre : l'ordre public ou l'ordre dans l'administration.

En principe, les mesures prises dans l'intérêt du bon fonctionnement du service ne sont pas des sanctions. La fonction de tout chef est celle d'organiser le service, ce qui justifie des mouvements du personnel, des redistributions de responsabilités, des notations du service, des promotions et, aussi, des licenciements¹²¹. De prime abord, les mesures prises dans l'intérêt du service ne visent pas directement le fonctionnaire. Le fonctionnaire se trouve ainsi seulement indirectement affecté par une mesure d'organisation du service. Néanmoins, une mesure prise dans l'intérêt du service peut être prise en considération de la personne, notamment dans le cas où le licenciement serait justifié par de mauvaises notations ou par l'incapacité démontrée à exercer la fonction¹²². Dépourvues de finalité punitive, ces mesures ne sauraient être des sanctions.

Il arrive, néanmoins, que le pouvoir d'organisation du service soit utilisé pour sanctionner le fonctionnaire : soit parce que la motivation punitive n'est pas avouable, soit

¹¹⁷ « *Le détournement de pouvoir se présente lorsqu'une compétence attribuée à une autorité est exercée avec une finalité différente de celle poursuivie par la loi* », C.E.c. Section 2, 8 avril 1999, affaire n° 15258, C.R. Flavio RODRIGUEZ.

¹¹⁸ Il faut rappeler qu'en droit colombien, à la différence du droit français, par principe, tous les actes administratifs doivent être motivés : art. 39 et art. 59 du C.C.A. et art. 42 et 80 du C.P.A.C.A. Cela permet à la jurisprudence d'affirmer que « (...) *les actes administratifs doivent être motivés, même d'une façon sommaire, par des raisons de fait et de droit. La motivation de l'acte administratif est un élément de sa structure ; lorsqu'elle est manquante ou insuffisante (...) l'acte doit être annulé et cela en raison de l'irrégularité procédurale et aussi pour la méconnaissance du droit d'audience et de défense, car la motivation des actes administratifs est un mécanisme de protection des administrés à l'égard des prérogatives du pouvoir public (...)* », C.E.c. Section 4, Sentence du 14 juillet 2005, affaire n° 15072, C.R. Héctor ROMERO. Pour la Cour constitutionnelle, la motivation des actes est une conséquence logique du principe d'État de droit : C.c.c. Sentence C-371-99, 26 mai 1999, M.R. José HERNANDEZ.

¹¹⁹ C.E.c. Section 2, Sentence du 18 mai 2006, affaire n° 4319-04, C.R. Alejandro ORDOÑEZ.

¹²⁰ « *Le pouvoir punitif de l'État en matière administrative et disciplinaire ne peut pas méconnaître les principes de légalité, d'impartialité, de publicité, de la présomption d'innocence, de la défense et de la contradiction* », C.c.c. Sentence T-097-94, 7 mars 1994, M.R. Eduardo CIFUENTES.

¹²¹ « (...) *l'exigence de réactivité et de qualité qui anime tout décideur public amène à de fréquentes réorganisations, celles-ci engendrant à leur tour changements d'affectations ou mutations (...) des ajustements peuvent constamment modifier le panorama institutionnel et la situation individuelle ou collective des agents* », Francis MALLOL, « La sanction disciplinaire déguisée en droit de la fonction publique », A.J.D.A. 2011, p.1656.

¹²² C.E.f. 19 fév. 1954, *Couture*, Rec., p. 116 ; C.cass. Soc., 7 novembre 1995, *Fédération nationale Léo Lagrange c. M. Carroue*, Bull. civ. V, n°416, p. 209.

parce que le fonctionnaire prétend adopter une sanction prétendue efficace, sans les formalités de la procédure disciplinaire¹²³. Quoi qu'il en soit, l'effet est le même : il s'agit d'un détournement de pouvoir et de procédure, privant le fonctionnaire de garanties telles que la saisine du conseil de discipline¹²⁴, de la possibilité d'exercer une défense efficace à l'égard des véritables motivations de la mesure¹²⁵. En droit colombien, la sanction prise sous-couvert d'une mesure dans l'intérêt du service met en place une responsabilité disciplinaire sans faute¹²⁶, constitutionnellement interdite¹²⁷.

Pour l'identification d'une sanction disciplinaire déguisée¹²⁸, adoptée sous-couvert d'une mesure prise dans l'intérêt du service, il est possible de faire appel au critère du motif punitif¹²⁹. Néanmoins, il existe trois indices propres aux mesures prises dans l'intérêt du service qui devront être examinés afin de confirmer ou de requalifier une mesure lésant un fonctionnaire¹³⁰ :

Premièrement, une mesure prise dans l'intérêt du service doit avoir une influence réelle sur le service ; elle doit entraîner des conséquences positives pour le service. L'effet positif de la mesure consiste tant à l'amélioration du service, lorsqu'il est troublé, qu'à la prévention de troubles futurs. Ainsi, il est pris dans l'intérêt du service : une mutation d'office adoptée en considération des tensions du fonctionnaire avec ses collègues¹³¹ ; la décision de

¹²³ En droit français, la mutation d'office n'est plus une sanction disciplinaire, ce qui ne fait pas obstacle à la requalification en tant que sanction, lorsque la finalité punitive est avérée : C.E.f. 30 mai 1915, *Mailloux, Rec.*, p. 137 ; C.E.f. 26 oct. 1938, *Dame Meunier, Rec.*, p. 792 ; C.E.f. 2 déc. 1959, *Hermann, A.J.D.A.* 1960, II, p. 206 ; C.E.f. 25 oct. 1963, *Dlle Mollet, Rec.*, p. 511 ; C.E.f. 8 nov. 1963, *Lacour, A.J.D.A.* 1964, p. 57. N'étant plus une sanction possible (art. 89 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984), la finalité punitive entraîne l'annulation de la mutation : C.E.f. 21 juin 1995, *Monrose, req.* n° 104499.

¹²⁴ Le conseil de discipline doit être saisi pour le prononcé des sanctions les plus graves. « *Ce conseil de discipline est très généralement la commission administrative paritaire du corps auquel appartient l'agent poursuivi* », Fabrice MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, 2^e éd., Economica, Paris, 2010, p. 364.

¹²⁵ Même si le droit de la défense est aussi garanti, en droit français, dans le cas d'une mesure prise en considération de la personne, la défense ne sera pas effective dans la mesure où, dans l'ignorance, le fonctionnaire ne pourra pas contester les faits qui lui font griefs. De plus, la mesure faussement motivée constitue une difficulté majeure pour le fonctionnaire au moment de contester la décision par la voie des recours administratifs ou de la saisine du juge, dans la mesure où son argumentaire viserait des raisons apparentes.

¹²⁶ « (...) utiliser la compétence discrétionnaire dans le cas où l'atteinte portée au service n'est pas évidente (...) met en place une forme de responsabilité sans faute, interdite par notre ordonnancement juridique. L'intention ou la négligence sont nécessaires pour la configuration de la faute disciplinaire », C.E.c. Section 2, Sentence du 18 mai 2006, affaire n° 4319-04, C.R. Alejandro ORDOÑEZ.

¹²⁷ « Le droit à la procédure régulière du droit implique l'interdiction de la responsabilité sans faute qui est contraire au principe de dignité humaine et au principe de responsabilité subjective reconnu par la Constitution à l'article 29 », C.c.c. Sentence T-677-04, 15 juillet 2004, M.R. Marco MONROY. Sur l'interdiction de la responsabilité sans faute : C.c.c. Sentence C-563-95, 30 nov. 1995, M.R. Carlos GAVIRIA. Exceptionnellement, la jurisprudence valide des sanctions administratives n'exigeant pas la preuve de la faute, à la condition qu'il s'agisse de sanctions pécuniaires de moindre importance : C.c.c. Sentence C-690-96, 5 déc. 1996, M.R. Alejandro MARTINEZ.

¹²⁸ Le terme est employé par la jurisprudence française, voir notamment : C.E.f. 30 déc. 2010, *M.A.*, req. n° 333493.

¹²⁹ Notamment, la notation du service n'est pas une sanction lorsqu'elle prend en considération des éléments objectifs et qu'elle ne se motive pas sur des données personnelles considérées fautives : C.E.f. 25 janvier, 2006, req. n° 275070, *A.J.D.A.* 2006, p. 997, note MARKUS. En revanche, lorsque la mesure de mutation se fonde sur une faute du fonctionnaire, il s'agit d'une sanction : C.E.f. 3 juin 1998, *Chahed, req.* n° 148720.

¹³⁰ Après l'examen du motif punitif, ces critères ont été pris en considération par le Conseil d'État français : « (...) que la décision attaquée ne repose pas sur des motifs tenant au comportement de l'intéressé (...) que l'affectation d'office litigieuse, intervenue dans l'intérêt du service, ne peut, dans les circonstances de l'espèce, être regardée, eu égard aux conséquences résultant nécessairement de la réorganisation du service, aux caractéristiques des fonctions que M. A était appelé à exercer ainsi qu'à l'absence d'intention de la part de l'administration de sanctionner l'intéressé, comme présentant le caractère d'une sanction disciplinaire déguisée », C.E.f. 30 déc. 2010, *M.A.*, n° 333493.

¹³¹ C.E.f. 21 juin 1968, *Barré, A.J.D.A.* 1969, p. 114 ; C.E.f. 28 déc. 2009, req. n° 312133. Il est question de prendre en considération si les disputes entre les fonctionnaires avaient un véritable effet négatif sur le service, notamment quant à l'exercice de leurs fonctions et les rapports avec les administrés.

ne pas proposer la promotion d'un fonctionnaire ayant troublé par le passé le service¹³². A *contrario*, une mesure négative pour le fonctionnaire, mais sans effets quant au service, ne saurait être qu'une sanction¹³³. A *fortiori*, une mesure entraînant des conséquences négatives pour le service est une sanction déguisée¹³⁴. Or, dans cette matière des mesures prises dans l'intérêt du service, l'autorité administrative française pourrait être tentée d'utiliser ces moyens expéditifs pour infliger une sanction, en raison de la peur d'exercer le pouvoir disciplinaire, insuffisamment encadrée quant à la définition des infractions¹³⁵, alors qu'en droit colombien, les infractions étant clairement définies, la mesure prise dans l'intérêt du service ne peut être mise en place que dans le cas où le comportement, répréhensible disciplinairement ou non, lèse le service d'une façon claire et évidente¹³⁶.

Deuxièmement, la mesure prise dans l'intérêt du service doit être examinée à l'égard de la nature des fonctions de l'agent. Même si cet élément est pris en considération par le juge français, c'est en droit colombien que la nature des fonctions de l'agent détermine d'une façon claire l'étendue du concept des mesures prises dans l'intérêt du service. En effet, certains membres de la police et des forces militaires peuvent être l'objet de mesures telles que le déplacement d'office et même licenciés dans l'intérêt du service¹³⁷, d'une façon discrétionnaire, en raison d'une confiance renforcée que sont censées inspirer ces personnes à leurs supérieurs¹³⁸. En outre, les hautes fonctions de direction sont normalement confiées à

¹³² « La décision du premier président de la Cour des comptes de ne pas proposer M. S. pour une nomination au grade de conseiller maître a été fondée sur le comportement de ce dernier lorsqu'il a exercé, en 2004 et 2005, les fonctions de président de la chambre territoriale des comptes de Nouvelle-Calédonie (...) que ce comportement, qui a été à la source de graves difficultés relationnelles, a sérieusement affecté le fonctionnement de la chambre territoriale (...) », C.E.f. 16 déc. 2009, M.R., req. n° 320911, A.J.D.A. 2010, p. 638.

¹³³ Lorsque les conséquences de la mesure concernent exclusivement le fonctionnaire, il est question de reconnaître « le caractère de sanction déguisée à cette mesure qui, compte tenu notamment de ses conséquences financières, ne saurait être regardée comme une simple mesure d'intérieur », C.A.A. Paris, 6 mars 2007, *Syndicat du stade nautique intercommunal de Châtillon-Malakoff*, req. n° 04PA04029, *Actualité juridique fonctions publiques*, 2008, p. 147.

¹³⁴ « (...) dans l'espèce, l'administration n'a pas agi pour des raisons de bon service dans la mesure où est contraire aux finalités publiques, la mutation d'un fonctionnaire qui, nonobstant avoir exercé ses fonctions de façon efficace pendant plus de quinze ans, est envoyé soudainement exercer des fonctions sans rapport avec sa formation et ses capacités intellectuelles (...) ces circonstances démontrent que l'acte a été adopté par détournement de pouvoir », C.E.c. Section 2, Sentence du 8 oct. 1998, affaire n° 516-98, C.R. Javier DIAZ. Dans une autre affaire, l'administration ayant muté un fonctionnaire « (...) n'a pas agi en fonction du bon service parce qu'il ne pourrait pas exercer correctement les fonctions confiées dans la mesure où il n'avait ni les connaissances ni l'expérience nécessaire pour le poste (...) », C.E.c. Section 2, Sentence du 28 fév. 1996, affaire n° 5203, C.R. Jaime Mossos.

¹³⁵ « L'administration répugne à engager la procédure disciplinaire pour sanctionner un collaborateur (...) la procédure disciplinaire est comprise par les autorités publiques comme un constat d'échec », Francis MALLOL, « La sanction disciplinaire déguisée en droit de la fonction publique », A.J.D.A. 2011, p. 1658. « (...) que de tels faits, sans qu'il soit besoin de rechercher s'ils étaient par ailleurs constitutifs de manquements à la discipline, étaient de nature à justifier la décision du premier président de ne pas proposer la nomination de M. S. », C.E.f. 16 déc. 2009, M.R. req. 320911, A.J.D.A. 2010, p. 638

¹³⁶ « L'administration ne peut exercer ses pouvoirs discrétionnaires que dans le cas où les faits constitutifs de faute disciplinaire lésaient le service, de façon évidente et incontestable. La mesure discrétionnaire est indépendante de la procédure disciplinaire. L'atteinte au service doit être évidente, pouvant s'apprécier sans difficulté, car la mesure discrétionnaire cherche à solutionner les situations altérant le fonctionnement du service (...) l'administration détourne le pouvoir quand elle sépare le fonctionnaire du service, sans avoir fait, au préalable, l'examen des effets du fait, à l'égard du service », C.E.c. Section 2, Sentence du 18 mai 2006, affaire n° 4319-04, C.R. Alejandro ORDOÑEZ.

¹³⁷ Des membres de la police nationale (officiers, sous-officiers et agents) et des forces militaires (officiers et sous-officiers) peuvent être retirés du service pour des « motifs liés à l'intérêt du service », Jorge RINCON, *Derecho administrativo laboral*, op. cit., p. 616. Cf. C.c.c. Sentence C-048-97, 6 fév. 1997, M.R. Hernando HERRERA.

¹³⁸ « La confiance requise doit être professionnelle, liée aux intérêts du service et dépourvue de subjectivité », Jorge RINCON, *Derecho administrativo laboral*, op. cit., p. 616. Par exemple, des militaires ayant été accusés de s'être approprié une somme considérable d'argent. Alors que le juge pénal considère qu'il n'existe pas suffisamment de preuves pour engager un procès pénal, ils ont été retirés du service. Les organes compétents « (...) ont évalué la situation et ils ont considéré qu'en raison des plaintes ou des circonstances faisant douter de la fiabilité des agents, il était convenable de les retirer du service. Cette décision répond à des finalités de bon service puisqu'elle

des employés discrétionnaires, dits de libre nomination et de libre licenciement¹³⁹, qui, à la différence des employés inscrits dans la carrière administrative, peuvent être licenciés pour des raisons liées au bon déroulement du service¹⁴⁰. S'agissant des fonctionnaires dont la confiance avec leurs chefs est accrue, le motif politique est admis¹⁴¹. En revanche, le motif politique est considéré comme un détournement de pouvoir lorsqu'il justifie des mesures prises à l'égard de fonctionnaires dont la confiance n'est pas fondamentale pour l'exercice de leurs fonctions¹⁴², notamment dans le cas des enseignants dont l'autonomie est renforcée¹⁴³.

Troisièmement, la mesure prise dans l'intérêt du service est requalifiée en tant que sanction, lorsque l'intention punitive est démontrée¹⁴⁴. La recherche de l'intention punitive est nécessaire quand le motif punitif n'a pas été mis en évidence : la décision n'est pas motivée ou elle est faussement motivée. La finalité punitive est écartée dans le cas d'une mesure seulement conservatoire¹⁴⁵ et l'engagement d'une procédure disciplinaire ne suffit pas à prouver que la mesure adoptée visait à punir¹⁴⁶. Or, la preuve de la finalité punitive est difficile et, dans cette matière, le droit français et le droit colombien donnent des réponses différentes :

- en droit français, la preuve du détournement de pouvoir¹⁴⁷ peut être confiée au juge qui, dans l'exercice de ses pouvoirs de direction de l'instruction, peut demander à

concerne la sécurité et l'image de l'institution militaire qui doit être préservée pour le bien de l'institution et de la communauté », C.E.c. Section 2, Sentence du 7 déc. 2006, affaire n° 2650-05, C.R. Jesús LEMOS.

¹³⁹ En droit français, cette situation correspond aux emplois fonctionnels ou discrétionnaires. Cf. Bernard PERRIN, « Le cadre juridique des emplois discrétionnaires de la fonction publique territoriale », *A.J.D.A.* 1989, p. 147 ; Antony TAILLEFAIT, « Les emplois fonctionnels dans la fonction publique territoriale », *D.A.* mars 2003, chron. N° 6, p. 10. L'art. 5 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 confie à un décret en Conseil d'État, la détermination des emplois supérieurs dont la nomination « essentiellement révocable » est laissée au gouvernement. La constitutionnalité de cette norme a été validée, considérant qu'il s'agit de la nomination par le gouvernement des emplois « dont les titulaires sont étroitement associés à la mise en œuvre de sa politique », C.c.f. Décision n° 2010-94 QPC, 28 janvier 2011, *J.O.* 29 janvier 2011, p. 1896, § 4.

¹⁴⁰ « La compétence discrétionnaire de réorganisation du service exige seulement que celle-ci soit exercée pour des motifs de bon service », C.E.c. Section 2, Sentence du 27 nov. 1995, affaire n° 10926, C.R. Dolly PEDRAZA.

¹⁴¹ « (...) s'agissant de postes de direction et de fonctionnaires libres de pressions irrésistibles, en raison de leur capacité intellectuelle et de leurs conditions professionnelles, il est difficile d'accepter que les décisions les lésant soient adoptées pour détournement de pouvoir. Il est normal que chaque chef constitue les organes de direction avec des personnes jouissant de sa confiance (...) en revanche, des fonctionnaires ayant des fonctions strictement académiques, notamment des enseignants, ne peuvent pas être soumis au régime d'instabilité propre des postes de nature politique », C.E.c. Section 2, Sentence du 5 déc. 1996, affaire n° 12891, C.R. Carlos ORJUELA.

¹⁴² « Le détournement de pouvoir est un vice de l'acte, se configurant lorsque des employés exerçant des fonctions non politiques sont licenciés afin de nommer à leur place, d'autres personnes, pour des raisons politiques », C.E.c. Section 2, Sentence 21 nov. 1994, affaire n° 5359, C.R. Álvaro LECOMPTE.

¹⁴³ « (...) l'autonomie des universités doit être garantie afin de veiller à leur bonne marche, en sanctionnant des décisions motivées par des raisons non liées à leur mission, notamment des raisons politiques », C.E.c. Section 2, Sentence du 5 déc. 1996, affaire n° 12891, C.R. Carlos ORJUELA.

¹⁴⁴ La sanction disciplinaire « se caractérise par la conjonction d'un élément subjectif, qui est constitué par l'intention de l'auteur de l'acte d'infliger une sanction, c'est-à-dire de porter une certaine atteinte à la situation professionnelle de l'agent sur la base d'un grief articulé contre lui et tiré, non d'une appréciation sur la manière de servir, mais d'un manquement supposé à ses obligations, et d'un élément objectif, qui tient à l'atteinte portée par la mesure à la situation professionnelle de l'agent », T.A. Marseille, 11 mars 2011, req. n° 0901048.

¹⁴⁵ La suspension provisoire d'un agent public n'est pas une sanction C.E.f. 11 mars 1938, *Hirigoyen*, S. 1938, 3, p. 81, note MATHIOT. « Considérant, enfin, que la mesure de suspension est une mesure conservatoire prise dans l'intérêt du service et ne constitue pas une sanction disciplinaire (...) », C.E.f. 8^e sous-section, 8 mars 2006, *Mme Marguerite X*, n° 262129. De même, la désignation d'un administrateur provisoire d'une mutuelle n'est pas une sanction : CE, 22 novembre 2000, *Mutuelle inter-jeunes*, n° 211285 ; C.E.f. 22 nov. 2000, *M. Pouria X et autres*, n° 215317.

¹⁴⁶ C.E.f. 10 nov. 2004, *Département d'Indre-et-Loire*, req. n° 257032, *A.J.D.A.* 2005, p. 268, concl. PIVETEAU.

¹⁴⁷ Par exemple lorsqu'une mise en retraite d'office est en réalité une mesure punitive.

l'administration l'explication des motifs de la décision¹⁴⁸. De plus, il peut ordonner à l'administration la communication du dossier et des éléments ayant motivé la décision¹⁴⁹. Le juge instruit l'affaire de façon impartiale et les résultats de l'instruction peuvent tant appuyer que contrarier les prétentions du requérant.

- en droit colombien, en revanche, la juridiction administrative exige du requérant la preuve absolue du détournement du pouvoir¹⁵⁰ et cela en raison de la présomption de juridicité des actes administratifs¹⁵¹. Il n'est pas suffisant de démontrer que le fonctionnaire avait les capacités pour exercer le poste et qu'il l'exerçait dans des bonnes conditions¹⁵². Pour démontrer que la véritable motivation n'était pas le bien du service, il lui sera même exigé la preuve que le service a été troublé à cause de la mesure¹⁵³. Néanmoins, dans le cas exceptionnel où le requérant démontre qu'il exerçait la fonction d'une façon très satisfaisante, apportant d'excellents résultats pour le service, le juge exigera de l'administration la preuve que la mesure a été adoptée dans l'intérêt du service¹⁵⁴.

2. La finalité punitive et la finalité réparatrice

L'obligation de verser une somme d'argent acquiert ou perd une coloration punitive en raison de la destination de l'argent : elle peut viser à réparer un préjudice et, dans ce cas, ce n'est pas une sanction ; elle peut viser à punir et à dissuader, et il s'agit d'une sanction¹⁵⁵. Des exemples de ce genre de mesures se retrouvent en matière fiscale où il existe un ensemble de mesures visant à protéger le fonctionnement du système déclaratif¹⁵⁶, constitué notamment

¹⁴⁸ C.E.f. 26 janv. 1968, *Sté « Maison Genestal »*, *Rec.*, p. 62.

¹⁴⁹ C.E.f. Sect. 1^{er} mai 1936, *Couspel du Mesnil*, *Rec.*, p. 485, *G.A.C.A.* 2^e éd., arrêt n° 56 « *Certes, il appartient au requérant de fixer le cadre du litige par sa requête, mais une fois celle-ci enregistrée il est loisible au juge de prendre éventuellement toutes les initiatives qu'il estime les plus appropriées pour être complètement éclairée sur le litige, tout en respectant le contradictoire* », Bernard POUJADE, commentaire sous C.E.f. Sect. 1^{er} mai 1936, *Couspel du Mesnil*, *G.A.C.A.* 2^e éd., arrêt n° 56, p. 977. Cette procédure a été utilisée dans l'affaire *Barel* : C.E.f. 28 mai 1954, *Barel*, *R.D.P.* 1954, p. 509, concl. LETOURNEUR, note WALINE ; *R.A.* 1954, p. 393, note LIET-VEAUX ; *A.J.D.A.* 1954, II, p. 396, note LONG ; *D.* 1954, p. 594, note MORANGE ; *S.* 1954, p. 97, note MATHIOT ; *G.A.J.A.* 18^e éd., *op. cit.*, n° 69. Le refus de l'administration de communiquer est considéré comme indice grave du détournement : C.E.f. 21 déc. 1960, *Premier ministre c/Vicat-Blanc*, *Rec.*, p. 1093 ; *D.* 1961, p. 421, note CHAPUS ; *A.J.D.A.* 1961, p. 167, note V.S.

¹⁵⁰ « (...) celui qui plaide le détournement de pouvoir ou la fausse motivation, doit conduire le juge à la certitude absolue que les motifs de l'acte n'ont pas été ceux signalés par la loi », C.E.c. Section 2, Sentence du 7 déc. 2006, affaire n° 2650-05, C.R. Jesús LEMOS.

¹⁵¹ « Concernant le détournement de pouvoir, l'onus probandi correspond au requérant, dans la mesure où il s'agit d'attaquer un acte administratif jouissant de la présomption de juridicité. Ainsi, il devra démontrer que l'administration poursuit des fins différentes de ceux attribués par le droit », C.E.c. Section 2, Sentence du 27 nov. 1995, affaire n° 10926, C.R. Dolly PEDRAZA.

¹⁵² C.E.c. Section 2, Sentence du 17 mai 2007, affaire n° 7068-05, C.R. Bertha RAMIREZ.

¹⁵³ « (...) lorsqu'on prétend démentir la présomption de juridicité de l'acte, il est nécessaire de prouver que le service a été troublé à cause de la décision et qu'il y a eu un détournement de pouvoir », C.E.c. Section 2, 8 avril 1999, affaire n° 15258, C.R. Flavio RODRIGUEZ.

¹⁵⁴ « (...) dans le cas où il est prouvé que le fonctionnaire exerçait ses fonctions dans des conditions d'excellence, il revient à l'administration de démontrer les raisons ayant motivé la décision de le licencier », C.E.c. Section 2, Sentence du 7 déc. 2006, affaire n° 2650-05, C.R. Jesús LEMOS.

¹⁵⁵ La sanction se différencie d'autres mesures en raison de « (...) la finalité de la mesure. Ainsi, une amende cherche à prévenir un comportement considéré comme répréhensible », C.c.c. Sentence C-280-96, 25 juin 1996, M.R. Alejandro MARTINEZ.

¹⁵⁶ « Le premier objectif du système de pénalités –fiscales– est de garantir le respect du système déclaratif », Jacques PAULTRE de LAMOTTE, « Les sanctions fiscales dans le système fiscal français : présentation d'ensemble », *R.F.F.P.* n°65, mars 1999, p. 11.

par des majorations d'impôts¹⁵⁷, des amendes¹⁵⁸, des confiscations, des saisies et des fermetures d'établissements de commerce¹⁵⁹. De même, l'obligation de payer des intérêts pour le retard. Considérées dans l'ensemble comme remplissant une double finalité, de répression et d'indemnisation des préjudices¹⁶⁰, une partie de la doctrine les excluait de la catégorie des sanctions administratives¹⁶¹. Néanmoins, l'évolution de la matière a démontré qu'au sein de ces mesures fiscales, en dépit du fait qu'elles puissent remplir plusieurs fonctions, il existe des sanctions administratives¹⁶² et d'autres mesures qui n'ont pas cette nature. Aujourd'hui, un examen plus approfondi permet d'identifier la sanction à partir de deux indices :

D'un côté, l'obligation pécuniaire imposée est une sanction lorsque l'administration prend en considération un « *comportement jugé fautif* »¹⁶³, notamment la fraude dans la déclaration¹⁶⁴, mais aussi le retard ou l'inexactitude de la déclaration¹⁶⁵. En revanche, l'obligation automatiquement mise en place n'est pas, en principe, une sanction : le droit français exclut les sanctions automatiques¹⁶⁶ et le droit colombien interdit la responsabilité sans faute¹⁶⁷. Ainsi, la finalité punitive des majorations d'impositions a été reconnue, nonobstant une finalité réparatrice accessoire¹⁶⁸.

¹⁵⁷ En droit français, la majoration est notamment appliquée pour défaut ou retard de déclaration : art. 1728 du Code général des impôts. En droit colombien, une majoration est notamment prévue pour le dépôt tardif des déclarations : art. 641 du décret n° 624 du 30 mars 1989, portant le Statut de la fiscalité.

¹⁵⁸ En droit français, une amende est notamment appliquée pour infraction aux règles de facturation : art. 1737 du Code général des impôts. En droit colombien, une amende est notamment établie pour le manquement au devoir de déclarer : art. 643 du décret n° 624 du 30 mars 1989, portant le Statut de la fiscalité et pour non-envoi de l'information requise par l'administration des impôts : art. 651.

¹⁵⁹ L'administration fiscale colombienne dispose du pouvoir de déclarer la fermeture des établissements de commerce, notamment pour n'avoir pas délivré des factures ou pour des fraudes dans la comptabilité : art. 657 du décret n° 624 du 30 mars 1989, portant le Statut de la fiscalité.

¹⁶⁰ C.cass Crim. 16 juillet 1927, *Administration des contributions indirectes c/ Langlois, D.* 1928, I, p. 77, note HENRY ; C.E.f. Ass. 27 avril 1979, *Société Yacht Motors Corporation, Rec.*, p. 169, *R.J.F.* 1979, n° 366, concl. MARTIN-LAPRADE. Cf. Marcel WALINE, « Nature juridique des pénalités fiscales », *Revue de science et de législation financière*, 1949, p. 14.

¹⁶¹ Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique, op. cit.*, p. 29.

¹⁶² L'opposition entre sanctions fiscales et sanctions administratives est artificielle « (...) *les sanctions fiscales constituent des sanctions administratives* », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, op. cit.*, p. 47.

¹⁶³ Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale, op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁴ La fraude justifie, notamment, la sanction prévue, en droit colombien, à l'article 640-1 du décret n° 624 du 30 mars 1989, portant le Statut de la fiscalité.

¹⁶⁵ « *D'une façon générale, les sanctions fiscales s'imposent pour n'avoir pas accompli les obligations d'informer, de déclarer et de déterminer correctement les impôts (...)* On sanctionne le retard, la correction, l'inexactitude, l'absence de déclaration, des problèmes des livres de comptabilité, l'omission dans la production des certificats fiscaux, l'absence d'explication des dépenses et l'absence d'information de la fermeture d'un établissement », C.c.c. Sentence C-485-03, 11 juin 2003, M.R. Marco MONROY.

¹⁶⁶ « (...) *constitue par elle-même, une sanction, qu'elle ne peut dès lors être légalement prévue par le règlement intérieur qu'à la condition de ne pas présenter un caractère automatique* », C.E.f. 18 mars 1998, *Comité d'entreprise de la société de bourse A. Ferri, B. Ferri et C. Germe, R.F.D.A.* 1998, p. 651.

¹⁶⁷ C.c.c. Sentence C-563-95, 30 nov. 1995. M.R. Carlos GAVIRIA. Or, à titre exceptionnel, la Cour constitutionnelle a validé des sanctions administratives sans faute, en raison des intérêts en jeu : C.c.c. Sentence C-690-96, 5 déc. 1996, M.R. Alejandro MARTINEZ.

¹⁶⁸ « *Majorations d'impositions prévues à l'article 1729-1 du Code général des impôts en cas de manœuvres frauduleuses qui, dès lors qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et n'ont pas pour objet la seule réparation pécuniaire d'un préjudice, constituent, même si le législateur a laissé le soin de les établir et de les prononcer à l'autorité administrative, des « accusations en matière pénale » au sens de l'article 6 précité* », C.E.f. Avis, 31 mars 1995, *Ministre du Budget c/ Sarl Auto-Industrie Méric, Rec.*, p. 154, *D.F.* 1995, p. 806, concl. ARRIGHI de CASANOVA ; *A.J.D.A.* 1995, p. 739, note DREIFUSS. Il s'agit « (...) *des sanctions soumises au principe de nécessité des peines tel qu'il résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires"* », C.E.f. Avis du 5 avril 1996, *Houdmond, R.F.D.A.* 1997 p. 943, note PETIT.

D'un autre côté, la sanction peut être adoptée « *sans souci de la proportion exacte avec le dommage causé* »¹⁶⁹ ; la sanction est établie par rapport au jugement de la gravité du comportement, indépendamment des préjudices réels¹⁷⁰. En revanche, la mesure réparatrice s'établit par rapport aux préjudices. Dans la mesure réparatrice, la proportion ne s'établit pas entre la gravité du comportement et la sanction, mais entre le dommage et la réparation. Par conséquent, toute mesure dépassant le montant nécessaire à la réparation est une sanction¹⁷¹. Ainsi, la position du Conseil d'État français est incompréhensible lorsqu'il considère que le principe de proportionnalité est réservé à la sanction et que, dès lors qu'une mesure a une finalité réparatrice, elle peut être disproportionnée¹⁷². En considérant que la mesure n'est pas une sanction, la sanction non reconnue s'autorise à être encore plus violente.

La combinaison de ces deux critères permet d'affirmer que l'obligation de payer des intérêts pour le retard¹⁷³ n'est pas une sanction¹⁷⁴, mais une mesure visant à quantifier¹⁷⁵ et à réparer les préjudices provoqués par le retard¹⁷⁶, à la condition de ne pas être excessive, c'est-à-dire de ne pas dépasser le nécessaire pour réparer le préjudice¹⁷⁷. De même, les majorations liées exclusivement au retard¹⁷⁸ ne sont pas des sanctions, mais des mesures réparatrices¹⁷⁹.

¹⁶⁹ Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale, op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁰ La pénalité prévue à l'art. 1763 A du Code général des impôts pour distributions occultes, consistant à l'équivalent du 100 % des sommes versées est une sanction C.E.f. 8 juillet 1998, *SARL Clinique Mozart*, n° 184214 ; *R.J.F.* n° 8-9 1998, n° 942.

¹⁷¹ C.E.f. 28 juillet 1999, *GIE Mumm Perrier Jouet, Rec.*, p. 257 ; C.E.f. 21 avril 1989, *David, R.J.F.* 6/80, n° 710.

¹⁷² En effet, tout en niant le caractère de sanction à l'obligation de payer l'équivalent de deux fois son dernier traitement annuel, en raison de la démission d'un fonctionnaire, intervenue avant les dix ans d'engagement minimal de l'élève dont les études supérieures avaient été payées par l'administration, le Conseil d'État considère que ce montant ne doit pas prendre en considération que la personne a travaillé pendant quelques années pour l'État (6 ans, dans l'espèce) et, de ce fait, qu'il l'a fait bénéficier de ses connaissances pendant un certain temps : « *Considérant que l'objet de ces dispositions à caractère statutaire est d'assurer que les fonctionnaires dont les frais de formation à l'École nationale d'administration ont été pris en charge par l'État soient recrutés par lui et, dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'administration, demeurent à son service pendant une durée minimum de dix années ; (...)* qu'ainsi l'indemnité dont, sur le fondement des dispositions réglementaires précitées, ces fonctionnaires sont redevables au Trésor, en cas de rupture de leur engagement de servir, ne revêt pas le caractère d'une sanction ; que, par suite, M. POPLU ne peut utilement invoquer la violation (...) du principe de proportionnalité des peines », C.E.f. 22 févr. 2006, *Poplu*, n° 258555 ; *R.F.D.A.* 2006, p. 1056. L'absence de prise de considération des années effectives de travail au service de l'administration fait penser, en réalité, à une sanction.

¹⁷³ En droit français, les intérêts pour le retard sont prévus au chapitre relatif aux pénalités, tout en opposant à l'intérieur, l'intérêt de retard et les sanctions fiscales : Chapitre II du Code général des impôts, relatif aux pénalités. La partie – A - fait référence à l'intérêt de retard (art. 1727-1727-0A) et la partie – B - concerne les sanctions fiscales (1728-1740B). En revanche, en droit colombien, l'obligation de payer des intérêts pour le retard est prévue dans le titre relatif aux sanctions (titre III, du Statut de la fiscalité, relatif aux sanctions : arts. 634 et 636 du décret n° 624 du 30 mars 1989) ; néanmoins, il s'agit d'une imprécision du législateur.

¹⁷⁴ De même, les intérêts moratoires qu'une banque doit payer à la Banque de France pour retard dans le dépôt des réserves obligatoires ne sont pas une sanction C.E.f. 1^{er} juillet 1983, *Ministre du Budget c/Société X, Rec.*, p. 295.

¹⁷⁵ « (...) la loi fiscale a prévu un mécanisme pour compenser le préjudice des contribuables, consistant au paiement des intérêts et des intérêts moratoires. Il s'agit du mécanisme légal de déterminer et de réparer les préjudices dans la matière », C.E.c. Section 4, Sentence du 3 juillet 2003, affaire n° 13355, C.R. Juan PALACIO.

¹⁷⁶ C.E.f. 26 janvier 1972, *Société Gaitz-Hocky, Rec.*, p. 76 ; *D.F.* 1972, n° 6, comm. n° 1030. Les intérêts ne prennent pas en considération le comportement du contribuable : C.E.f. Ass. 9 nov. 1988, *Grisoni*, n° 68965 ; *R.J.F.* n° 179, concl. MARTIN-LAPRADE ; *Droit fiscal* 1989, n° 27, comm. 1360 ; C.E.f. Ass. 8 mars 2002, *S.A. financière Labeyrie, R.J.F.* 2002, p. 497.

¹⁷⁷ C.E.f. Ass. Avis du 12 avril 2002, *Société anonyme financière Labeyrie, J.O.* 12 mai 2002, p. 9167.

¹⁷⁸ Les majorations pour mauvaise foi sont des sanctions et, par conséquent, il est possible d'appliquer la loi ultérieure la plus douce, ce qui n'est pas possible à l'égard des intérêts de retard : C.E.f. 27 févr. 1998, *Vanadia, D.F.* 1998, comm. n° 516, concl. ARRIGHI de CASANOVA. Cf. Jacques PETIT, « L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions fiscales », *R.F.D.A.* 1997, p. 843.

¹⁷⁹ L'art 8 de la déclaration 1789 s'applique à toute sanction administrative sous réserve des « *majorations de droits et intérêts de retard ayant le caractère d'une réparation pécuniaire* », C.c.f. Décision n° 82-155 DC, 30 déc. 1982, *Rec.*, p. 88, § 34. Cette position est confirmée : « (...) les dispositions contestées instaurent une majoration de 10 % en cas de retard de paiement des impositions versées aux comptables du Trésor ; qu'elles figurent au nombre des règles relatives à l'assiette, au taux et au recouvrement des impositions de toutes natures ; que la majoration ainsi instituée, qui ne revêt pas le caractère d'une punition, a pour objet la compensation du préjudice

Le droit français, comme le droit colombien, prévoit que les sanctions sont dues indépendamment des intérêts pour le retard¹⁸⁰. En raison de la finalité réparatrice, la condamnation à payer les dommages causés au patrimoine public, en droit colombien, n'est pas une sanction administrative¹⁸¹.

L'identification des sanctions administratives ne se limite pas au constat d'une mesure ayant des effets négatifs pour le destinataire, formellement qualifiée comme sanction et prise dans le respect de la légalité des peines. L'identification des sanctions administratives dépasse les apparences et permet des requalifications, lorsque la finalité punitive est démontrée. Au-delà d'un exercice d'identification, il est ensuite question de préciser l'objet des sanctions administratives.

§ 2. L'objet des sanctions administratives

Les sanctions administratives ne peuvent pas avoir pour objet toutes les mesures entraînant des conséquences adverses pour une personne. Il existe des biens dont l'ordre juridique prévoit un régime spécial de protection, faisant obstacle à la possibilité d'être l'objet d'une sanction administrative. L'objet des sanctions administratives est d'abord déterminé par les mesures exclues (A) et, ensuite, par les sanctions acceptées (B).

A. Les mesures exclues

L'exclusion des sanctions administratives peut être générale à l'égard d'un bien juridique protégé ou, spéciale, concernant une sanction en particulier. Dans le premier cas, toutes les sanctions administratives concernant un bien déterminé sont exclues. Dans le deuxième cas, une mesure en particulier ne peut pas être adoptée, en tant que sanction administrative. L'exclusion de la sanction administrative est le résultat d'un jugement politique sur l'importance accordée à un bien ou sur la gravité d'une mesure. Par conséquent, le contenu de l'exclusion de la sanction administrative est une décision de contenu historique, qui reflète un certain moment constitutionnel. Dès lors, il est question de s'intéresser à l'état du droit actuel : à la portée du domaine réservé au juge judiciaire français (1) et à la réserve de l'autorité judiciaire compétente en droit colombien (2).

subi par l'État du fait du paiement tardif des impôts directs ; que, dès lors, les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sont inopérants », C.c.f. Décision n° 2011-124 QPC, 29 avril 2011, *J.O.* 30 avril 2011, p. 7537, §3.

¹⁸⁰ En droit français, les intérêts de retard sont dus indépendamment des sanctions, hormis ceux prévus en matière de contributions indirectes (art. 1727, I - II, 1 du Code général des impôts). En droit colombien les intérêts de retard n'excluent pas les sanctions et la règle est parfois expressément confirmée, notamment dans le cas de la sanction pour déclaration tardive « (...) cette sanction n'exclut pas l'obligation de payer des intérêts pour le retard », art. 641, al. 2 du décret n° 624 du 30 mars 1989, portant le Statut de la fiscalité.

¹⁸¹ « C) La responsabilité pour des dommages causés au patrimoine public n'a pas une nature de sanction, ni pénale ni administrative (art. 18 par., loi 42 de 1993). La déclaration de responsabilité vise une finalité réparatrice : elle cherche à obtenir l'indemnisation pour les dommages causés au patrimoine de l'autorité publique », C.c.c. sentence SU-620-96 13 nov. 1996, M.R. Antonio BARRERA.

1. La portée du domaine réservé au juge judiciaire français

La Constitution française ne dispose pas, expressément, les biens, droits ou libertés ne pouvant pas être l'objet de la sanction administrative. La Constitution ne précise pas, non plus, les mesures qui ne sauraient être adoptées en tant que sanctions administratives. En raison du flou constitutionnel, lorsque le Conseil constitutionnel français décide, en 1984, que « (...) *cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative (...)*»¹⁸², la doctrine y voit une interdiction générale de la sanction administrative en matière de libertés¹⁸³. Or, le Conseil constitutionnel n'entendait pas censurer la sanction administrative *en soi* ; mais, ce système de sanction conduisait, dans les faits, à un régime d'autorisation préalable en matière de presse¹⁸⁴.

Ce sont des décisions ultérieures qui ont cerné la véritable portée des limitations à l'objet de la sanction administrative. En effet, dès 1989, le Conseil constitutionnel a précisé que la sanction administrative ne pourrait pas avoir pour objet une mesure de privation de la liberté¹⁸⁵. Le fondement de cette réserve n'est pas vraiment discutable : l'article 66 de la Constitution française de 1958 qui, dans le titre relatif à l'autorité judiciaire, dispose que « *nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». En revanche, la portée de cette réserve n'est pas complètement claire.

- d'une part, quant au bénéficiaire de la réserve. Il est vrai que la norme constitutionnelle ne précise pas quel juge judiciaire est bénéficiaire de la réserve en matière de privation de liberté. Ainsi, il est légitime de se demander si l'intervention du juge pénal est constitutionnellement requise ou, en revanche, la privation de la liberté pourrait être ordonnée par un autre juge judiciaire, notamment le juge civil. D'après les termes de la réserve, elle exclut toute autorité non judiciaire. Cependant, l'attribution d'une telle mesure à une juridiction non pénale devrait respecter les conditions de nécessité des peines et, surtout, les garanties requises au juge pénal, notamment la séparation des étapes d'instruction et de jugement¹⁸⁶. Dans les faits, cette séparation installerait une espèce de juge judiciaire civil aux allures de juge pénal.

- d'autre part, la portée de la réserve en matière de privation de liberté rencontre une

¹⁸² C.c.f. Décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *Rec.*, p. 78 ; *R.D.P.* 1986, p. 395, comm. FAVOREU ; *A.J.D.A.* 1984, p. 692, note BIENVENU.

¹⁸³ « (...) *le juge constitutionnel clarifie le droit de la répression puisqu'il rappelle l'incompétence des autorités administratives pour sanctionner les infractions au régime des libertés* », Jean-Jacques BIENVENU, note sous C.c.f. 10-11 oct 1984, *A.J.D.A.* 1984, p. 684.

¹⁸⁴ « *Considérant que l'ensemble de ces dispositions, dont les autres dispositions des articles 19 et 20 ne sont pas séparables, produit des effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable ; qu'elles sont, de ce chef, contraires à l'article 11 de la Déclaration de 1789 ; qu'à supposer même qu'elles aient pour objet de réprimer des "abus" au sens dudit article 11, cette répression ne saurait être confiée à une autorité administrative* », C.c.f. Décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *Rec.*, p. 78, § 81. Or, « (...) *c'est bien ce régime d'autorisation préalable que le Conseil constitutionnel censure plus que l'octroi de pouvoirs de sanctions à une autorité administrative* », Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale, op. cit.*, p. 51.

¹⁸⁵ C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* p. 71, § 6 ; C.c.f. Décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Rec.*, p. 45, § 30.

¹⁸⁶ Même si la séparation entre la poursuite et le jugement est exigée par le juge judiciaire (C.cass. crim. 22 juin 1878, *D.* 1878, I, p. 496), au présent, seule la séparation entre l'instruction et le jugement est une garantie constitutionnelle : C.c.f. Décision n° 95-360 DC, 2 fév. 1995, §5-6, *D.* 1997, somm. 130, Obs. RENOUX.

difficulté plus sérieuse lorsqu'il s'agit de déterminer le rôle que doit accomplir le juge judiciaire dans cette matière. Dans un premier temps, la jurisprudence constitutionnelle laissait croire que toute forme de privation administrative de liberté était contraire à la réserve judiciaire et, par conséquent, il était possible d'affirmer l'illégalité absolue des sanctions administratives privatives de liberté¹⁸⁷; dans cette interprétation, la réserve judiciaire est absolue.

Cependant, cette interprétation absolue laissait sans explication toutes les situations où la privation de liberté était ordonnée administrativement, notamment à l'égard des malades mentaux, ou pour un contrôle d'identité¹⁸⁸ ou même la sanction de privation de liberté ordonnée en matière de discipline militaire¹⁸⁹. Le système de contrôle de constitutionnalité qui existait en France permettait de conclure que ces mesures étaient, certes, anti-constitutionnelles, mais tolérés en raison des défaillances du système de contrôle exclusivement préalable. L'introduction du système de la question prioritaire de constitutionnalité a permis au Conseil constitutionnel de confirmer que l'autorité judiciaire était gardienne de la liberté individuelle et que personne ne pouvait être arbitrairement détenu alors que son rôle de gardienne pouvait se remplir de différentes manières¹⁹⁰, notamment par le contrôle ultérieur de la privation administrative de liberté¹⁹¹. Auparavant, la jurisprudence constitutionnelle était allée trop loin à deux reprises : en 1984, en considérant que la sanction administrative n'était pas possible et, dès 1989, en interprétant que toutes les privations de liberté devaient être ordonnées par un juge. Aujourd'hui, la décision de l'année 2010, concernant l'hospitalisation forcée des malades mentaux, ne saurait pas être interprétée largement¹⁹². Les termes utilisés sont, certes, larges et la forme d'intervention de l'autorité judiciaire est laissée à la décision du législateur. Cependant, le juge ne s'est pas privé de faire un examen de la raison d'être de cette compétence administrative qui est motivée par l'urgence de garantir l'ordre public, et même de protéger le malade. Le Conseil constitutionnel a ainsi énoncé un principe à valeur constitutionnelle, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne serait pas nécessaire, adaptée et

¹⁸⁷ « (...) la première hypothèse – évidemment imaginaire – à envisager est la suivante : le supérieur hiérarchique, mécontent de l'activité de son subalterne, prononce à son encontre une sanction très grave, peine d'emprisonnement de dix ans. Cette sanction est grossièrement illégale, car le contenu même de l'acte viole de manière flagrante la légalité », Jacques MOREAU, *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1989, p. 201. L'exemple donné par le professeur MOREAU est juste dans la mesure où l'illégalité est aussi flagrante en raison de la méconnaissance de la légalité de la sanction.

¹⁸⁸ Les autorités de police peuvent décider la détention d'une personne, pour une durée maximale de quatre heures, afin de réaliser un contrôle d'identité : art. 78-3 C.P.P.f. C.c.f. La mesure est contrôlée par le juge judiciaire. C.c.f. Décision n° 93-323 DC, 5 août 1993, § 10, *Rec.*, p. 213.

¹⁸⁹ Art. R. 4137-28, al. 2 du Code de la défense.

¹⁹⁰ « (...) que, dans l'exercice de sa compétence, le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures lésant la liberté individuelle qu'il entend édicter », C.c.f. Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *J.O.* 27 novembre 2010, p. 21119, § 14.

¹⁹¹ « (...) si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté ; que, dès lors, les dispositions de l'article L. 333-1 du Code de la santé publique, qui confient au directeur de l'établissement le soin d'admettre une personne en hospitalisation sur demande d'un tiers après avoir vérifié que la demande a été établie conformément aux dispositions de l'article L. 333 ou de l'article L. 333-2, ne méconnaissent pas les exigences tirées de l'article 66 de la Constitution », C.c.f. Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *J.O.* 27 novembre 2010, p. 21119, § 20.

¹⁹² « (...) nous pensons que l'hypothèse d'une sanction administrative qui serait privative de la liberté individuelle ne doit pas être exclue dans le droit positif français en vigueur. Une telle mesure serait conforme à l'esprit de la Constitution si elle est soumise au contrôle du juge judiciaire », Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, *op. cit.*, p. 52.

proportionnelle¹⁹³. En conséquence, la sanction de privation de liberté pratiquée dans des enceintes militaires devrait répondre à ces critères, alors qu'il est fort douteux qu'il ne soit possible de garantir la discipline militaire que par l'enfermement¹⁹⁴. Ces exigences fortes s'appliqueront, aussi, à toute sanction administrative de privation de liberté que le législateur pourrait créer dans le futur.

La réserve judiciaire en matière de privation de liberté, qui peut être de premier ou, exceptionnellement, du dernier mot, trouve une assise constitutionnelle. En dehors de cela, la Constitution est muette dans la matière¹⁹⁵, ce qui n'a pas empêché le Conseil constitutionnel de faire appel au bloc de constitutionnalité afin de décider que la sanction administrative ne saurait porter atteinte à la liberté d'expression et de communication dont seul le juge judiciaire reste compétent¹⁹⁶.

2. La réserve de l'autorité judiciaire compétente en droit colombien

La Constitution colombienne de 1886 autorisait la privation administrative de liberté et cette faculté a été utilisée pendant plus de cent ans. En effet, l'article 23 de la Constitution de 1886 disposait que la privation de liberté devait être ordonnée par une autorité compétente. Cela sous-entendait que le législateur était libre d'attribuer cette compétence à une autorité administrative ou judiciaire. Ainsi, très tôt, en 1888, le gouvernement conservateur a fait voter une loi autorisant le Président de la République à ordonner la privation de liberté, dans des prisons ou dans des enceintes militaires, ainsi qu'à expulser des personnes du territoire national ou à les priver de droits politiques, afin de « *prévenir et de réprimer administrativement les délits et les fautes contre l'État* »¹⁹⁷, ainsi que les « *conspirations contre l'ordre public et les atteintes contre la propriété publique ou privée* »¹⁹⁸. De même, le Président était autorisé, par cette loi, à surveiller les associations scientifiques et les instituts d'enseignement, pouvant sanctionner ceux au sein desquels le Président considérait, discrétionnairement, qu'il y était pratiqué « *de la publicité révolutionnaire ou de l'enseignement subversif* ». Cette loi, connue sous le nom de Loi des chevaux, en raison de son

¹⁹³ « (...) que l'hospitalisation sans son consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux doit respecter le principe, résultant de l'article 66 de la Constitution, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire ; qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la protection de la santé des personnes souffrant de troubles mentaux ainsi que la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis », C.c.f. Décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *J.O.* 27 novembre 2010, p. 21119, § 16.

¹⁹⁴ Cette privation de la liberté peut atteindre jusqu'à quarante jours, en matière d'arrêt (art. R. 4137-25 du Code de la défense) et, presque l'équivalent de sept jours dans le cas de la consigne art. R. 4137-27, al. 1 du Code de la défense.

¹⁹⁵ « (...) le bloc de constitutionnalité passe sous silence la diversité des sanctions autres que l'enfermement : sanctions pécuniaires, mesures d'interdiction. Rien dans la Constitution n'indique que le juge pénal peut seul prononcer de telles sanctions », Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 26.

¹⁹⁶ « (...) eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative », C.c.f. Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Rec.*, p. 107, § 16

¹⁹⁷ Art. 1, n° 1 de la loi n° 61 du 25 mai 1888, *Diario Oficial*, n° 7,399, 29 mai 1888, p. 1. Cette loi a été dérogée par l'article unique de la loi n° 18 du 15 oct. 1898, *Diario Oficial*, n° 10.792, 25 octobre 1898, p. 1041.

¹⁹⁸ Art. 1, n° 2 de la loi n° 61 du 25 mai 1888.

origine¹⁹⁹, a été un instrument du gouvernement conservateur pour punir sommairement l'opposition libérale²⁰⁰. L'État de police régnait alors en Colombie²⁰¹ ; mais, les règles de la compétence étaient respectées.

Au XXe siècle, la privation administrative de liberté a été utilisée comme un moyen administratif de garantir l'ordre public ; mais, l'arbitraire était à l'ordre du jour²⁰². En conséquence, la nouvelle Constitution de 1991 a réservé la privation de liberté à la décision d'une autorité judiciaire compétente²⁰³. De façon transitoire la Constitution a autorisé la sanction d'arrestation en matière de contraventions de police jusqu'au vote d'une nouvelle loi attribuant cette compétence aux juges pénaux. Cette loi, votée en 1995, a ainsi fini avec le dernier avatar d'un système où les citoyens avaient peur de la police et de la privation de liberté qui pouvait être aussi bien rapide qu'arbitraire et incontrôlée.

Trois précisions doivent être faites au régime de privation de la liberté en droit colombien :

– premièrement, l'intervention de l'autorité judiciaire compétente peut être ultérieure à la privation de liberté, par la voie du contrôle, dans deux cas : capture en flagrant délit²⁰⁴ et détention préventive de moins de 36 heures. Dans les deux cas, la personne doit être présentée au juge qui confirmera ou non la privation de liberté²⁰⁵ avec l'obligation de présenter la personne détenue dans ce délai devant une autorité judiciaire compétente²⁰⁶.

- deuxièmement, en dehors de ces deux hypothèses, la privation de liberté ne peut intervenir que par un ordre préalable d'une autorité judiciaire dont la compétence a été préalablement établie par une loi.

¹⁹⁹ La loi avait été couramment connue sous le nom de *loi des chevaux*, car elle avait été hâtivement votée à la suite d'une affaire de la mort de nombreux chevaux dans la propriété de conservateurs, dans des faits qui avaient été attribués à des libéraux. « *Face à d'autant de rigueur, de précautions suspicieuses et de soumission de la société au discrétionnaire du président, n'importe qui pourrait dire que les victimes de Palmira et de Pradera étaient les représentants de la nation ; que les citoyens de la Colombie nous sommes des chevaux (de charge, assurément) ; que les militaires passent leur temps à égorger des chevaux et, que des instituts scientifiques ont pour objet d'assassiner des équidés. Rien de cela n'est fondé. Lorsque la justice est absente, lorsque faute de raisons, il y a des prétextes, et lorsque la haine aveugle devient législatrice, il est très facile de tomber dans le ridicule, alors qu'on chasse le terrible. La rancune contre le parti libéral a fait voter une loi qui fera dire à un observateur impartial : « Cette Colombie est une longue pampa pleine de chevaux et peuplée d'une tribu de sauvages : les rouges »*, Fidel CANO, « La ley de los caballos », in *El Espectador*, n° 71, 4 juillet 1888, reproduit in *Periodistas Liberales del siglo XIX*, Editorial Minerva, Bogota, 1936, p. 150.

²⁰⁰ Cette loi « (...) n'a fait que légaliser ce que le Président fait depuis longtemps, en même temps qu'elle l'autorise à faire des citoyens libéraux ce qu'il voudra, avec l'autorisation de la loi et non de la Constitution », *ibidem*, p. 151.

²⁰¹ Diego URIBE, « La regeneración », in *Evolución política y constitucional de Colombia*, Université Complutense de Madrid – Agencia española de cooperación internacional, Madrid, 1996, p. 172-173.

²⁰² Par exemple, en septembre 1971, un groupe de professeurs et étudiants de l'Universidad de Antioquia a été privé administrativement de la liberté sous le fondement d'un décret extraordinaire du Président. Les étudiants et professeurs plaidaient le respect du droit de la défense ; mais, les normes étaient muettes. Cf. Fernando MEZA, « Derecho de defensa en los procedimientos policivos », *Revue Estudios de derecho*, Universidad de Antioquia, mars 1972, vol. XXXI, n° 81, p. 51.

²⁰³ « *Toutes les personnes sont libres. Personne ne pourra être gêné, individuellement ou dans sa famille, ni envoyé en prison ou arrêté, ni son domicile ne pourra être fouillé, sans l'ordre écrit d'une autorité judiciaire compétente. Celle-ci doit respecter les formalités légales et les motifs de la mesure, préalablement établis par la loi. Celui qui sera détenu préventivement devra être conduit devant le juge dans le délai de trente-six heures, afin que celui-ci adopte une décision à son égard. Il n'y aura pas de peine de prison ou d'arrêt pour des dettes. Toutes les peines et les mesures de sécurité sont prescriptibles* », art. 28 de la Const.c.

²⁰⁴ Art. 32 de la Const.c.

²⁰⁵ Dans le cas de la détention préventive, la présentation au juge doit intervenir dans les 36 heures. En cas contraire, le détenu, une autre personne ou le ministère public pourront exercer un recours *habeas corpus* afin d'obtenir sa libération.

²⁰⁶ Art. 28 al. 2, Const.c.

- troisièmement, il est vrai que les autorités administratives peuvent se voir attribuer des fonctions juridictionnelles. Néanmoins, elles ne pourront ni instruire les procès pour la commission des délits ni les juger²⁰⁷. Par conséquent, la privation de liberté ne peut être décidée par une autorité administrative, même dans le cas où celle-ci se voit confier des fonctions expressément qualifiées comme juridictionnelles.

La sanction administrative ne peut avoir pour objet, en droit français, comme en droit colombien, une mesure de privation de liberté. En droit français, il reste le cas des sanctions de privation de liberté en matière de discipline militaire. Une question prioritaire de constitutionnalité devrait être posée dans cette matière. Ces mesures pourraient éventuellement être considérées comme nécessaires et adaptées: mais non comme proportionnées. La décision déclarant l'inconstitutionnalité est, dès lors, souhaitée. L'exclusion de la liberté d'expression et de communication du champ de la sanction administrative montre à quel point cette liberté est à la base du système démocratique, presque au même niveau que la liberté personnelle d'aller et de venir. En dehors de ces mesures et de ces matières, la sanction administrative est acceptée.

B. Les sanctions acceptées

Hormis les matières exclues de l'objet de la sanction administrative, celle-ci peut toucher différents biens de l'administré ou du sujet de la sanction disciplinaire. La sanction administrative est adaptée, pour des considérations d'efficacité, en raison de la finalité poursuivie, de son destinataire et de l'autorité décidant la sanction. Les sanctions non pécuniaires (1) sont acceptées alors que les sanctions pécuniaires (2) peuvent donner lieu à des controverses quant à la légitimité de l'administration pour adopter ces mesures.

1. Sanctions non pécuniaires

Une sanction est non pécuniaire lorsqu'elle n'a pas pour objet direct le versement d'une somme d'argent. De ce point de vue, les conséquences pécuniaires adverses pouvant être entraînées par une sanction ne suffisent pas à la qualifier en tant que sanction pécuniaire. Les suites économiques d'une sanction administrative peuvent être indirectes, notamment dans le cas du retrait d'un agrément nécessaire pour l'exercice d'une profession, ou directes, par exemple dans le cas de la sanction de suspension du versement d'une allocation²⁰⁸. De même, il était possible de ranger dans les sanctions non pécuniaires, la privation des droits à la retraite, prononcée notamment dans le cas de la révocation disciplinaire du fonctionnaire, en

²⁰⁷ « (...) Exceptionnellement la loi pourra attribuer la fonction juridictionnelle, dans des matières précises, à des autorités administratives déterminées. Néanmoins, elles seront défendues d'instruire des affaires pénales et de juger des délits. (...) », art. 116 Const.c.

²⁰⁸ D'après l'art. L. 222-4-1 du Code de l'action sociale et des familles, le président du conseil général peut « 1° Demander au directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales la suspension du versement de tout ou partie des prestations afférentes à l'enfant, en application de l'article L. 552-3 du Code de la sécurité sociale » dans le cas du non-respect des obligations du contrat de responsabilité parentale ou de la négative injustifiée à sa signature.

droit français²⁰⁹. Or, cette sanction automatique a été déclarée contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme²¹⁰. Chiffrables avec précision ou indéterminés, les effets dans le patrimoine du destinataire de la mesure ne constituent ni la sanction en elle-même ni, d'ailleurs, une deuxième sanction²¹¹.

Les sanctions non pécuniaires sont définies comme privatives de droits²¹². Plus précisément, les sanctions peuvent toucher des intérêts matériels ou moraux, notamment dans les cas de la sanction d'avertissement et de blâme²¹³. Ainsi, afin d'illustrer les cas de sanctions non pécuniaires, l'on fait référence au retrait des points du permis de conduire, en tant que sanction administrative²¹⁴ non pécuniaire. De même, les différents statuts de la fonction publique française ne prévoient que des sanctions non pécuniaires, classées en fonction de la gravité²¹⁵, notamment des sanctions morales²¹⁶; des sanctions visant à retarder l'avancement du fonctionnaire²¹⁷ ou à l'exclure²¹⁸ et même à rétrograder le fonctionnaire, et des sanctions excluant le fonctionnaire du service, de façon temporaire ou définitive, par la voie de la mise en retraite d'office ou de la révocation. Le déplacement d'office n'est prévu qu'en matière disciplinaire de la fonction publique d'État²¹⁹. Aucune sanction pécuniaire n'est prévue, conformément au principe d'exclusion de ce genre de mesures en matière disciplinaire²²⁰, qui est commun aussi en matière de travailleurs privés²²¹. En revanche, en droit colombien, le Code disciplinaire unique prévoit cinq types de sanctions²²², dont quatre non pécuniaires (blâme, exclusion temporaire de fonctions, absence d'habileté générale ou spéciale

²⁰⁹ Conformément aux articles L. 58 et L. 59 du Code des pensions civiles et militaires, aujourd'hui dérogés.

²¹⁰ C.E.f. 28 octobre 2002, *Mme Veuve H.*, n° 241855. Cette décision s'inspire de la jurisprudence européenne des droits de l'homme : C.E.D.H. 20 juin 2002, *Azinas c / Chypre*, req. n° 56679/00 ; A.J.D.A. 2002, p. 1280, obs. FLAUS. 232238 ; J.C.P. A 2003, 1917, note JEAN-PIERRE.

²¹¹ Cela contrarie l'interdiction de cumul de sanctions administratives en droit français, alors que ce principe est inexistant en droit colombien. Le droit colombien prévoit des doubles sanctions, notamment la révocation du fonctionnaire pour des fautes gravissimes, accompagnée de la privation générale d'habileté pour l'exercice des fonctions publiques : art. 44, n° 1 du C.D.U. Pour la Cour constitutionnelle il n'y a pas de méconnaissance du principe de *non bis in idem* dans la mesure où « (...) le législateur prévoit la révocation et la privation générale d'habileté comme des sanctions indissociables et convergentes », C.c.c. Sentence C-1076-02, 5 déc. 2002, M.R. Clara VARGAS.

²¹² « Peines privatives de droits », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 46 ; « sanctions privatives de droits », Catherine TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la Constitution », loc. cit., p. 188.

²¹³ Ces mesures sont prévues notamment en matière de la fonction publique de l'État français : art. 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; de la fonction publique territoriale : art. 89 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 et de la fonction publique hospitalière : art 81 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986. L'avertissement et le blâme sont aussi prévus dans d'autres domaines, notamment en matière des marchés financiers : art. L. 621-15, III, a du Code monétaire et financier. En droit colombien, le blâme (amonestación) est notamment prévu dans le C.D.U. à l'égard des fautes légères commises par négligence : art. 44, n° 5 de la loi n° 734 du 5 fév. 2002, portant *Code disciplinaire unique*. Aussi, la Surintendance financière peut-elle blâmer les institutions surveillées et leurs dirigeants et employés : art. 208, 3, a du Statut organique du système financier.

²¹⁴ C.E.f. 8 déc. 1995, *Mouvement déf. Automobilistes*, Rec., t. p. p. 943 ; R.F.D.A. 1996, p. 166.

²¹⁵ Art. 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; art. 89 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 et art 81 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

²¹⁶ L'avertissement et le blâme.

²¹⁷ Il s'agit des mesures d'abaissement d'échelon.

²¹⁸ La radiation du tableau d'avancement est prévue à l'égard des fonctionnaires de l'État et hospitaliers, mais non des fonctionnaires des collectivités territoriales

²¹⁹ Il s'agit d'une sanction du deuxième groupe : art. 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 .

²²⁰ C.E.f. 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle c/ SCNF*, *Droit social*, 1988, p. 775, concl. VAN RUYMBEKE. Malgré la rédaction de l'arrêt, cette interdiction n'est pas réservée aux entreprises publiques : Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 306. Le principe est ancien : « Il y a entre les peines pénales et les peines disciplinaires une différence essentielle de nature et d'objet. Dans leur nature, les peines disciplinaires ne sont pas essentiellement pécuniaires, ni privatives de liberté (...) », Henri NEZARD, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Rousseau, Paris, 1903, p. 95.

²²¹ « Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite », art. L. 1331-2 du Code du travail.

²²² Art. 44 du C.D.U.

pour l'exercice de fonctions publiques et révocation) et une amende pour les fautes légères commises volontairement²²³. L'amende est fixée entre dix et cent quatre-vingts jours du salaire perçu à l'époque de la réalisation de la faute disciplinaire²²⁴.

2. Sanctions pécuniaires

La gravité des sanctions n'est pas une considération objective : une sanction est grave quand elle touche un intérêt auquel est accordé beaucoup d'intérêt, voire d'affection. Dans un monde idéal, la sanction administrative la plus grave serait celle touchant l'honneur de la personne, notamment par un blâme. Or, aujourd'hui, l'importance accordée aux moyens financiers explique que la sanction touchant directement le patrimoine de la personne soit l'une des sanctions administratives les plus graves²²⁵. Elle consiste en l'obligation de verser une quantité d'argent²²⁶, en principe au Trésor public²²⁷. Bien que la sanction pécuniaire représente, au fond, un mécanisme de perception de ressources pour le patrimoine public, la finalité punitive de la sanction permet la différencier clairement d'une mesure fiscale²²⁸.

De même que la privation de liberté, les sanctions pécuniaires étaient considérées en France comme réservées à la décision juridictionnelle²²⁹, et la sanction administrative pécuniaire était regardée comme propre à des époques révolues²³⁰. En revanche, les pouvoirs de sanction pécuniaire reconnus aux autorités administratives colombiennes n'ont pas fait l'objet des mêmes critiques quant à leur légitimité : non seulement la sanction pécuniaire peut

²²³ Art. 44, n° 5 du C.D.U. L'ancien Code disciplinaire unique prévoyait une amende comme sanction des fautes graves qui était fixée entre 11 et 90 jours du salaire perçu à l'époque de la réalisation des faits : art. 32, al. 2 de la loi n° 200 du 28 juillet 1995, portant Code disciplinaire unique.

²²⁴ Art. 46, al. 3 du C.D.U.

²²⁵ « (...) un État contractant doit avoir la liberté de confier au fisc la tâche de les poursuivre et de les réprimer, même si la majoration encourue à titre de sanction peut être lourde. Pareil système ne se heurte pas à l'article 6 de la Convention pour autant que le contribuable puisse saisir, de toute décision ainsi prise à son encontre, un tribunal offrant les garanties de ce texte », C.E.D.H. 21 fév. 1994, *Bendenoun c/ France*, série A, n 284-A, § 46.

²²⁶ « Elles ont pour objet de faire naître dans le patrimoine de l'intéressé une obligation positive – le versement d'une somme d'argent – susceptible d'une procédure d'exécution forcée », Frédéric DOUËB, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, op. cit., p. 34.

²²⁷ En droit français, sauf disposition expresse, les amendes sont versées au Trésor public. Ainsi, comme exception, en matière des marchés financiers « (...) les sommes sont versées au fonds de garantie auquel est affiliée la personne sanctionnée ou, à défaut, au Trésor public », art. L. 621-15, III, a du Code monétaire et financier. En droit colombien, les amendes en matière disciplinaire sont versées à l'autorité administrative dont le fonctionnaire sanctionné appartient. Ces deniers sont destinés au financement de projets pour le bien-être des employés de cette autorité : art. 6-7 du décret n° 2170 du 30 déc. 1992. Pour les amendes décidées par la Surintendance des services publics domiciliaires, les deniers sont versés au Trésor public et ils seront « destinés à la réalisation de projets d'investissement social en matière de services publics domiciliaires », art. 81.2. de la loi n° 142 du 11 juillet 1994. En revanche, les amendes décidées par la Surintendance de l'industrie et du commerce sont versées à la Surintendance elle-même (art. 4, n° 15 du décret 2153 du 30 déc. 1992).

²²⁸ « (...) les amendes sont des sanctions pécuniaires découlant du pouvoir punitif de l'État. Elles se différencient clairement des contributions fiscales et para fiscales, car ces dernières ne découlent pas du pouvoir punitif, mais du pouvoir d'imposition de l'État », C.c.c. Sentence C-280-96, 25 juin 1996, M.R. Alejandro MARTINEZ. Cette décision précise que si, dans une affaire en particulier, était démontré que l'autorité administrative avait pris la sanction à partir de considérations budgétaires, liées à augmenter les ressources publiques, cela constituait un détournement de pouvoir et la sanction devra être annulée.

²²⁹ « L'administration inflige elle-même une amende, alors qu'une amende devrait être normalement infligée par le juge répressif », Pierre DELVOLVE, « La justice hors le juge », loc. cit., p. 21.

²³⁰ En France, dans le contexte de l'économie dirigée, des sanctions pécuniaires étaient prévues, notamment en matière d'organisation de la production industrielle (art. 7 de la loi du 16 août 1940) ; de distribution des produits pour la production agricole (art. 7 de la loi du 18 sept. 1940) ou du marché des semences, graines et plaintes (art. 6 de la loi du 11 oct. 1941).

être décidée à titre disciplinaire²³¹, mais, aussi, le pouvoir de sanction pécuniaire non disciplinaire a été très tôt attribué aux surintendances²³² et l'ensemble de ces autorités disposent de ce pouvoir²³³. De surcroît, la jurisprudence constitutionnelle considère que la sanction pécuniaire est la sanction administrative fondamentale ou typique²³⁴.

En France, la question de la légitimité du pouvoir de sanction pécuniaire des autorités administratives s'est posée dans les années 80, par l'octroi d'un tel pouvoir aux autorités administratives indépendantes²³⁵. Le pouvoir de sanction pécuniaire attribué au Conseil supérieur de l'audiovisuel²³⁶ a été l'opportunité pour le Conseil constitutionnel d'affirmer la constitutionnalité de ces pouvoirs²³⁷. Désormais, d'autres autorités administratives indépendantes ont été dotées du pouvoir d'infliger une sanction pécuniaire²³⁸. Malgré la compatibilité de la sanction administrative pécuniaire avec la Constitution, la doctrine continue à y voir une sanction *sui generis*. L'amende serait « *organiquement, acte administratif et matériellement, condamnation pénale* »²³⁹. Cette spécialité s'explique en raison du fait que l'amende est une mesure adaptée notamment à l'égard des personnes ne bénéficiant pas d'une autorisation administrative ou, en général, absentes d'un lien administratif avec l'autorité qui les sanctionne. Par l'amende, en droit français, les personnes sont sanctionnées dans leur qualité de citoyens. D'après le professeur Michel DEGOFFE, la sanction pécuniaire est l'exemple-phare de la catégorie des punitions²⁴⁰.

La délimitation de la sanction administrative se fait à l'égard d'autres mesures graves,

²³¹ Le C.D.U. dispose que les fautes légères commises volontairement sont l'objet d'une amende (art. 44, n° 5 du C.D.U.). Les amendes qui étaient prévues à l'ancien Code disciplinaire unique ont été déclarées comme constitutionnelles : C.c.c. Sentence C-280-96, 25 juin 1996, M.R. Alejandro MARTINEZ.

²³² En effet, le surintendant bancaire, créé en 1923, disposait du pouvoir d'imposer aux banques dont la Banque centrale, des amendes pour un montant de cent pesos, pour chaque jour de retard dans la production des rapports exigés par le surintendant, concernant sa situation financière ou pour des défauts dans le contenu du rapport : art. 41, al. 3, loi n° 45 du 19 juillet 1923.

²³³ Par exemple : Surintendance financière (art. 208, 3, b, du Statut organique du système financier) ; Surintendance solidaire (art. 36, n° 6 de la loi n° 454 du 4 août 1998) ; Surintendance de l'industrie et du commerce (art. 4, n° 15-16 du décret 2153 du 30 déc. 1992).

²³⁴ « (...) cette modalité de sanction pécuniaire est le prototype des sanctions du droit administratif sanctionnateur », C.c.c. Sentence SU-1010-08, 16 oct. 2008, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

²³⁵ Le Conseil de la concurrence, pas encore considéré comme une A.A.I., s'est vu attribuer en 1986 un pouvoir de sanction pécuniaire par l'art. 13 de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986. Cette ordonnance a été l'objet d'un contrôle de constitutionnalité qui n'a pas examiné le pouvoir de sanction pécuniaire (C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8). Néanmoins, « en attachant autant d'importance au sursis à exécution parce que le Conseil de la concurrence n'est pas une juridiction, le Conseil constitutionnel a déjà implicitement admis le pouvoir sanctionnateur conféré à cet organisme », Roland DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *J.C.P.* 1987, I, 3300.

²³⁶ Art. 19 de la loi n°89-25 du 17 janvier 1989, modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

²³⁷ Le Conseil constitutionnel français a considéré que la sanction pécuniaire doit respecter le principe de proportionnalité et qu'elle ne peut pas être cumulée entièrement avec la sanction pénale : C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, § 30. Il a ainsi décidé que « (...) le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* p. 71, § 22.

²³⁸ Les années qui ont suivi, ont vu le développement du pouvoir de sanction pécuniaire, notamment en faveur de la C.O.B. (art. 5, III de la loi n° 89-531 du 2 août 1989) ; du Conseil des marchés financiers (art. 17 de la loi du 28 mars 1985, dans sa rédaction issue de la loi n° 89-531 du 2 août 1989) et de l'Autorité de régulation des télécommunications (art. 8 de la loi n°96-659 du 26 juillet 1996).

²³⁹ Frédéric DOUËB, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, *op. cit.*, p. 8.

²⁴⁰ « (...) selon nous, les sanctions pécuniaires sont en principe des punitions et les autres mesures des sanctions administratives », Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*, p. 29. « (...) il y a punition soit parce que la sanction réprime un abus à une liberté, soit parce que la sanction est étrangère par son contenu à la réglementation qu'elle tend à faire respecter », *ibidem*, p. 39. « (...) une sanction pécuniaire n'a, en principe, aucune relation avec la réglementation qu'elle tend à faire observer », Michel DEGOFFE et Arnaud HAQUET, note sous C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou*, *R.F.D.A.* 2004, p. 1132.

mais qui sont dépourvues de la finalité punitive. La généralisation des droits de la défense a fait diminuer l'intérêt d'opposer sans nuances la sanction administrative et la mesure de police. Cette différence est inexistante en droit colombien. La finalité d'une mesure n'est pas dans tous les cas exclusive et une sanction peut avoir une composante de réparation, notamment dans le cas des sanctions fiscales, hormis le cas des intérêts pour le retard qui ne sont pas des sanctions. La sanction administrative peut aussi être délimitée par rapport à son objet : elle ne peut concerner, en principe, ni la privation de liberté, pour le droit français comme pour le droit colombien, ni la liberté d'expression et de communication, pour le droit français. La sanction pécuniaire n'est pas exclue de la sanction administrative, sauf dans le droit français, en matière disciplinaire. La question relative au destinataire de la sanction administrative ne délimite plus la sanction administrative, notamment à l'égard de la sanction pénale. Cela justifie une étude à part concernant le destinataire de la sanction.

Sous-section 2. Le destinataire de la sanction administrative

L'étude des destinataires des sanctions administratives ne comporte pas un intérêt de simple classification de la sanction. La question touche, à la fois, la légitimité des pouvoirs de sanction, ainsi que son domaine d'action. De même, le régime juridique de la sanction est modulé, en droit français, en raison du destinataire de la sanction, alors que les garanties offertes à la personne mise en cause, en droit colombien, sont uniformes. Il existe trois grandes catégories de destinataires de la sanction administrative : le fonctionnaire, l'administré et le citoyen. Lorsque la personne est mise en cause à partir de la considération du rapport qu'elle entretient avec l'administration, de son statut ou de la fonction publique qu'elle exerce, il s'agit d'une sanction à destinataire spécifique (§ 1). Lorsque la personne mise en cause n'a pas de liens préalablement établis avec l'administration, n'est pas placée dans un statut spécifique et n'exerce pas une fonction publique, la sanction administrative est générale, et il s'agit des sanctions à l'égard des citoyens (§ 2).

§ 1. Les sanctions à destinataire spécifique

Dans sa relation avec l'administration, les personnes deviennent des administrés. Les connotations négatives du terme sont dépassées²⁴¹ grâce à la reconnaissance progressive de droits²⁴² ayant opéré un rééquilibrage dans la relation. Cette relation des administrés avec l'administration est traditionnellement considérée, en droit français, comme l'élément légitimant de la sanction administrative, ainsi que le critère fixant ses limites. Ainsi, est

²⁴¹ « Le terme remonte, semble-t-il, à 1796, c'est-à-dire à l'époque du Directoire et signifie « personne soumise à une autorité administrative », Jean-Louis AUTIN et Catherine RIBOT, *Droit Administratif général*, 4^e éd., Litec, Paris, 2005, p. 250.

²⁴² Même si les normes ont parfois abandonné le terme d'administrés pour d'autres termes, notamment celui de public (loi n°79-587 du 11 juillet 1979 « relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public ») ; d'usager (décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 « concernant les relations entre l'administration et les usagers ») ; de citoyens (loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative au droit des citoyens dans leurs relations avec les administrations). En droit colombien, le Code du contentieux administratif conserve l'expression d'administrés. Ainsi, l'art. 2 du C.C.A. dispose que l'un des objets de l'activité administrative est celui de garantir les « (...) droits et intérêts des administrés, reconnus par la loi », art. 2 du C.C.A. Le terme « administrés » est utilisé par l'art. 56 du nouveau C.P.A.C.A.

construit la théorie du lien juridique entre l'administration et l'administré, d'après laquelle la sanction administrative n'est possible qu'à l'égard des fonctionnaires publics, des collaborateurs du service, des bénéficiaires d'une autorisation administrative ou d'un agrément, etc.²⁴³ Il s'agit de situations déterminant que le destinataire de la sanction est préalablement connu par l'administration ; il est déterminé ou spécifique. Sans lien préalablement établi, impliquant des obligations spécifiques, c'est-à-dire sans un destinataire spécifique, le pouvoir punitif de l'administration supplanterait le juge pénal²⁴⁴. Pour justifier notamment le pouvoir punitif à l'égard des contribuables, la théorie du lien juridique a dû alors imaginer plusieurs types de lien²⁴⁵. Cette doctrine n'est pas sans rappeler la théorie espagnole des relations spéciales de sujétion²⁴⁶, importée par la doctrine colombienne en matière disciplinaire²⁴⁷. Or, la théorie du lien juridique montre ses limites, notamment à l'égard des particuliers destinataires du pouvoir disciplinaire. Le destinataire spécifique de la sanction n'est pas seulement celui ayant un lien préalablement établi avec le titulaire du pouvoir de sanction.

Pour aborder la question des destinataires spécifiques de la sanction administrative, deux grandes catégories se désignent : d'un côté, les sanctions disciplinaires (A) et, d'un autre côté, les sanctions aux titulaires de droits conférés par l'administration (B).

A. Les sanctions disciplinaires

Le pouvoir disciplinaire que l'administration exerce à l'égard de ses fonctionnaires, constitue le prototype de son *jus puniendi*. Sa légitimité est incontestée et la mise en action de mesures disciplinaires est souvent souhaitée en vue de l'amélioration du service et de la correction de dysfonctionnements à l'intérieur de l'administration²⁴⁸. Néanmoins, la sanction disciplinaire est une catégorie large. Ainsi, dans certaines hypothèses, le pouvoir disciplinaire de l'administration dépasse le cadre de la fonction publique, pour sanctionner même des particuliers. Cette hypothèse pose la question de la différenciation de la sanction disciplinaire (1), ainsi que des rapports existant entre la hiérarchie et le pouvoir disciplinaire (2).

²⁴³ C'est le lien juridique établi « qui justifie l'exercice du pouvoir disciplinaire, de ses entrepreneurs ou fournisseurs, ce qui justifie le recours aux pénalités contractuelles, ou des bénéficiaires d'une autorisation administrative, ce qui peut justifier le retrait de cette autorisation ou sa suspension », Bruno GENEVOIS, Conclusions sur C.E.f. 19 juin 1981, D. 1981, p. 476.

²⁴⁴ Pour avoir une place dans l'État libéral, la « sanction administrative suppose un lien déjà individualisé entre l'Administration et l'intéressé : ce dernier collabore par exemple à l'exécution d'un service public, il bénéficie d'une autorisation accordée par l'Administration ou d'une prestation versée par elle. Le pouvoir disciplinaire ne pourrait s'appliquer aux relations générales de l'État et des citoyens sans supplanter d'une manière inadmissible le droit pénal », Jean-Marie AUBY, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », D. 1952, chron., p. 111. « (...) les sanctions administratives ne devraient jamais être étrangères aux rapports entre l'institution et le coupable », Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 483.

²⁴⁵ « (...) bien que les liens entre le contribuable et l'administration fiscale, entre le consistant et les organismes de sécurité sociale, soient d'une tout autre nature », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 76-77

²⁴⁶ Cf. Mariano LÓPEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

²⁴⁷ « Il s'agit d'une catégorie permettant de différencier le droit disciplinaire des autres pouvoirs punitifs publics et privés », Carlos GOMEZ, *Dogmática del derecho disciplinario*, op. cit., p. 206.

²⁴⁸ « Il est vrai que cet effort doit se combiner avec une plus grande efficacité des procédures de sanctions disciplinaires pour éviter de développer une dérive vers la pénalisation de l'action publique », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, Études et documents n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 383.

1. La différenciation de la sanction disciplinaire

L'identité de la sanction disciplinaire peut être établie à partir de plusieurs critères, notamment le destinataire de la sanction, la finalité du dispositif et les garanties processuelles et matérielles de la sanction disciplinaire. Les critères sont plus ou moins acceptables dans la mesure où, certains, ne font que prendre acte de la sanction disciplinaire telle qu'elle est à un moment déterminée, sans douter du bien-fondé de cette situation. C'est dans ce contexte que la comparaison entre la sanction disciplinaire française et la sanction disciplinaire colombienne joue son rôle de mise en évidence des éléments essentiels d'un instrument et des éléments circonstanciels. Afin de déterminer le champ d'action de la sanction disciplinaire, il est question de préciser la relation entre les concepts de sanction administrative et de sanction disciplinaire (a) pour pouvoir s'interroger, ensuite, sur les particularités de la sanction disciplinaire (b).

a. Sanction administrative et sanction disciplinaire

Il n'existe pas une définition unique de la sanction disciplinaire. À partir du critère choisi pour la définir, une même mesure peut participer à la sanction disciplinaire ou sortir de la catégorie²⁴⁹. Il est possible, à présent, de recenser quatre manières différentes de définir la sanction disciplinaire :

- premièrement, il existe une conception large, fondée sur un critère téléologique, d'après laquelle toutes les sanctions, même les sanctions pénales, ont pour fonction de mettre en place une discipline et, dès lors, toutes les sanctions sont disciplinaires²⁵⁰. Cette théorie considère que la discipline se met en place au sein d'une institution. Toutes les personnes participant à l'institution font l'objet de sanctions disciplinaires²⁵¹. Dans l'institution primaire, la discipline est garantie par la voie de la sanction pénale²⁵². Or, les citoyens agissent dans un contexte de liberté, non dans un contexte de discipline²⁵³ : leurs comportements ne sont pas

²⁴⁹ Par exemple, la sanction à l'égard des usagers est considérée par Jacques MOURGEON comme une sanction disciplinaire (Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 54), alors que les usagers sont exclus du pouvoir disciplinaire pour Michel LEFONDRE, en raison du fait que ce ne sont pas des collaborateurs. Il s'agit d'un collaborateur si « par son action et par son activité, il apporte son concours à l'exécution d'une tâche administrative », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 256.

²⁵⁰ La sanction disciplinaire est « toute action punitive exercée pour le maintien de la discipline dans l'institution », Jacques MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 54. Considérant aussi que toutes les sanctions administratives sont des sanctions disciplinaires : « L'existence de sanctions administratives rend nécessaire le choix entre deux explications : théorie de l'administrateur-juge, qui rendrait partiellement caduque la jurisprudence (Cons. D'Etat, 13 déc. 1889, Cadot) ou bien extrapolation du droit disciplinaire hors de son domaine normal ? Deux sortes de considérations militent en faveur de la deuxième solution », Claude DURAND et Jacques MOREAU, « Théorie des sanctions administratives », *JurisClasseur administratif*, fasc. 202, 11, 1958, p. 6.

²⁵¹ Toutes les personnes participant à la mission de service public, notamment les usagers, font partie de l'institution et, par conséquent, peuvent être l'objet du pouvoir disciplinaire : *ibidem*, p. 62-68.

²⁵² *Ibidem*, p. 56 et p. 65 et suiv.

²⁵³ « D'un côté, on est encore dans le domaine du droit constitutionnel, celui des rapports de l'État et des citoyens, de l'autre, on serait dans celui de l'organisation interne de l'administration », André LEGRAND, « Un instrument du flou : le pouvoir hiérarchique », in *Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit*, Economica, Paris, 1996, p. 65.

déterminés conformément à des valeurs préétablies. La sanction pénale fixe des limites aux libertés et, par conséquent, il n'est pas acceptable d'affirmer que le pouvoir punitif de l'État visait à discipliner les citoyens²⁵⁴. Une variante de cette conception extensive de la sanction disciplinaire considère que l'administré est sujet du pouvoir disciplinaire de l'administration quand il existe un lien avec elle, notamment une licence ou agrément²⁵⁵.

- deuxièmement, il existe un courant visant la différenciation de la sanction disciplinaire à l'égard d'autres sanctions, notamment de la sanction administrative. Ce courant a deux variantes. La première variante différencie la sanction disciplinaire de la sanction administrative²⁵⁶. Celle-ci est adoptée par l'administration sans considérations d'appartenance à un groupe, tandis que la sanction disciplinaire s'applique à l'égard d'un groupe fermé, visant à établir une discipline uniforme. La sanction disciplinaire est adoptée au sein d'organes professionnels et aussi au sein de la fonction publique. La deuxième variante prend en considération la jurisprudence du Conseil constitutionnel français exigeant le respect des garanties du droit punitif lorsque la sanction consiste en une punition²⁵⁷. L'utilisation de l'expression punition, à côté de celle de sanction, n'est pas, pour cette variante, une redondance ou une insistance. Ainsi, il est construit une différence entre la sanction administrative, la punition administrative et la sanction disciplinaire²⁵⁸. La sanction disciplinaire est réservée aux mesures prononcées par les organes professionnels dans un contexte d'autorégulation²⁵⁹. La sanction à l'égard des fonctionnaires publics est une sanction administrative, mais non une punition²⁶⁰. Cette théorie reflète et systématise la jurisprudence constitutionnelle. Voici son atout et son défaut, car elle risque d'être caduque par une évolution de la jurisprudence visant à garantir un même niveau de protection processuelle en matière de sanction, indépendamment du fait que la personne mise en cause agisse dans un cadre de libertés ou, en revanche, dans une situation règlementée.

-troisièmement, il est possible de définir la sanction disciplinaire d'un point de vue matériel et la sanction administrative d'un point de vue organique ou fonctionnel. D'un point

²⁵⁴ Dans un motif surabondant, la Cour constitutionnelle colombienne a affirmé : « *La prérogative de sanction administrative constitue un instrument d'autoprotection, car elle contribue à préserver l'ordre juridique par l'attribution de compétences autorisant l'administration à imposer, aux fonctionnaires et aux particuliers, le respect d'une discipline pour la réalisation des finalités administratives* », C.c.c. Sentence C-214-94, 28 avril 1994, M.R. Antonio BARRERA.

²⁵⁵ La sanction disciplinaire s'applique « à tous ceux qui ont avec l'Administration un lien juridique particulier qui les distingue des autres individus », Jean-Bernard AUBY, « Les sanctions disciplinaires administratives applicables aux usagers volontaires des services publics », *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, éd. Bière, Bordeaux, 1967, p. 75. Seules des sanctions dans le domaine économique sont exclues, par le professeur AUBY, de la catégorie.

²⁵⁶ « (...) on appelle sanction administrative toute décision exécutoire prise comme sanction prononcée par un administrateur actif contre toute personne qui n'est pas soumise à son pouvoir disciplinaire et réprimant soit un fait précis prévu par les textes, soit un comportement général jugé contraire à l'intérêt public », Jean-Pierre MUNCH, *La sanction administrative*, op. cit., p. 49.

²⁵⁷ « Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire », C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18, § 36. Ce considérant faisant référence aux sanctions ayant le caractère d'une punition, a été repris depuis à plusieurs reprises.

²⁵⁸ Michel DEGOFTE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 34.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 43 et 55.

²⁶⁰ « *Punition (répression d'un abus à une liberté) et sanction (répression de la méconnaissance d'une obligation)* », Michel DEGOFTE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 134. Le professeur DEGOFTE précise qu'il y a une seconde hypothèse de punition « *lorsque la sanction réprime une faute dans le cadre d'une activité règlementée, mais sans avoir de rapport avec la règlementation qu'elle tend à faire respecter* », Michel DEGOFTE et Arnaud HAQUET, note sous C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou, R.F.D.A.* 2004, p. 1132.

de vue matériel, la sanction disciplinaire est un instrument ayant pour fonction de garantir les comportements uniformes des membres d'un groupe, à partir de standards déontologiques propres à cette organisation, institutions et, en général, groupe constitué²⁶¹. En conséquence, la sanction disciplinaire existe dans les organisations professionnelles et dans la fonction publique. Or, plus largement, les sanctions prononcées au sein d'une congrégation ou d'une famille, à l'égard de ses membres, sont aussi des sanctions disciplinaires²⁶². Quant à la sanction administrative, il s'agit d'une mesure infligeant des effets négatifs à une personne, commandée par la finalité punitive d'une autorité administrative ou d'un particulier se voyant confier l'exercice de fonctions publiques. Par conséquent, une sanction disciplinaire est une sanction administrative lorsqu'elle est adoptée par une autorité administrative ou par un particulier dans l'exercice de fonctions publiques. Or, la décision d'une sanction administrative doit respecter des garanties variables²⁶³.

b. Les particularités de la sanction disciplinaire

La sanction disciplinaire du droit français n'est pas identique à la sanction disciplinaire du droit colombien. La différence ne concerne pas seulement la possibilité exclue, en droit français, d'imposer des sanctions pécuniaires aux fonctionnaires et qui est reconnue en droit colombien²⁶⁴. Trois différences fondamentales existent entre le droit disciplinaire français et le droit colombien :

Tout d'abord, en droit français, la détermination de l'infraction commise est laissée à l'autorité disciplinaire. La définition légale de la faute disciplinaire est si large, voire vague, qu'elle constitue, en réalité, un renvoi à une détermination au cas par cas²⁶⁵. Les fonctionnaires ne jouissent ainsi d'aucune garantie de prévisibilité quant aux conséquences disciplinaires de leur comportement et ils sont livrés à la détermination subjective, *a posteriori*, de la légalité des faits²⁶⁶. Ainsi, « (...) *il n'est pas douteux que la sanction disciplinaire assume une fonction d'intimidation d'une manière beaucoup plus nette que la sanction pénale* »²⁶⁷. Tout se passe comme s'il existait une véritable impossibilité absolue à définir préalablement les devoirs des fonctionnaires et toutes les fautes disciplinaires pouvant

²⁶¹ On entend par « "pouvoir disciplinaire" le pouvoir de punir existant dans tout groupe social organisé, autre que l'État lui-même, en vue d'obtenir le respect des règles et obligations propres au groupe », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 207.

²⁶² En revanche, Michel LEFONDRE considère qu'« en réalité, c'est le fait que l'exercice du pouvoir disciplinaire constitue une matière administrative qui donne aux sanctions un caractère administratif et à leurs auteurs la qualité d'autorité administrative », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 135. Le père et la mère sont-ils des autorités administratives ?

²⁶³ « Il s'ensuit que l'on peut englober dans la théorie des sanctions administratives lato sensu les mesures de répression disciplinaire, encore qu'elles y constituent une catégorie particulière dotée de traits spécifiques », Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. I, 15^e éd., L.G.D.J. 1999, p. 765.

²⁶⁴ Art. 44, n° 5 du C.D.U.

²⁶⁵ « Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale », art. 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.

²⁶⁶ « (...) la détermination de la faute disciplinaire reste discrétionnaire, tandis que la définition de l'infraction pénale est strictement donnée par la loi », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III : Le fonctionnement des services publics, 3^e éd., op. cit., p. 105.

²⁶⁷ Jean DONNEDIEU de VABRES, note sous C.E.f. 8 mai 1942, *Andrade*, S. 1943, III, p. 5.

être commises par un fonctionnaire public²⁶⁸. En revanche, le droit colombien a choisi la voie de la prévisibilité et de la sécurité juridiques, en déterminant, préalablement, les faits constituant des fautes disciplinaires. Il ne s'agit pas, dans toutes les hypothèses, de la description des comportements fautifs²⁶⁹. L'infraction disciplinaire est aussi définie par rapport au manquement des obligations du fonctionnaire, normativement établies²⁷⁰.

Ensuite, la définition large de l'infraction disciplinaire, en droit français, entraîne et conforte le caractère discrétionnaire de la décision d'engager des poursuites disciplinaires²⁷¹. Le titulaire du pouvoir disciplinaire définit non seulement ce qui constitue une faute disciplinaire, mais juge aussi de l'opportunité de la répression disciplinaire. Cette large marge d'appréciation donnée à l'autorité disciplinaire explique que des réponses différentes puissent être données à l'égard des fonctionnaires ayant eu des comportements objectivement semblables²⁷². L'« égalitarisme (...) n'a pas droit de cité en matière disciplinaire »²⁷³. En revanche, la définition précise des fautes disciplinaires, en droit colombien, place l'autorité disciplinaire dans l'obligation d'engager des poursuites dès qu'une infraction est réalisée²⁷⁴, à la condition que celle-ci lèse matériellement le service ou l'exercice des devoirs du fonctionnaire²⁷⁵. La marge d'appréciation consiste, dès lors, dans la pondération des effets du comportement qui constitue formellement une faute disciplinaire. Le pouvoir discrétionnaire pour l'engagement des poursuites est encore réduit dans la mesure où le Procureur²⁷⁶ général de la nation dispose d'un pouvoir disciplinaire prioritaire, pouvant engager des poursuites disciplinaires à la place du supérieur hiérarchique ou de l'autorité de contrôle disciplinaire de chaque autorité administrative et pouvant même évoquer la connaissance d'une procédure

²⁶⁸ « (...) les statuts ne se risquent pas à définir ou à énumérer limitativement les obligations (et donc les fautes) disciplinaires », Fabrice MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, 2^e éd., op. cit., p. 364.

²⁶⁹ Les fautes gravissimes sont clairement énumérées et définies à l'art. 48 du C.D.U., prévoyant plus de 64 hypothèses de faute gravissime.

²⁷⁰ « (...) l'action disciplinaire s'exerce dans la relation de subordination existant entre le fonctionnaire et l'administration, dans la fonction publique. La responsabilité disciplinaire sanctionne la méconnaissance d'un devoir ou d'une prohibition, l'omission ou le débordement de la fonction, la violation du régime d'absence d'habilité, des incompatibilités. La sanction disciplinaire vise à garantir la bonne marche, la moralité et le prestige de l'administration », C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA. L'art. 34 du C.D.U. détermine les devoirs des fonctionnaires; l'art. 35 précise les prohibitions et, à partir de l'art. 36 sont déterminées les situations d'absence d'habilité, d'incompatibilité et de conflit d'intérêt. L'art. 50 détermine que la méconnaissance des devoirs, prohibitions et la réalisation d'une situation d'absence d'habilité, incompatibilité ou conflit d'intérêt est une faute grave ou légère à partir des critères établis à l'art. 43 du C.D.U.

²⁷¹ Il n'y a pas d'« obligation à l'autorité investie du pouvoir disciplinaire d'engager la procédure disciplinaire », C.E.f. 31 mai 1989, *Tronchet*, D.A. 1989, n° 399

²⁷² Cela ne constitue pas, pour la jurisprudence, un motif d'illégalité parce que le traitement différent relève du discrétionnaire de l'autorité disciplinaire : « que la circonstance, invoquée par Mme X..., à la supposer établie, qu'en dépit d'une faute d'une égale gravité un autre agent du centre hospitalier n'aurait pas été sanctionné, est sans influence sur la légalité de la décision litigieuse », C.E.f. 22, nov. 1995, *Mme X*, n° 154373 ; « Considérant que la circonstance que d'autres fonctionnaires des services de police n'auraient pas été sanctionnés avec la même sévérité pour des faits semblables à ceux qui sont reprochés au requérant est sans influence sur la légalité de la décision attaquée », C.E.f. 30 juillet 1997, *M. Le Fesson*, n° 147383.

²⁷³ Stéphane BOLLE, « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique, un régime « introuvable » », *R.F.D.A.* 2001, p. 424.

²⁷⁴ L'art. 70 du C.D.U. dispose que l'exercice de l'action disciplinaire est obligatoire, à partir du moment où l'autorité disciplinaire a eu connaissance de la réalisation d'une faute.

²⁷⁵ « De l'illégalité substantielle : la faute disciplinaire n'est anti-juridique que lorsqu'elle lèse le devoir fonctionnel, sans aucune justification », art. 5 du C.D.U.

²⁷⁶ La dénomination de « Procureur » peut être trompeuse dans la mesure où il pourrait être assimilé au procureur français, procureur de la république, chargé de poursuites et de l'accusation en matière pénale. La « *Procuraduría general de la nación* » est un organe constitutionnellement autonome, prévue à l'art. 275 de la Const.c. Il est dirigé par le Procureur général de la nation. Le procureur est notamment chargé de la fonction disciplinaire à l'égard des « *serviteurs publics* ».

déjà engagée devant les organes internes de l'autorité²⁷⁷. De plus, les administrés disposent du droit de porter plainte disciplinaire à l'égard des fonctionnaires ayant commis une faute et, même si les plaignants ne sont pas des parties à la procédure disciplinaire, ils peuvent être entendus en tant que témoins des faits, pouvant apporter des preuves de la réalisation de l'infraction²⁷⁸.

Enfin, le pouvoir d'appréciation de l'autorité disciplinaire française est conforté par l'absence d'un terme de prescription pour l'exercice du pouvoir disciplinaire²⁷⁹. Le titulaire du pouvoir disciplinaire peut ainsi conclure que même si la faute a été commise il y a longtemps²⁸⁰ – fait objectif –, il est opportun – considération subjective – de la sanctionner au présent²⁸¹. La prescription, « *objectif de bon sens* »²⁸², aurait pu être déduite de l'obligation de décider la situation du fonctionnaire suspendu au bout de quatre mois²⁸³; néanmoins, la jurisprudence a tranché en faveur de l'imprescriptibilité²⁸⁴. En droit colombien, en revanche, il est établi un terme de caducité de l'action disciplinaire de cinq ans pour pouvoir initier la procédure disciplinaire et un terme de prescription de l'action disciplinaire, de cinq ans, pour adopter une décision définitive une fois que la procédure a été engagée²⁸⁵. Néanmoins, la personne mise en cause peut renoncer à la prescription afin d'atteindre une décision sur le fond qui devra intervenir avant deux ans²⁸⁶.

Les différences sont importantes : avec raison un professeur espagnol réputé a fait référence à la sanction disciplinaire, en droit français, comme un système pré-beccarien, c'est-à-dire caractérisé par les éléments d'une forme de répression dénoncée par l'Italien Cesare BECCARIA, au XVIII^e siècle²⁸⁷. Le droit disciplinaire colombien s'est formalisé en vue d'exclure l'arbitraire, d'encadrer l'exercice de la fonction publique et de donner des garanties au « serviteur public ». Or, l'identité de la sanction disciplinaire ne saurait être établie à partir de

²⁷⁷ « *La Procuraduría général de la nation est titulaire du pouvoir disciplinaire prioritaire pour engager, continuer ou attribuer l'instruction ou la décision d'une affaire connue par les organes du contrôle interne disciplinaire. La Procuraduría pourra décider le deuxième ressort. De même, par une décision motivée, d'office ou à la demande d'une personne, la Procuraduría pourra évoquer la connaissance d'une affaire connue par un organe du contrôle disciplinaire* », art. 3 du C.D.U.

²⁷⁸ En droit français, la plainte déposée à l'égard d'un fonctionnaire ne lie pas l'autorité disciplinaire : C.E.f. 20 déc. 1985, *Centre hospitalier Auban-Moët d'Epernay, Rec.*, p. 389 ; D. 1986, IR, p. 145, obs. LLORENS.

²⁷⁹ Le Conseil d'État déduit l'imprescriptibilité du fait qu'« *qu'aucun texte n'enferme dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire* », C.E.f. Ass. 27 mai 1955, *Sieur Deleuze, Rec.*, p. 296 ; C.E.f. 7 fév. 1958, *Secrétaire d'État aux affaires économiques c/Sieur Moulin, Rec.*, p. 84 ; C.E.f. 23 avril 1965, *Ducroux, Rec.*, p. 231 ; R.D.P. 1965, p. 1188, concl. GALABERT ; C.E.f. 14 juin 1991, *Aliquot, Rec.*, t. p. 1022.

²⁸⁰ « *Il n'y a pas de justification objective à ce qu'un fonctionnaire soit sanctionné plusieurs mois, voire plusieurs années, après avoir commis une faute* », Frédéric LAURIE, « Faut-il mettre fin à l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique ? », A.J.D.A. 2002, p. 1390.

²⁸¹ « *Ce principe est indissociable de celui de l'opportunité des poursuites* », Stéphane BOLLE, « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique, un régime « introuvable », *loc. cit.*, p. 425.

²⁸² Stéphane BOLLE, « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique, un régime « introuvable », *loc. cit.*, p. 425.

²⁸³ Art. 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, *portant droits et obligations du fonctionnaire*.

²⁸⁴ Les faits ayant donné lieu à la suspension peuvent être l'objet d'une sanction, plusieurs mois après : C.E.f. 19 mars 1986, *Gauthier*, n° 53978 ; C.E.f. 12 fév. 1988, *Mme X, Rec.*, p. 63 ; C.E.f. 27 avril 1994, *M. Jasawant-Ghiraou*, n° 98595.

²⁸⁵ « *Si l'action disciplinaire n'est pas exercée dans les cinq ans suivant la réalisation de la faute, par l'adoption de la décision d'engagement d'enquête disciplinaire, l'action est caduque (...) Si la décision définitive n'est pas adoptée au bout de cinq ans, décomptés à partir de l'engagement de la poursuite disciplinaire, l'action disciplinaire prescrit. La prescription opère indépendamment pour chaque faute disciplinaire* », art. 30 du C.D.U.

²⁸⁶ « *La personne mise en cause pourra renoncer à la prescription de l'action disciplinaire. Dans ce cas, la procédure ne pourra continuer que pendant un délai maximum de deux ans. Si la décision n'est pas adoptée et exécutée avant ce délai, il faudra déclarer la prescription* », art. 31 du C.D.U.

²⁸⁷ Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. Par P.J.S. DUFÉY, éd. Dalibon, Paris, 1821.

ces éléments relatifs au régime juridique. Tantôt dans le sens profond du pouvoir discrétionnaire de l'autorité disciplinaire française, tantôt dans le concept d'illégalité substantielle, du droit colombien, il est possible de déceler la véritable particularité de la sanction disciplinaire, restant inchangée malgré l'évolution des garanties²⁸⁸ : la sanction disciplinaire vise à garantir l'ordre, le respect de certaines valeurs et principes dont, par exemple, la qualité et l'impartialité du service²⁸⁹. La sanction disciplinaire, à la différence de la sanction pénale²⁹⁰, ne se satisfait pas de sanctionner la réalisation d'un comportement illicite. Pour se démarquer de la sanction pénale, la sanction disciplinaire n'a pas besoin d'être indéterminée et ouverte à l'arbitraire. La sanction disciplinaire est un instrument de la qualité²⁹¹ et de la déontologie²⁹² de l'administration et, si ces valeurs ne sont pas compromises, l'autorité disciplinaire française ne considère pas opportun d'engager des poursuites. L'autorité disciplinaire colombienne, quant à elle, considère que l'illégalité n'est pas substantielle et elle classe l'affaire.

2. Hiérarchie et pouvoir disciplinaire

Le pouvoir disciplinaire est associé à une mesure d'autorité, imposée dans un rapport hiérarchique. Le pouvoir disciplinaire est déduit de la hiérarchie et un critère de compétence devient ainsi, le fondement du pouvoir. Or, à côté d'un pouvoir disciplinaire hiérarchique (a), il existe aussi un pouvoir disciplinaire non hiérarchique (b) fondé directement sur les finalités de la répression disciplinaire.

a. Le pouvoir disciplinaire hiérarchique

Il est difficile de parler de la sanction disciplinaire, sans penser à la hiérarchie. Les

²⁸⁸ Avant la création de l'Autorité française des marchés financiers, il était possible de différencier entre la sanction administrative et la sanction disciplinaire prononcée par le Conseil des marchés financiers, visant à garantir la déontologie de la profession. Les garanties de la sanction disciplinaire étaient largement réduites par rapport à la sanction administrative. Or, la loi du 1^{er} août 2003 ne faisant plus de différence entre les sanctions administratives et disciplinaires, a instauré un régime processuel général en matière de sanction. « *Dorénavant, il convient de distinguer selon que les sanctions s'appliquent à des personnes physiques ou à des personnes morales* », Didier LINOTTE et Guillaume SIMONIN, « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? », *A.J.D.A.* 2004, p.147.

²⁸⁹ Quant à la sanction disciplinaire, « (...) *sa finalité consiste à garantir la bonne marche, la moralité et le prestige de l'administration* », C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA.

²⁹⁰ Léon DUGUIT niait l'identité propre de la sanction disciplinaire : « (...) *la répression disciplinaire est une répression pénale au point de vue de son fondement, en ce sens qu'elle s'explique par une même conception de l'État* », Léon DUGUIT, *L'état, les gouvernants et les agents*, A. Fontemoing, Paris, 1903, p. 464. Pour lui, les garanties de la répression disciplinaire devaient évoluer tellement, qu'« *aucune différence ne subsistera plus entre la répression pénale et la répression disciplinaire* », p. 472 et, ce-jour là, la répression disciplinaire devra disparaître en faveur de la répression pénale : Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3^e éd., E. de Boccard, Paris, 1930, p. 280.

²⁹¹ « *La répression disciplinaire vise l'amélioration du service public, la répression pénale a essentiellement pour objet la punition personnelle de l'agent public délinquant, au nom de l'idée de justice ; l'idée d'exemplarité est secondaire ; la répression pénale des agents publics délinquants n'a pas pour but l'amélioration du fonctionnement d'un service public* », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III : *Le fonctionnement des services publics*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 88.

²⁹² « (...) *Hauriou écrit à la page 131 que le droit disciplinaire est une morale juridique autant qu'un droit. J'ai beau me creuser la tête, je n'arrive pas à comprendre quelle différence peut exister entre un droit et une morale juridique* », *ibidem*, p. 284. « *Dans la procédure disciplinaire contre les serviteurs publics, est jugé le comportement de ceux-ci à l'égard des normes administratives de contenu éthique, visant à protéger l'efficacité, l'efficacité et la moralité de l'administration publique* », C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA.

structures administratives hiérarchisées sont associées naturellement à la mise en place de certaines valeurs, de certains principes, c'est-à-dire d'une façon d'agir commandée d'en haut. Ce pouvoir d'instruction s'accompagne d'un pouvoir d'organisation, d'adaptation²⁹³, et d'un pouvoir de répression des écarts des subordonnés. Le supérieur hiérarchique dispose ainsi de moyens pour mettre en place des politiques administratives et pour garantir le respect des normes et des valeurs liées à l'action administrative. Le pouvoir hiérarchique est, dans ce contexte, compris comme un moyen d'assurer l'emprise du supérieur hiérarchique sur ses subordonnés²⁹⁴. Les caractères du pouvoir hiérarchique, notamment son existence de plein droit²⁹⁵, concernent aussi le pouvoir disciplinaire. Aussi, le caractère discrétionnaire de la décision d'engager de poursuites disciplinaires s'identifie-t-il avec une décision du supérieur hiérarchique, prise en considération des besoins de l'organisation hiérarchisée. Le contrôle à l'égard des personnes reste discrétionnaire, alors que le contrôle à l'égard des actes est obligatoire lorsque l'acte est illégal²⁹⁶.

En raison de cette construction logique du pouvoir disciplinaire, la hiérarchie était considérée comme le fondement du pouvoir disciplinaire²⁹⁷ à un point tel qu'il n'était possible de définir le pouvoir disciplinaire, que par la hiérarchie elle-même²⁹⁸ : « *Le pouvoir hiérarchique est une des branches du pouvoir hiérarchique* »²⁹⁹. La liaison entre le pouvoir hiérarchique et le pouvoir disciplinaire est confirmée par le statut général français des fonctionnaires, posant le principe que le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité ayant le pouvoir de nomination³⁰⁰, étant entendu que la nomination est confiée au supérieur hiérarchique³⁰¹. Or, il s'agit d'un principe attribuant au supérieur hiérarchique la compétence pour l'exercice du pouvoir disciplinaire. Lorsque la compétence est attribuée à une autorité autre que le supérieur hiérarchique, l'explication hiérarchique montre ses limites en tant que fondement général du pouvoir disciplinaire et se cantonne à sa fonction de critère général de compétence, en droit français³⁰².

b. Pouvoir disciplinaire non hiérarchique

²⁹³ La mesure adoptée en raison de l'organisation du service n'est pas une sanction disciplinaire, même si elle lèse la situation du fonctionnaire, à la condition d'être dépourvue de toute finalité punitive. Cf. Jean-Louis de CORAIL, « La distinction de la mesure disciplinaire et de la mesure hiérarchique dans le droit de la fonction publique », A.J.D.A. 1967, p. 3.

²⁹⁴ « (...) le pouvoir disciplinaire a bien pour but d'assurer la sanction de la hiérarchie administrative. Pour être obéi, il faut être craint », Jean DONNEDIEU DE VABRES, note sous C.E.f. 8 mai 1942, *Andrade*, S. 1943, III, p. 5.

²⁹⁵ C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéral*, *Rec.*, p. 413 ; D. 1951, p. 246, concl. DELVOLVE ; S. 1951, 3, p. 85, note AUBY.

²⁹⁶ Art. 16-1 de la loi du 12 avril 2000, inséré par l'art. 1^{er} de la loi du 20 décembre 2007.

²⁹⁷ « Il découle du principe de la hiérarchie des fonctions que tout supérieur hiérarchique doit avoir la faculté de sanctionner tout manquement aux obligations professionnelles de ses subordonnés », Pierre Di MALTA, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, L.G.D.J., Paris, 1961, p. 109.

²⁹⁸ « Le pouvoir disciplinaire consiste essentiellement dans le pouvoir reconnu aux agents publics supérieurs d'infliger un châtement aux agents publics subordonnés, lorsqu'ils ont commis une faute de service. C'est une mesure répressive et non pas préventive », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III : *Le fonctionnement des services publics*, 3^e éd., op. cit., p. 87.

²⁹⁹ Alain PLANTEY, *Traité pratique de la fonction publique*, t. I, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 1971, p. 488. La phrase n'apparaît plus dans son *Traité général* : Alain PLANTEY, *La fonction publique, traité général*, 2^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 453.

³⁰⁰ « Le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination », art 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires.

³⁰¹ C.E.f. 1^{er} mai 1929, *Roman*, *Rec.*, p. 422 ; C.E.f. 9 juillet 1965, *Ministre d'État chargé des Affaires culturelles*, *Rec.*, p. 417.

³⁰² « (...) il s'agit là que d'une règle concernant l'exercice du pouvoir disciplinaire et non son fondement juridique », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 211.

Le pouvoir disciplinaire hiérarchique est, en droit français, la règle générale. En droit colombien, le pouvoir disciplinaire hiérarchique est, sinon exceptionnel, pour le moins, subsidiaire³⁰³. La hiérarchie ne permet pas d'expliquer toutes les situations dans lesquelles la sanction touche des personnes non introduites dans la hiérarchie administrative ; « *Le domaine d'application du pouvoir disciplinaire est donc plus large que celui du pouvoir hiérarchique* »³⁰⁴. Tant en France, qu'en Colombie, le pouvoir hiérarchique s'exerce à l'égard de personnes qui ne nouent pas des rapports de hiérarchie avec le titulaire du pouvoir disciplinaire.

Tout d'abord, des particuliers font l'objet du pouvoir disciplinaire, en France comme en Colombie, en raison de leur situation juridique particulière ou de la fonction qui leur est attribuée. Notamment, concernant la France, les usagers du service public peuvent être l'objet du pouvoir disciplinaire, sans qu'il soit question d'imaginer un rapport de hiérarchie entre l'administration et les usagers du service³⁰⁵. Toute une théorie des usagers comme collaborateurs du service a été créée pour justifier ce pouvoir disciplinaire³⁰⁶. Cependant, Léon DUGUIT n'a pas eu à faire appel à des constructions théoriques aussi subtiles que critiquables. Pour lui, le pouvoir disciplinaire à l'égard des usagers se justifie en raison de l'existence d'une « *situation objective réglée par la loi* »³⁰⁷, c'est-à-dire d'un statut particulier composé par des droits et des obligations. En droit colombien, par disposition du Code disciplinaire unique³⁰⁸, et de la Constitution³⁰⁹, sont l'objet du pouvoir disciplinaire les particuliers exerçant la fonction de supervision des contrats publics, les particuliers exerçant des fonctions publiques³¹⁰, notamment l'exercice du pouvoir de sanction administrative³¹¹, et les particuliers administrant de ressources publiques.

Ensuite, le pouvoir disciplinaire s'exerce à l'égard de fonctionnaires non liés hiérarchiquement à l'égard du titulaire du pouvoir disciplinaire. Cette situation est très nette à l'égard des élus, maires, en France, et des alcaldes, en Colombie, dirigeant des collectivités territoriales qui ont été l'objet d'une mesure de décentralisation et, par conséquent, dont les

³⁰³ « *Dans les institutions où le contrôle interne disciplinaire n'est pas encore installé, le pouvoir disciplinaire sera exercé par le supérieur direct du fonctionnaire et le recours en appel sera décidé par le supérieur hiérarchique de celui qui décide la sanction* », paragraphe n°3 de l'art. 76 du C.D.U.

³⁰⁴ Marcel WALINE, *Droit administratif*, 8^e éd., Sirey, Paris, 1959, p. 802.

³⁰⁵ « *Comment ! L'administration impose le monopole des téléphones ; elle impose à l'abonné des mesures disciplinaires ; elle le suspend comme un simple fonctionnaire (...)* », Maurice HAURIU, note sous C.E.f. 23 mars 1906, *dame Chauvin*, S. 1908, III, p. 17.

³⁰⁶ « (...) *les usagers, indispensables à la réalisation du but poursuivi, sont aussi des collaborateurs qui peuvent, dès lors, faire l'objet de sanctions disciplinaires (...)* Le fondement du pouvoir disciplinaire de l'Administration réside uniquement dans la collaboration à l'activité administrative et l'usager ne saurait être soumis à ce pouvoir que dans la mesure où il a, de fait, un lien de collaboration avec le service public », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 256.

³⁰⁷ Léon DUGUIT, « *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public* », *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, p. 279.

³⁰⁸ Art. 53, al. 1^{er} du C.D.U.

³⁰⁹ La loi doit déterminer le régime juridique des particuliers exerçant des « *fonctions publiques* », (art. 123, al. 3 Const.c.). Les particuliers exercent des fonctions publiques, notamment lorsqu'ils administrent exceptionnellement la justice (art. 116, al. 4 Const.c.) ; lorsqu'ils exercent des fonctions administratives (art. 210, al. 2 Const.c.) et quand ils administrent des biens ou des fonds ou ressources publics (art. 267 Const.c.).

³¹⁰ « (...) *le critère essentiel pour déterminer si un particulier est l'objet du contrôle disciplinaire est l'exercice des fonctions publiques* », C.c.c. Sentence C-037-03, 28 janv. 2003, M.R. Álvaro TAFUR.

³¹¹ « *On doit comprendre que le particulier exerce une fonction publique lorsqu'il (...) exerce la prérogative étatique de sanctionner* », art. 53, al. 2 du C.D.U.

liens de hiérarchie ont été rompus. En effet, en France, les maires et les adjoints font l'objet du pouvoir disciplinaire du ministre³¹². Ce pouvoir s'exerce non seulement en raison de la méconnaissance des devoirs dans des matières où le maire agit au nom de l'État³¹³, mais, en général, pour la méconnaissance de ses devoirs municipaux³¹⁴. En droit colombien, les élus des différents organes font l'objet du pouvoir disciplinaire dans la mesure où ils font partie de la catégorie des serviteurs publics³¹⁵. Il est nécessaire de préciser que même dans le cas où le pouvoir disciplinaire est attribué à une autorité centrale, comme en France, le pouvoir disciplinaire ne rétablit pas la hiérarchie et ce n'est pas non plus un mécanisme de tutelle³¹⁶. En France, comme en Colombie, la sanction disciplinaire trouve un fondement propre, différent de la hiérarchie³¹⁷.

Enfin, le pouvoir disciplinaire s'exerce sans considérations hiérarchiques, lorsque le titulaire de ce pouvoir est un organe indépendant. En effet, lorsque la sanction disciplinaire n'est pas une sanction administrative, puisqu'elle est attribuée à des organes juridictionnels³¹⁸, ces organes disposent du pouvoir d'infliger des sanctions, sans avoir à passer par la hiérarchie administrative pour l'adoption de la sanction³¹⁹. De même, en droit colombien, la Procuraduría générale de la nation est un organe de contrôle³²⁰, constitutionnellement indépendant³²¹, exerçant des fonctions administratives³²² et titulaire d'un pouvoir disciplinaire prioritaire. Le

³¹² « Le maire et les adjoints, après avoir été entendus ou invités à fournir des explications écrites sur les faits qui leur sont reprochés, peuvent être suspendus par arrêté ministériel motivé pour une durée qui n'excède pas un mois. Ils ne peuvent être révoqués que par décret motivé pris en conseil des ministres », art. L. 2122-16 du Code général des collectivités territoriales.

³¹³ « (...) lorsqu'il exerce les fonctions d'officier d'état civil, le maire agit (...) au nom de l'État et de la commune. En matière de mariage, il est placé sous l'autorité du procureur de la République », arrêté du 15 juin 2004, du ministre de l'Intérieur : Bertrand SEILLER, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », A.J.D.A. 2004, p. 1638.

³¹⁴ « La suspension d'un maire peut être décidée pour sanctionner tout comportement rendant difficile son maintien à la tête de l'administration municipale », Bertrand SEILLER, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *loc. cit.*, p. 1638. Cf. C.E.f. 14 janv. 1916, *Camino, Rec.*, p. 15 ; R.D.P. 1917, p. 463, concl. CORNEILLE, note JEZE.

³¹⁵ « Les sujets de la loi disciplinaire sont les serviteurs publics, même après la fin de leur service, et les particuliers dont la liste est prévue à l'art. 53 du troisième livre du code », art. 25 du C.D.U. L'art. 277, n° 6 de la Const.c. attribue au Procureur général de la nation la fonction d'« exercer la surveillance du comportement officiel des personnes exerçant des fonctions publiques, même des élus ; exercer prioritairement le pouvoir disciplinaire ; réaliser les enquêtes, instruire les affaires et décider les sanctions conformément à la loi ».

³¹⁶ Bertrand SEILLER, « Le pouvoir disciplinaire sur les maires », *loc. cit.*, p. 1639.

³¹⁷ « La discipline (...) est la sanction du pouvoir de surveillance qui appartient à l'administration (...) La surveillance n'est pas la hiérarchie, car elle peut s'exercer sur tous les agents sans distinction (...) », Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3^e éd., *op. cit.*, p. 273.

³¹⁸ Par exemple, en France, le Conseil supérieur de la magistrature (C.E.f. Ass. 12 juill. 1969, *L'Etang, R.D.P.* 1970, p. 387 note WALINE ; A.J.D.A. 1969, 559, chron. DENOIS de SAINT-MARC) et, en Colombie, le Conseil supérieur de la judicature (art. 116 et art. 254, n° 2 Const.c), dont les décisions de la chambre juridictionnelle disciplinaire sont des sentences: C.c.c. Sentence C-037-96, 5 fév. 1996, M.R. Vladimiro NARANJO.

³¹⁹ Si la sanction disciplinaire n'existait qu'en raison des rapports hiérarchiques, « (...) ce serait au chef de service à tirer la conséquence de la constatation faite par le juge disciplinaire. Ce n'est pas la solution adoptée par la loi : elle confère au tribunal disciplinaire le pouvoir de tirer lui-même la conséquence de sa constatation et de prononcer la peine disciplinaire », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III : *Le fonctionnement des services publics*, 3^e éd., *op. cit.*, p. 107.

³²⁰ « Le ministère public et le contrôleur général de la République sont des organes de contrôle », art. 117 de la Const.c.

³²¹ Son indépendance est prévue à l'art. 275 de la Const.c. « Comme conséquence de l'indépendance pleine et de l'autonomie donnée par le constituant au ministère public, le Procureur général de la nation est son « directeur suprême », C.c.c. Sentence T-006-94, 17 janvier 1994, M.R. Vladimiro NARANJO. En revanche, l'art. 142 de la Constitution de 1886 disposait que le Procureur agit « sous la direction suprême du gouvernement ».

³²² « (...) il est vrai que la Procuraduría Générale de la Nation est un organe de contrôle, indépendant et autonome ; mais, il s'agit d'un organe à caractère administratif », C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA. « (...) la surveillance du comportement des serviteurs publics est une fonction administrative, ce qui revient à dire que la Procuraduría general de la nation est, d'un point de vue fonctionnel, une autorité administrative », Rafael LAFONT, *Naturaleza jurídica del derecho disciplinario*, *op. cit.* p. 58.

pouvoir disciplinaire correspond, en principe, aux organes du contrôle interne disciplinaire³²³ qui existent, par disposition constitutionnelle³²⁴, au sein de chaque autorité administrative, prononçant une première décision qui peut être l'objet d'un recours en appel devant le supérieur hiérarchique³²⁵. Le supérieur hiérarchique ne dispose du pouvoir disciplinaire que dans le cas où l'autorité ne dispose pas d'un organe de contrôle disciplinaire³²⁶. Or, dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire prioritaire, le Procureur général de la nation peut évoquer la connaissance d'une affaire dont les poursuites ont été engagées devant l'organe de contrôle disciplinaire de l'autorité administrative. L'action disciplinaire est ainsi attribuée à différentes autorités, dont le supérieur hiérarchique³²⁷.

Le pouvoir hiérarchique ne constitue pas une explication satisfaisante à l'égard de l'ensemble du pouvoir disciplinaire. Celui-ci ne change pas de nature lorsqu'il est exercé par le supérieur hiérarchique ou par un organe externe ; lorsqu'il est exercé à l'égard des fonctionnaires ou des particuliers exerçant des fonctions publiques³²⁸. Le pouvoir hiérarchique existe en raison des besoins de mettre en place une discipline, une déontologie et le respect des normes³²⁹ en vue d'un bon service. Le fondement du pouvoir disciplinaire est normatif³³⁰. L'explication de ce pouvoir varie lorsqu'il s'exerce à l'égard des fonctionnaires publics ou à l'égard des particuliers. Les fonctionnaires sont soumis au pouvoir public en raison des rapports spéciaux³³¹ de la fonction publique³³². À l'égard des particuliers, le pouvoir disciplinaire se justifie à plusieurs titres : lorsqu'ils exercent des fonctions publiques, l'intérêt public exige que leur comportement soit contrôlé afin de garantir le respect des normes et de la déontologie attachée à l'exercice de la fonction publique. Lorsqu'ils sont destinataires du service public, la sanction se rapproche davantage d'une sanction administrative non

³²³ « Titulaires de l'action disciplinaire : mis à part le pouvoir disciplinaire prioritaire de la Procuraduría et des personerías de district et municipales, les organes de contrôle interne disciplinaire et les fonctionnaires disposant du pouvoir disciplinaire exercent le pouvoir disciplinaire à l'égard des serviteurs publics de leur dépendance », art. 2 du C.D.U.

³²⁴ « L'administration publique, à tous les niveaux, exercera un contrôle interne, conformément à la loi », art. 209, al. 2 de la Const.c.

³²⁵ « Toutes les autorités ou institutions de l'État (...) devront mettre en place une unité ou un organe relevant du niveau le plus élevé dont la structure hiérarchique permette la double instance. Cet organe sera chargé d'instruire et de décider le premier ressort des procédures disciplinaires, à l'égard des serviteurs de cette institution. Le deuxième ressort correspond à l'autorité de nomination, sauf norme contraire. Quand l'organisation hiérarchique ne permet pas d'organiser une double instance interne, celle-ci correspondra au fonctionnaire de la Procuraduría, chargé de sanctionner le fonctionnaire décidant le premier ressort (...) », art. 76 du C.D.U.

³²⁶ « Dans les institutions où le contrôle interne disciplinaire n'est pas encore installé, le pouvoir disciplinaire sera exercé par le supérieur direct du fonctionnaire et le recours en appel sera décidé par le supérieur hiérarchique de celui qui décide la sanction », paragraphe n°3 de l'art. 76 du C.D.U.

³²⁷ Arts. 1-2 et 67 du C.D.U.

³²⁸ « Le droit disciplinaire est unique. Sa nature reste inchangée, alors même qu'il est appliqué aux fonctionnaires des chambres législatives, aux serviteurs publics de la branche exécutive ou aux fonctionnaires et aux employés de la branche judiciaire », C.c.c. Sentence C-037-96, 5 fév. 1996, M.R. Vladimiro NARANJO.

³²⁹ « La finalité du droit disciplinaire est la garantie de l'obéissance, la discipline, la déontologie et l'efficacité des serviteurs publics. Cette finalité constitue, en même temps, le fondement de la responsabilité disciplinaire », C.c.c. Sentence C-818-05, 9 août 2005, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

³³⁰ Le pouvoir disciplinaire existe « en vertu même de la loi de la fonction », Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3^e éd., op. cit., p. 269.

³³¹ « (...) un élément essentiel définissant le destinataire du pouvoir disciplinaire consiste en l'existence d'un rapport de subordination du serviteur public à l'égard de l'État (...) l'exécution de fonctions publiques implique l'existence de charges spéciales, rendant constitutionnellement légitime d'exiger des serviteurs publics des comportements que l'on n'exige pas des particuliers (...) le serviteur public est particulièrement soumis à l'État, en raison de l'intérêt général qui est lié à l'exercice des fonctions publiques (arts. 123, n° 2 et 209 Const.c.) le lien de fonction publique se manifeste dans des charges imposées par la Const. (arts. 122 et suiv Const.c.) », C.c.c. Sentence C-280-96, 25 juillet 1996, M.R. Alejandro MARTINEZ.

³³² « Cela se justifie en raison de la soumission spéciale à l'égard de l'État, née de la relation juridique de la fonction publique », C.c.c. Sentence C-708-99, 22 sept. 1999, M.R. Álvaro TAFUR.

disciplinaire, sauf cas spéciaux³³³, notamment dans le cas de la discipline vis-à-vis des étudiants, justifiée par l'objet même du service : l'éducation se compose de l'instruction et de la formation ou des prisonniers³³⁴ dont l'objet même du service implique une certaine discipline.

La sanction disciplinaire est une sanction administrative. L'absence de définition préalable des fautes disciplinaires et l'imprescriptibilité du pouvoir disciplinaire ne sont pas de l'essence de la sanction disciplinaire. La confusion du pouvoir disciplinaire avec le pouvoir hiérarchique est l'une des explications du régime juridique déficitaire quant aux garanties pour la personne mise en cause. L'autorité disposant du pouvoir disciplinaire a des destinataires spécifiques. Lorsque l'administration sanctionne des titulaires de droits conférés par l'administration, elle n'exerce pas, néanmoins, un pouvoir disciplinaire à leur égard.

B. Les sanctions aux titulaires de droits conférés par l'administration

La décision de l'administration de concéder des droits aux particuliers ou de s'engager contractuellement avec eux n'est pas une libéralité ; elle n'est pas inconditionnée. L'administration est responsable de missions d'intérêt général, justifiant la concession de droits aux particuliers, son refus et son retrait. L'intérêt général peut aussi bien bénéficier qu'être compromis par l'action ou l'inaction du particulier. La concession de droits par la voie unilatérale ou, par la voie contractuelle, exige de l'autorité administrative la mise en place d'une surveillance et, le cas échéant, l'exercice de la fonction sanctionnatrice³³⁵. La finalité punitive est alors accompagnée d'autres finalités liées à la préservation de l'intérêt public en jeu. Ainsi, certaines sanctions visent aussi à redresser le comportement du titulaire des droits. Néanmoins, la sanction majeure, adoptée à l'égard du titulaire des droits conférés par l'administration, est celle visant à reprendre ces droits. Il s'agit du retrait de l'acte conférant des droits (1), ainsi que de la résiliation unilatérale du contrat (2).

1. Retrait de l'acte conférant de droits

Dans ses relations avec les administrés, l'administration est conduite à reconnaître des droits ; à autoriser la réalisation d'activités qui, par exception, ne peuvent pas être réalisées librement, conformément au principe de liberté. L'administration autorise les particuliers en raison de considérations liées à l'intérêt général ayant motivé l'exigence d'une intervention préalable de l'autorité administrative. De même, l'administration reprend les droits qu'elle a

³³³ La suspension du service public pour retard dans le paiement de la redevance ou pour un agissement frauduleux est une sanction administrative. La répression ne vise pas à instaurer une déontologie à l'égard des usagers du service. Or, l'exemple ancien du droit français, de la suspension du service téléphonique pour des propos injurieux dits au téléphone, se rapproche davantage d'une mesure déontologique, c'est-à-dire disciplinaire.

³³⁴ C.E.f. 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers et autres*, *Rec.*, p. 182.

³³⁵ Les adjectifs sanctionnateur et sanctionnatrice sont des néologismes qui sont parfois utilisés, par ex : Louis DUBOIS, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, L.G.D.J., Paris, 1962, p. 418-422 ; Hélène MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, l'Harmattan, Paris, 2001, p. 397 ; Yves MICHAUD, *Qu'est-ce que la culture?*, Odile Jacob, Paris, 2001, p. 571 ; Sylvie THOMASSET-PIERRE, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 121 et 179 ; Isabelle DREAN-RIVETTE, *La personnalisation de la peine dans le Code pénal*, l'Harmattan, Paris, 2005, p. 26.

reconnus. La fonction de reconnaissance de droits s'inscrit dans les rapports entre le principe de liberté et l'autorisation administrative (a). Une fois que l'administration a reconnu des droits, elle dispose de la prérogative de prononcer le retrait ordinaire et le retrait punitif (b).

a. Le principe de liberté et l'autorisation administrative

En France comme en Colombie, l'autorisation préalable à la réalisation d'une activité reste une exception au principe de liberté. En France, la Révolution a supprimé les corps intermédiaires, afin de garantir le libre choix de profession, d'art ou d'office³³⁶. La liberté d'entreprendre est un principe constitutionnel³³⁷. De son côté, la Constitution colombienne déclare expressément la liberté de choisir une profession ou un office³³⁸ et précise que pour l'exercice d'une activité réglementée de façon générale, les citoyens remplissant les conditions prévues par la réglementation ne pourront pas être soumis à l'obligation de demander des licences ou des permis administratifs³³⁹.

Ainsi, en France comme en Colombie, les libertés sont soumises, en principe, à un régime de prohibitions, et non d'autorisation préalable. Or, par exception, certaines activités exigent un contrôle préalable, prévu par la loi³⁴⁰, c'est-à-dire un système d'autorisation administrative³⁴¹. Dans ce cas, le législateur se doit de préciser les activités méritant d'être exclues du principe de libre exercice. Le choix du législateur n'est pas libre³⁴² : la création d'un régime d'autorisation préalable exige tantôt la justification suffisante à l'égard de l'intérêt public, tantôt la proportionnalité entre la finalité recherchée et la limitation à la liberté³⁴³.

³³⁶ « À compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon (...) », art. 7 du décret devenu loi d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, cité par Georges BURDEAU, *Les libertés publiques*, 2^e éd., L.G.D.J. Paris, 1961, p. 318.

³³⁷ « (...) la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre », C.c.f. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.*, p. 18, §16.

³³⁸ « Toutes les personnes sont libres de choisir une profession ou un office. La loi pourra exiger des diplômes. Les autorités publiques surveilleront l'exercice des professions. Les occupations, les arts et les offices n'exigeant pas de fonction académique, sont librement exercées, hormis celles impliquant un risque social », art. 26 de la Const.c.

³³⁹ « Lorsque l'exercice d'un droit ou d'une activité est réglementé de façon générale, les autorités publiques ne pourront pas exiger des permis, des licences ou des conditions supplémentaires », art. 84 de la Const.c.

³⁴⁰ La restriction d'accès à la profession, conformément à l'art. 34 de la Const.f. exige l'intervention de la loi : C.E.f. Ass. 22 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe et dame Delacour*, *Rec.*, p. 386 ; C.E.f. 16 juin 1976, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux*, *Rec.*, p. 309 ; C.E.f. Ass. 16 déc. 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne, Isle et Dordogne maritimes*, *Rec.*, p. 447. Cependant, la loi peut simplement déterminer une réglementation générale, qui peut être l'objet de réglementation du pouvoir réglementaire : C.E.f. 25 juillet 1975, *Richoux*, *Rec.*, p. 429. Ainsi, l'activité objet de réglementation légale, peut ensuite être l'objet du pouvoir réglementaire : C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou*, *R.F.D.A.* 2004, p. 918. En droit colombien, l'accès à la profession et à l'exercice d'une activité économique ne peut être limité que par la loi : « Hormis les limitations du bien commun, l'activité économique et l'initiative privée sont libres. Personne ne pourra exiger des autorisations préalables ni la satisfaction de conditions, sans l'autorisation de la loi », art. 333 de la Const.c.

³⁴¹ « C'est la mise en tutelle de la liberté, c'est-à-dire sa négation », Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, t. 1, 8^e éd., P.U.F., Paris, 1997, p. 182.

³⁴² Néanmoins, il existe des libertés dont la valeur constitutionnelle fait obstacle au régime d'autorisation préalable, notamment la liberté de presse, en France comme en Colombie : C.c.f. Décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *Rec.*, p. 78, § 81. « Le régime d'autorisation préalable ou de permis en matière des moyens de communication est contraire à l'art. 20 de la Const.c., garantissant la liberté de fonder des moyens de communication », C.c.c. Sentence C-650-03, 5 août 2003, M.R. Manuel CEPEDA.

³⁴³ « 4. Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (...) 6. Considérant, en second lieu, qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu limiter strictement l'utilisation desdits appareils à des événements

Les raisons d'instauration d'un régime d'autorisation sont celles de l'intérêt public³⁴⁴, notamment les effets positifs et négatifs pouvant être entraînés par cette activité, c'est-à-dire le risque qu'elle signifie pour les droits et libertés des citoyens³⁴⁵ ou les effets généraux, par exemple, sur l'économie du pays. L'exemple phare de ces activités soumises au système d'autorisation préalable ce sont les activités financières et d'assurances³⁴⁶.

L'exigence d'autorisation préalable concerne, d'une part, les activités personnelles, professionnelles ou commerciales, sous la forme notamment de l'inscription au tableau professionnel³⁴⁷, d'un agrément, d'une licence ou d'une carte professionnelle. D'autre part, certaines activités matérielles sont aussi soumises à un régime d'autorisation préalable, par exemple, la construction de bâtiments et, en général, les ouvrages sur des terrains, l'occupation du domaine public³⁴⁸, les versements et les émissions polluantes et certaines opérations financières. Les autorisations d'activités matérielles prennent la forme notamment de licences, d'autorisations ou de visas.

b. Le retrait ordinaire et le retrait punitif

L'autorisation administrative ne concède pas à son bénéficiaire un droit absolu à son maintien³⁴⁹. Les autorisations, agréments, licences, permis, cartes, etc., sont décidés eu égard aux conditions requises pour se voir reconnaître l'autorisation et, dès lors, lorsque ces conditions ne sont plus remplies, l'autorité administrative peut reprendre sa décision³⁵⁰. Cette décision ainsi motivée, n'est pas une sanction.

Or, le retrait de l'autorisation administrative est une sanction quand il est motivé par

et lieux eux-mêmes soumis à un régime d'autorisation préalable », C.c.f. Décision n° 2010-55 QPC, 18 octobre 2010, J.O. 19 oct. 2010, p. 18695, §4 et 6.

³⁴⁴ « *La liberté économique et d'entreprendre ne sont pas absolues ; elles sont limitées par le bien commun et par les lois, apportant des limitations expresses pour la protection des droits fondamentaux et pour privilégier l'intérêt général* », C.c.c. Sentence C-408-04, 4 mai 2004, M.R. Alfredo BELTRAN. Dans le même sens : C.c.c. Sentence T-394-99, 27 mai 1999, M.R. Martha SACHICA.

³⁴⁵ Telle est notamment la justification du permis de conduire et des licences pour le transport de passagers.

³⁴⁶ « *Les libertés d'entreprendre et d'association pour créer des institutions financières ont des limitations spéciales, ne s'appliquant pas aux autres activités commerciales et industrielles. Les personnes juridiques exerçant l'activité financière, indépendamment de sa nature publique, privée ou mixte, agissent toujours sous l'autorisation de l'État afin de réaliser l'une de ses finalités de service public* », C.c.c. Sentence C-1062-03, 11 nov. 2003, M.R. Marco MONROY. L'activité est tellement importante que sa régulation est réservée à la loi : art 150, n° 19, d de la Const.c.

³⁴⁷ L'inscription et le retrait du tableau sont des mesures administratives : C.E.f. Ass. 12 déc. 1953, *De Bayo, Rec.*, p. 544 ; C.E.f. Sect. 17 mai 1968, *Feuillette, Rec.*, p. 316 ; C.E.f. Sect. 13 mai 1970, *Conseil départemental de l'Ordre des médecins de l'Eure, Rec.*, p. 333.

³⁴⁸ « *Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public, d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous* », art. L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

³⁴⁹ « (...) *les autorisations délivrées par l'État, au titre de la police des eaux, sur le fondement de l'article L. 214-3 du Code de l'environnement ne sauraient être assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété et, comme tels, garantis par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789* », C.c.f. Décision n° 2011-141 QPC, 24 juin 2011, J.O. 25 juin 2011, p. 10842, § 4.

³⁵⁰ C.E.f. 2 juillet 1958, *Fédération nationale des syndicats d'utilisateurs et de producteurs, Rec.*, 407 ; « (...) *l'autorité compétente pour délivrer un agrément dispose par là même du pouvoir de retirer celui-ci lorsque son titulaire cesse de remplir les conditions mises à son octroi* », C.E.f. 12 mars 1999, *SA Jacqueline du Roure, Rec.*, p. 60.

des griefs personnels. La jurisprudence opère des requalifications de retraits, en principe non punitifs³⁵¹. La finalité de la mesure détermine sa qualification comme sanction ou comme mesure non punitive³⁵². La différence entre un retrait symétrique, pour ne plus remplir les conditions ayant justifié l'autorisation, et un retrait punitif devient plus délicate lorsque les conditions pour concéder l'autorisation ne sont pas objectives et placent l'autorité dans la possibilité de juger le comportement de la personne. Ainsi, ne plus remplir les conditions de moralité peut justifier un retrait dit non punitif³⁵³ ; mais, la proportionnalité de la mesure est contrôlée par le juge³⁵⁴.

Quant à la légalité de la sanction de retrait, dans un premier temps la jurisprudence française a reconnu que la décision de concéder un droit impliquait, par elle-même, le droit de sanctionner le bénéficiaire par la voie du retrait de l'acte³⁵⁵. Il s'agissait de la reconnaissance de sanctions implicitement prévues par l'autorisation administrative. Ainsi, le retrait de l'autorisation comme un moyen de sanction ne constitue pas un détournement du pouvoir³⁵⁶. Cependant, l'exigence du respect de la légalité de la sanction a déterminé le fait que le retrait de l'autorisation, à titre punitif, ne puisse être prononcé qu'à la condition d'être prévu comme sanction par un texte³⁵⁷. Le retrait ordinaire ou symétrique, pour ne plus remplir les conditions de l'autorisation existe sans besoin d'un texte, alors que le retrait punitif exige la prévision normative³⁵⁸. De même, en droit colombien, le retrait d'une autorisation administrative, notamment d'une licence ou d'un permis urbanistique³⁵⁹ ne peut pas être prononcé à titre punitif³⁶⁰. D'autres sanctions administratives sont prévues par la loi à l'égard du bénéficiaire de la licence qui contrarie les conditionnements ou obligations présentes par la licence ou

³⁵¹ L'exemple phare de la requalification est l'affaire *Dame Trompier-Gravier* qui, bénéficiaire d'une autorisation de vente de journaux dans un kiosque, s'est vu retirer cette autorisation avec une finalité punitive : C.E.f. Sect. 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier, Rec.*, p. 133 ; D. 1945, p. 110, concl. CHENOT, note de SOTO ; R.D.P. 1944, p. 256, note JEZE ; G.A.J.A. 18^e éd., *op. cit.*, n° 54. Pour un exemple plus récent, le retrait de l'agrément d'une société de bourse est qualifié comme une sanction : C.E.f. 20 déc. 2000, *Société A. Conseil Finance, R.F.D.A.* 2001, p. 258. Concernant le retrait punitif d'autorisations en matière des taxis : C.E.f. 15 mai 1936 *Belot, D.*, 1937, 3, 1, note WALINE ; C.E.f. 9 oct. 1963, *Dame Vve. Anquier, R.J.D.A.* 1964, p. 241.

³⁵² Ce n'est pas, non plus, une sanction, le retrait de police visant à assurer l'ordre : « Lorsque le législateur limite l'exercice d'une activité à certaines personnes agréées par l'administration, le bon fonctionnement du service public implique que cette dernière puisse retirer l'agrément ainsi accordé lorsque le comportement de l'intéressé est susceptible de mettre en cause la bonne marche du service », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, op. cit.*, p. 46.

³⁵³ En réalisant une interprétation exclusivement positiviste des normes, le Conseil d'État français a considéré, contrairement aux conclusions du rapporteur public, que quand l'une des conditions pour l'inscription au tableau est la moralité du médecin et, compte tenu de l'obligation de mise à jour du tableau, l'Ordre des médecins peut radier du tableau un médecin ayant commis un comportement contraire à la morale, sans avoir à mettre en place une procédure disciplinaire : C.E.f. 23 juillet 2010, *M.M. req.*, n° 330308, *A.J.D.A.* n° 36, 2010, p. 2050, concl. KELLER.

³⁵⁴ In abstracto, « Le retrait d'une autorisation (...) constitue, par sa nature, une sanction parfaitement adaptée au respect de la réglementation d'une profession ou d'une activité », Matias GUYOMAR, conclusions sur C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou, R.F.D.A.* 2004, p. 920. Néanmoins, le juge devra analyser, *in concreto*, si les griefs étaient de nature à justifier le retrait de l'autorisation.

³⁵⁵ Concernant le retrait du permis de conduire (certificat de capacité pour la conduite des automobiles) : « que la faculté d'accorder ce certificat (...) comportait nécessairement pour la même autorité celle de retirer ledit certificat en cas de manquement grave aux dispositions réglementant la circulation », C.E.f. 8 août 1919, *Labonne, Rec.*, p. 737.

³⁵⁶ C.E.f. 15 mai 1936, *Belot, D.* 1937, III, p. 1, note WALINE.

³⁵⁷ Non nécessairement un texte législatif : C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou, R.F.D.A.* 2004, p. 918.

³⁵⁸ Par ex. le retrait de la carte professionnelle est prévu comme sanction à l'art. L. 621-15, III, b du Code des marchés financiers.

³⁵⁹ Sur différence : C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 7 oct. 1999, C.R. Olga NAVARRETE.

³⁶⁰ Les licences urbanistiques peuvent être révoquées lorsqu'elles « (...) sont contraires à la Constitution ou à la loi ou lorsqu'elles contraignent l'intérêt public ou social », C.E.c. Chambre de la consultation et du service civil, avis du 2 juillet 2005, n° 1643, C.R. Luis ÁLVAREZ.

exécutant d'ouvrages non prévus par la licence³⁶¹.

2. La résiliation unilatérale du contrat

La résiliation unilatérale du contrat administratif, pour le cas français, et du contrat de l'administration publique³⁶², pour le droit colombien, est une prérogative qui le différencie des contrats signés entre particuliers : elle existe en dehors d'une clause contractuelle expresse et elle est exercée, en principe, sans l'intervention du juge. Or, la résiliation unilatérale du contrat n'est pas, en soi, une sanction prononcée à l'égard du co-contractant. La résiliation pour un motif d'intérêt général (a) est une prérogative non punitive de l'administration, alors que la résiliation pour faute du co-contractant (b) place l'administration dans l'exercice de son *jus puniendi*.

a. La résiliation pour un motif d'intérêt général

L'engagement contractuel de l'administration est issu d'un examen préalable concernant la nécessité et l'opportunité du contrat. Il s'agit d'une décision liée à l'intérêt général. L'intérêt général présent au moment de la signature du contrat est soumis à des changements rendant nécessaire d'apporter des modifications à l'accord. De surcroît, le contrat signé peut ne plus convenir à l'intérêt général³⁶³. Face aux changements de la nécessité publique, l'administration dispose non seulement d'un pouvoir de modification, mais aussi d'un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat. Par cette décision, les motifs d'intérêt général s'imposent aux engagements contractuels³⁶⁴. Ainsi, le contrat sera résilié notamment lorsque la nécessité de l'ouvrage ou du service a disparu et, par conséquent, le « *contrat est devenu inutile au service public, inadapté à ses exigences* »³⁶⁵ et le projet est abandonné³⁶⁶. Les hypothèses de résiliation pour un motif d'intérêt général résultent d'un jugement de

³⁶¹ Les personnes réalisant des ouvrages, munies d'une licence, mais contrevenant les obligations et conditionnements de celle-ci ou l'utilisant pour des finalités différentes, sont l'objet d'amendes, de la suspension des services publics et de la démolition des ouvrages, aux frais du particulier (art. 2, n° d de la loi n° 810 du 13 juin 2003).

³⁶² Le décret-loi n° 222 du 2 fév. 1983, différenciait les contrats administratifs, énumérés à l'art. 16 du décret-loi et les contrats de droit privé signés par l'administration. L'existence d'une clause contractuelle permettant la résiliation unilatérale du contrat pour faute faisait basculer la compétence vers la juridiction ordinaire et le régime juridique applicable était public. Or, le statut général adopté en 1993 a effacé la différence en adoptant un critère organique : tous les contrats signés par l'une des personnes publiques sont des contrats « étatiques », indépendamment de leur régime juridique (art. 32 de la loi n° 80 du 28 oct. 1993, *portant Statut général des contrats de l'administration publique*). Néanmoins, pour les effets de la comparaison, la dénomination de contrats étatiques pourrait laisser croire, au lecteur français, qu'ils ne concernent pas les contrats des collectivités territoriales. Par conséquent, on a adopté l'expression de contrats de l'administration publique.

³⁶³ C.E.f. 23 janv. 1952, *Secrétaire d'État aux Forces armées c. Chambouvet, Rec.*, p. 50 ; R.D.P. 1952, p. 521 ; C.E.f. 8 déc. 1967, *Cazautets, R.D.P.* 1968, p. 942.

³⁶⁴ Traditionnellement il était considéré que le pouvoir de résiliation unilatérale ne pouvait pas intervenir à l'égard des contrats « *impliquant des investissements de matériels fixes devant s'amortir sur la durée du contrat* », C.E.f. 30 sept. 1983, *SARL Comexp, Rec.*, p. 393, ou à l'égard des concessions de services publics (C.E.f. 20 janv. 1905, *Cie départementale des eaux, Rec.*, p. 55), sauf si cette prérogative était prévue dans le contrat (C.E.f. 26 janv. 1923, *Ville de Toulon, Rec.*, p. 85 ; C.E.f. 22 nov. 1967, *Société générale technique, Rec.*, p. 859). Néanmoins, la résiliation pour un motif d'intérêt général de la concession est aujourd'hui admise, même sans clause contractuelle, « *en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs* », C.E.f. 2 fév. 1987, *Société TV6, Rec.*, p. 29.

³⁶⁵ André de LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, 2^e éd., L.G.D.J. Paris, 1984, p. 658.

³⁶⁶ C.E.f. Sect. 22 janv. 1965, *Soc. Des établissements Michel Aubrun, Rec.*, p. 50

l'administration sur l'opportunité de persister dans l'exécution du contrat³⁶⁷. En droit colombien, le statut général des contrats de l'administration publique dispose que le contrat peut être résilié administrativement, pour un motif d'intérêt général ou d'ordre public, par la mort ou l'incapacité physique permanente du co-contractant³⁶⁸, pour faillite du co-contractant ou pour saisine des biens mettant en risque l'exécution du contrat³⁶⁹.

Cette forme de résiliation unilatérale du contrat n'est pas une sanction : elle ne prend pas en considération les fautes du co-contractant et elle oblige l'administration à indemniser le co-contractant exempté de faute et ayant souscrit un contrat jugé opportun³⁷⁰. Il s'agit d'une mesure visant exclusivement à mettre d'accord les engagements contractuels avec les nécessités réelles de l'intérêt général.

b. La résiliation pour faute du co-contractant

L'administration française, comme l'administration colombienne, dispose de prérogatives de sanction à l'égard de son co-contractant. Ces pouvoirs existent même sans une prévision contractuelle dans ce sens³⁷¹. Certaines mesures contraignantes visent, certes, à punir ; mais, en conservant le lien contractuel, elles ont aussi pour objet de redresser l'exécution du contrat à l'égard d'exécutions tardives ou défectueuses³⁷². Les pénalités financières peuvent combiner la fonction punitive avec une composante réparatrice des préjudices causés. La question semble être plus délicate concernant la mesure à prendre à l'égard des fautes particulièrement graves. Il s'agit d'une mesure ne visant pas à contraindre l'exécution correcte des engagements, mais à mettre fin au contrat.

Lorsque l'administration prend en considération des fautes contractuelles qu'elle considère comme particulièrement graves³⁷³, la résiliation unilatérale est une sanction administrative, même la plus grave³⁷⁴ à l'égard du co-contractant³⁷⁵. En droit français, le pouvoir de résiliation du contrat en raison des torts du co-contractant³⁷⁶ est d'ordre public³⁷⁷.

³⁶⁷ Ce sont des motifs « *qui pour être légitimes, n'en sont pas moins de pure opportunité* », Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 6^e éd. L.G.D.J. Paris, 2008, p. 355.

³⁶⁸ Cette possibilité a été déclarée conforme à la Constitution, à la condition qu'elle soit entendue comme autorisant à résilier le contrat seulement « *dans la mesure où l'incapacité physique permanente rend impossible, d'une façon absolue, l'exécution des obligations contractuelles dépendant des capacités physiques du co-contractant* », C.c.c. Sentence C-454-94, 20 oct. 1994, M.R. Fabio MORON.

³⁶⁹ Art. 17 de la loi n° 80 du 28 oct. 1993, *portant Statut général des contrats de l'administration publique*.

³⁷⁰ Cette prérogative est reconnue « *sous réserve des droits à indemnité des intéressés* », C.E.f. Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval, Rec.*, p. 246 ; *D.* 1958, III, p. 730, note de LAUBADERE ; *A.J.D.A.* 1958, p. 282, concl. KAHN. L'obligation d'indemniser, en droit colombien, est prévue art. 14, n° 1, al. 2 de la loi n° 80 du 28 oct. 1993, *portant Statut général des contrats de l'administration publique*.

³⁷¹ C.E.f. 31 mai 1907, *Delanque, Rec.*, p. 513 ; *S.* 1907, III, p. 113, note HAURIOU ; *R.D.P.* 1907, p. 678, note JEZE

³⁷² Certaines sanctions contractuelles visent « *plutôt à assurer l'exécution forcée d'une réglementation qu'à punir le comportement de l'intéressé* », Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif, op. cit.*, p. 121.

³⁷³ « *La gravité s'apprécie par rapport aux conséquences pour le service public et par rapport au caractère essentiel de l'obligation enfreinte* », Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 6^e éd., *op. cit.*, p. 258.

³⁷⁴ La déchéance de la concession est la « *sanction la plus énergique* » « (...) *la sanction suprême qu'il ne faut prononcer que si le concessionnaire, par sa faute, est vraiment incapable de faire fonctionner régulièrement le service public* », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif, théorie générale des contrats de l'administration*, III^e partie, 3^e éd., 1936, p. 911 et 194.

³⁷⁵ « (...) *ce sont donc des sanctions très sévères, que l'administration n'a d'intérêt à employer que comme ultima ratio et qui supposent, par conséquent, des manquements particulièrement graves du contractant* », André de LAUBADERE, Franck MODERNE et Pierre DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, 2^e éd., *op. cit.*, p. 155.

³⁷⁶ Il s'agit d'un pouvoir reconnu depuis le XIX^e siècle : C.E.f. 17 mars 1864, *Paul Dupont, D.* 1864, III, p. 87.

Même si ce pouvoir de sanction existe en raison du lien contractuel et à l'égard du co-contractant, la source de ce pouvoir se place au-dessus du contrat lui-même. D'un côté, il s'agit d'une prérogative existant même en l'absence d'une clause contractuelle le prévoyant³⁷⁸ et, dans tous les contrats administratifs, même en matière de concession³⁷⁹. D'un autre côté, les clauses interdisant son exercice sont contraires à l'intérêt public³⁸⁰, c'est-à-dire qu'elles sont « *allergiques au droit public contractuel* »³⁸¹. Néanmoins, il est possible de s'accorder contractuellement sur les fautes donnant lieu à l'exercice du pouvoir de résiliation du contrat.

En droit colombien, la résiliation pour fautes du cocontractant est une prérogative d'ordre public pouvant être exercée en cas d'inexécution des obligations contractuelles, lézant gravement et directement l'exécution du contrat et le menaçant de paralysie³⁸². L'absence de versement des contributions sociales pendant plus de quatre mois³⁸³, ainsi que la condamnation pour des dommages causés au patrimoine public³⁸⁴ justifient aussi la résiliation unilatérale du contrat.

La résiliation du contrat pour faute est une mesure punitive³⁸⁵, alors même, qu'au fond, l'administration poursuit la protection de l'intérêt général en évitant la multiplication des dommages provoqués par la défectueuse ou tardive exécution du contrat³⁸⁶. En droit colombien, cette nature punitive était renforcée lorsqu'il était possible de résilier un contrat après la période d'exécution et pendant la période des liquidations finales³⁸⁷, dans la mesure où, dans ce cas, les torts étaient déjà causés. Aujourd'hui, la résiliation du contrat n'est possible que pendant sa période d'exécution³⁸⁸ et elle s'accompagne d'une mesure visant à

³⁷⁷ C.E.f. 30 sept. 1983, *S.A.R.L. Comexp, Rec.*, p. 393 et qui s'exerce en cas de faute grave : C.E.f. 21 janv. 1944, *Société d'entreprises et de construction en béton armé, Rec.*, p. 23.

³⁷⁸ C.E.f. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval, A.J.D.A.* 1958, p. 282, concl. KAHN.

³⁷⁹ Cependant, faute d'une clause contractuelle prévoyant la déchéance de la concession, l'administration concédante ne pourra pas la prononcer par elle-même, et elle devra la demander au juge : C.E.f. 20 mai 1892, *Tessier, Rec.*, p. 456 ; C.E.f. 17 nov. 1944, *Ville d'Avallon, Rec.* p. 294.

³⁸⁰ Ce sont des clauses « *incompatibles avec les nécessités du fonctionnement d'un service public* », C.E.f. 6 mai 1985, *Association Eurolat, R.F.D.A.* 1986, p. 21, concl. GENEVOIS ; *A.J.D.A.* 1985, p. 620, note FATOME et MOREAU ; *R.D.P.* 1986, p. 21, note LLORENS.

³⁸¹ Étienne FATOME et Jacques MOREAU, note sous C.E.f. 6 mai 1985, *Association Eurolat, A.J.D.A.* 1985, p. 621.

³⁸² Art. 18 de la loi n° 80 du 28 oct. 1993, *portant Statut général des contrats de l'administration publique*.

³⁸³ Art. 50 de la loi n° 789 du 27 déc. 2002.

³⁸⁴ Art. 61 de la loi n° 610 du 15 août 2000.

³⁸⁵ « *Il est incontestable que la résiliation pour faute, telle qu'elle est conçue par la loi, est une mesure de nature sanctionnatrice à l'égard du co-contractant fautif. Elle a aussi une fonction réparatrice, car elle permet le recouvrement du montant de la clause pénale, lorsqu'elle est pactée* », C.E.c. Section 3, Ordonnance du 24 sept. 1998, affaire n° 14821, C.R. Ricardo Hoyos.

³⁸⁶ Contrairement à la jurisprudence administrative, une sentence de la Cour constitutionnelle, en matière de tutela a soutenu que « *puisque la résiliation unilatérale pour faute ne fait pas partie de la prérogative sanctionnatrice, et qu'elle découle de la position spéciale de l'administration, celle-ci peut résilier le contrat sans avoir à respecter une procédure préalable où le co-contractant et les autres intéressés seraient entendus. La résiliation se justifie pour de faits objectifs devant être précisés et démontrés dans la motivation de l'acte administratif prononçant la résiliation* », C.c.c. Sentence T-569-98, 8 oct. 1998, M.R. Alfredo BELTRAN.

³⁸⁷ La jurisprudence avait considéré que la résiliation pour faute était possible même pendant l'étape de liquidation finale du contrat, après l'étape d'exécution, dans la mesure où « (...) *c'est justement l'expiration du délai qui met en évidence l'inexécution. C'est à ce moment que l'administration doit déterminer la responsabilité du co-contractant et, sanctionner l'inexécution que lui est imputable* », C.E.c. Section 3, Sentence du 13 sept. 1999, affaire n° 10.264, C.R. Ricardo Hoyos. Cette position a été réitérée à plusieurs reprises, notamment : C.E.c. Section 3, Sentence du 18 mars 2004, affaire n° 15936, C.R. Ricardo Hoyos.

³⁸⁸ La jurisprudence avait considéré, d'abord, que les sanctions n'étaient possibles que pendant la période d'exécution, afin de permettre la continuation de l'exécution avec un autre personne (C.E.c. Section 2, Sentence

indemniser le préjudice causé par la faute du co-contractant. En droit français, comme en droit colombien, la résiliation aux torts du co-contractant tient sa nature punitive de sa motivation et elle se confirme par l'absence d'indemnisation pour le co-contractant³⁸⁹. Par ailleurs, en droit colombien, elle entraîne l'impossibilité pour ce dernier de passer des contrats avec des autorités publiques, pendant une durée de cinq ans³⁹⁰.

Le pouvoir de sanction administrative à l'égard du co-contractant est l'un des exemples des sanctions dont le destinataire est préalablement déterminé. Le fonctionnaire public ou le particulier se voyant confier des fonctions publiques, le bénéficiaire d'une autorisation administrative et le co-contractant font partie d'un groupe de destinataires d'un type de sanction administrative dont la légitimité n'est pas sérieusement contestable³⁹¹. Le pouvoir de sanction administrative est l'objet de contestations lorsqu'il s'adresse indistinctement aux citoyens.

§ 2. Les sanctions à l'égard des citoyens

Le domaine théorique de la sanction pénale concerne la punition des citoyens qui, dans l'exercice de leur liberté, réalisent des comportements considérés comme des délits ou des crimes. Le juge pénal n'entretient pas de rapports préalables avec le destinataire de la peine et ainsi, pour la doctrine traditionnelle, ce type de sanctions doit être exclu du domaine de la sanction administrative³⁹². Dans ce courant, en 1984, le professeur Pierre DELVOLVE excluait la sanction administrative des citoyens³⁹³ et il souhaitait que, lorsque la question est posée au

du 21 fév. 1986, aff. n° 4550, C.R. Carlos BETANCUR; C.E.c. Section 3, Sentence du 29 janv. 1988, aff. n° 3615, C.R. Carlos BETANCUR ; C.E.c. Section 3, Sentence du 9 avril 1992, aff. n° 6491, C.R. Carlos BETANCUR; C.E.c. Section 3, Sentence du 6 juin 1996, aff. n° 2240 ; C.E.c. Section 3, Sentence du 18 juin 1997, aff. n° 10703, C.R. Juan MONTES ; C.E.c. Section 3, Sentence du 4 juin 1998, aff. n° 13988, C.R. Ricardo HOYOS ; C.E.c. Section 3, Sentence du 13 sept. 1999, aff. n° 10264, C.R. Ricardo HOYOS). Or, après avoir considéré que les sanctions pouvaient être décidées pendant la période de liquidation, la jurisprudence revire envers sa position initiale selon laquelle les sanctions ne sont possibles que pendant l'exécution : C.E.c. Section 3, Sentence du 20 nov. 2008, aff. n° 17031, C.R. Ruth CORREA. « (...) la résiliation pour faute en dehors du délai d'exécution est inutile à l'égard de l'effectivité des intérêts compromis par le contrat car celui-ci est déjà terminé. Avec l'extinction du contrat, due à l'expiration du délai ou à l'exécution du contrat, finit la prérogative exorbitante de l'administration pour résilier le contrat », C.E.c. Section 3, Sentence du 10 mars 2011, affaire n° 16856, C.R. Stella DIAZ.

³⁸⁹ C.E.f. 20 janv. 1988, *Société d'étude et de réalisation des applications du froid, Rec.*, p. 29. En droit colombien : « La résiliation pour faute ne donne pas lieu à l'indemnisation du co-contractant qui, en revanche, sera destinataire des autres sanctions et privations d'habilité prévues dans cette loi », art. 18, al. 2 de la loi n° 80 du 28 oct. 1993, portant Statut général des contrats de l'administration publique.

³⁹⁰ « La nature punitive de la résiliation pour faute ne donne pas lieu à des doutes : non seulement la décision met fin au contrat, mais elle entraîne pour le co-contractant une privation d'habilité pour signer des contrats avec l'administration publique pendant 5 ans (art. 8, c de la loi n° 80 de 1993 », C.E.c. Section 3, Ordonnance du 24 sept. 1998, affaire n° 14821, C.R. Ricardo HOYOS.

³⁹¹ Sa « légitimité n'a jamais été contestée, et n'est pas sérieusement contestable », Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd. op. cit., p. 553.

³⁹² « En dehors du domaine hiérarchique, l'attribution d'un pouvoir sanctionnateur à des autorités administratives est peut-être une aberration. Il serait plus simple et plus clair de transférer directement ce pouvoir à des juges », Roland DRAGO, note sous C.A. Paris, 1^{er} ch. H, 7 mars 2000, *Sté. KPMG Fiduciaire de France, J.C.P.* n°42, 18 octobre 2000, p. 1936.

³⁹³ « (...) dans tous les cas où est attribué à l'administration le pouvoir d'infliger une sanction à des personnes avec lesquelles elle n'a pas de rapports directs (soit des rapports d'autorité au sein de l'administration, soit des rapports résultant de l'octroi d'une décision) la répression exercée par voie administrative est contestable car elle met en œuvre ici des solutions qui sont substituées à celles qui, normalement, devraient faire intervenir un juge », Pierre DELVOLVE, « La justice hors le juge », *loc. cit.*, p. 21.

juge constitutionnel³⁹⁴, il sanctionne le dessaisissement du juge³⁹⁵. Le projet d'attribution d'un pouvoir de sanction à la Commission française des opérations de bourse, touchant des citoyens dans le contexte des marchés financiers a été très controversée³⁹⁶; mais, le dispositif a été validé par le Conseil constitutionnel qui ne s'est pas attardé explicitement sur la question du destinataire de la sanction administrative³⁹⁷.

La validation constitutionnelle n'est, en soi, qu'un argument d'autorité quant à la légitimité de ces pouvoirs. Or, avant de s'intéresser à cette question, il est nécessaire d'abord de comprendre les différentes hypothèses du pouvoir administratif de sanction à l'égard des citoyens, à partir de la relation de trois termes : les citoyens, leur degré de liberté et les sanctions (A). Grâce à cette explication, la question du fondement du pouvoir de sanction administrative à l'égard des citoyens (B) pourra être ensuite abordée.

A. Les citoyens, leur degré de liberté et les sanctions

La liberté des citoyens ne peut pas avoir une définition unique. La liberté est une question de degrés en raison de la quantité de réglementation qui vient, au fond, sinon à limiter la liberté, du moins à l'encadrer. L'échelle de liberté se fonde sur une différenciation de base : l'activité sous un régime d'autorisation administrative (1) et l'activité sous un régime de prohibitions (2).

1. Activité sous un régime d'autorisation administrative

Le bénéficiaire d'une autorisation administrative est destinataire de sanctions au titre de cette autorisation. Le système d'autorisation administrative permet aussi de sanctionner des personnes ne bénéficiant pas de l'autorisation et qui, par conséquent, sont des citoyens, dans le contexte d'une activité réglementée³⁹⁸. Tel est le cas des citoyens exerçant une activité qui demanderait une autorisation (a) et des citoyens au service des bénéficiaires d'une autorisation (b).

³⁹⁴ « Est-ce que, de manière plus générale, on peut admettre qu'une répression administrative, au sens strict du terme, puisse être réalisée dans des domaines où, normalement, c'est le juge pénal qui doit intervenir ? La question n'a jamais été posée. Je vous promets bien qu'elle le sera bientôt devant le Conseil Constitutionnel », *ibidem*, p. 23.

³⁹⁵ « Un premier souhait est de rendre la justice au juge, dans toutes les hypothèses où nous avons pu constater qu'il y avait un dérèglement des mécanismes de la justice (...) Mais partout où il s'agit véritablement de justice, c'est au juge qu'il faut que la justice soit rendue », *idem*.

³⁹⁶ « (...) personne ici sur quelque banc qu'il siège ne saurait naturellement admettre que l'on fasse échec à la séparation des pouvoirs et que, demain, une autorité administrative puisse prononcer des sanctions à caractère pénal. Non seulement ce serait un précédent grave, mais surtout, qui peut dire qu'au-delà des sanctions pénales, on ne prononcera pas aussi des sanctions purement civiles ? Que deviendrait alors l'élément fondamental de notre démocratie, c'est-à-dire le pouvoir judiciaire ? (...) qu'il est inconcevable au regard de notre droit positif de laisser à une autorité administrative un pouvoir répressif qui relève (...) de la seule autorité, de la seule compétence, de l'autorité judiciaire », Pierre MAZEAUD, *Journal officiel de l'Assemblée nationale* 1989, p. 3108.

³⁹⁷ Les pouvoirs de sanction de la C.O.B. sont constitutionnels compte tenu du fait « (...) que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis (...) », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, § 6, *Rec.*, p. 71.

³⁹⁸ « (...) on peut ajouter que la répression administrative ne s'exerce que lorsqu'un administré a manqué aux obligations particulières qui lui incombent. Il n'y a pas grande importance que la soumission du particulier à ces obligations résulte de l'exercice d'une activité réglementée ou de ce qu'il est en rapport spécial avec l'administration. Dans les deux cas la répression se justifie parce que les administrés sont les destinataires, volontaires ou non, d'une réglementation qui ne s'adresse qu'à eux, et qu'eux seuls peuvent violer, à la différence de ce qui se passe avec la répression pénale », Jean du BOIS de GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, *op. cit.*, p. 258.

a. Les citoyens exerçant une activité qui demanderait une autorisation

Les personnes méconnaissant l'obligation d'obtenir une autorisation préalable, un agrément, une licence ou un permis, peuvent faire l'objet de sanctions administratives. Il s'agit d'une activité réglementée d'accès restreint. L'extension du pouvoir de sanction administrative est fondée sur l'idée que les bénéficiaires de l'autorisation peuvent être sanctionnés administrativement et, *qu'a fortiori*, les citoyens qui exercent cette activité sans avoir demandé et obtenu l'autorisation ne sauraient, par cette voie, échapper au pouvoir punitif de l'autorité administrative. Ainsi, par exemple, en droit colombien, les citoyens réalisant des ouvrages sans la licence administrative urbanistique exigée sont sanctionnés administrativement par la voie des amendes, de la suspension de services publics et de la démolition des ouvrages aux frais du propriétaire de l'ouvrage³⁹⁹. De même, la Surintendance financière de Colombie peut sanctionner les personnes exerçant des fonctions nécessitant une inscription administrative préalable, sans avoir réalisé cette inscription⁴⁰⁰. De même, la Surintendance peut sanctionner l'utilisation abusive de tout signe ou expression utilisée pour faire croire au public qu'il existe une autorisation pour exercer une activité sur le marché financier⁴⁰¹.

Le pouvoir de sanction de l'administration se fonde sur l'obligation d'obtenir une autorisation administrative, et non sur l'autorisation elle-même. L'administration garantit par la voie de ce type de sanctions administratives, l'effectivité de son intervention. L'attribution du pouvoir de sanction à l'égard des citoyens méconnaissant le devoir d'autorisation administrative est une décision du législateur⁴⁰². Or, la politique punitive de l'État⁴⁰³ peut décider que les personnes méconnaissant le devoir d'autorisation administrative soient sanctionnées judiciairement, par exemple, que les citoyens exerçant, sans habilitation administrative, l'activité bancaire ou financière, ont un comportement délictuel puni par une sanction pénale⁴⁰⁴. La politique punitive ou sanctionnatrice ne prend pas en considération,

³⁹⁹ Sont l'objet de sanctions, d'une part, les personnes ayant réalisé des ouvrages ou des occupations sur des terrains interdits ou ayant une destination différente à celle donnée par le constructeur. Dans ce cas, l'ouvrage est réalisé évidemment sans licence, car celle-ci ne pourrait pas avoir lieu ou l'occupation du domaine public est réalisée sans autorisation administrative (art. 2, n° 1 et 2 de la loi n° 810 du 13 juin 2003). D'autre part, sont sanctionnés les personnes réalisant des ouvrages sur des terrains propices, mais sans avoir obtenu la licence urbanistique (art. 2, n° 3 de la loi n° 810 du 13 juin 2003).

⁴⁰⁰ Art. 50, a, de la loi n° 964 du 8 juillet 2005.

⁴⁰¹ Art. 50, i, de la loi n° 964 du 8 juillet 2005.

⁴⁰² En droit français, le pouvoir réglementaire ne saurait concerner les citoyens par la voie des sanctions : « *La reconnaissance d'un pouvoir répressif inhérent à l'activité administrative doit être limitée aux hypothèses dans lesquelles existent des relations spéciales entre l'administration et la personne susceptible de faire l'objet d'une sanction* », Matias GUYOMAR, concl. sur C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou, R.F.D.A.* 2004, p. 918. Les personnes méconnaissant l'obligation d'autorisation administrative n'en sont pas moins des citoyens, sans relation spéciale avec l'administration. En droit colombien, les sanctions administratives, indépendamment de leur destinataire, doivent être prévues dans la loi : C.c.c. Sentence C-1161-00, 6 sept. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ

⁴⁰³ Le choix de la répression administrative à l'égard des citoyens est considéré comme une substitution du juge pénal : Mireille DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle, op. cit.*, p. 89.

⁴⁰⁴ En droit français, les contours du délit d'exercice illégal de la profession de banquier, sont définis par l'art. L. 511-5 du Code monétaire et financier : « *il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme* ». En droit colombien, le Code pénal dispose : « *Délit d'appel à l'épargne du public et réception massive et habituelle d'argent. La personne exerçant, promouvant, finançant, aidant ou, en général, réalisant tout acte pour recueillir*

dans ce cas, l'idéal théorique de la sanction pénale des citoyens, mais la gravité de l'infraction par rapport aux biens juridiques protégés : l'importance et le risque de l'activité financière qui expliquent l'exigence d'une autorisation administrative préalable sont aussi les raisons de la sanction pénale. L'autorité administrative chargée de la régulation du secteur financier dispose d'un pouvoir de publicité visant à avertir le marché sur l'activité d'une personne ou d'une entreprise non autorisée par l'administration⁴⁰⁵.

b. Les citoyens au service des bénéficiaires d'une autorisation administrative

Un deuxième élargissement du pouvoir de sanction des autorités administratives, attribuant des autorisations administratives, concerne les personnes du service administré agréé ou autorisé étant entendu que c'est l'agrément de leur chef ou de l'entreprise ou au sein de laquelle elles travaillent qui leur a permis l'exercice de l'activité réglementée. Ce sont des citoyens, non des fonctionnaires publics ; il s'agit de travailleurs exerçant au sein d'une activité qui n'est pas de libre accès. Face aux infractions commises par ces citoyens, la théorie du lien juridique justifiant la sanction administrative déterminerait soit la sanction administrative au bénéficiaire de l'autorisation administrative, à titre personnel, notamment pour le défaut de surveillance des personnes sous son autorité, soit la sanction pénale de l'auteur personnel des faits. Par exemple, l'Autorité française des marchés financiers est chargée de veiller au respect des règles professionnelles, notamment des prestataires de services d'investissement qui font l'objet d'agrément administratif⁴⁰⁶ et des personnes autorisées à exercer l'activité de conservation ou d'administration d'instruments financiers⁴⁰⁷. Elle veille aussi au respect de ces règles par les « *personnes physiques placées sous leur autorité ou agissant pour leur compte* »⁴⁰⁸. À ce titre, ces citoyens au service de l'agréé ou de l'autorisé deviennent l'objet du pouvoir de sanction de l'administration⁴⁰⁹. De même, la Surintendance financière de Colombie peut sanctionner non seulement les personnes morales autorisées à exercer l'activité bancaire, mais aussi, les « (...) *directeurs, administrateurs, représentants, experts-comptables et tous les autres fonctionnaires ou employés* » de la personne surveillée⁴¹⁰.

Il est néanmoins nécessaire de préciser que le pouvoir de sanction des personnes au service du titulaire d'une autorisation ou d'un agrément ne se justifie pas exclusivement en raison de l'autorisation administrative, mais, plus largement, de par l'exercice d'une activité

massivement et habituellement de l'argent du public, sans avoir l'autorisation administrative nécessaire, sera puni de prison (...) et amende (...) », art. 316 du Code pénal colombien.

⁴⁰⁵ Par exemple, le 2 novembre 2011, la Surintendance financière de Colombie a proféré trois circulaires (n° 102, 102 et 103) et un communiqué de presse informant le public que deux entreprises et cinq personnes naturelles ne sont pas autorisées à exercer l'activité financière et boursière in <http://www.superfinanciera.gov.co> consulté le 3 nov. 2011.

⁴⁰⁶ Art. L. 621-9, II, n° 1 du Code monétaire et financier.

⁴⁰⁷ Art. L. 621-9, II, n° 2 du Code monétaire et financier.

⁴⁰⁸ Art. L. 621-9, II, du Code monétaire et financier.

⁴⁰⁹ Sont destinataires du pouvoir de sanction de l'A.M.F. : « *b) Les personnes physiques placées sous l'autorité ou agissant pour le compte de l'une des personnes mentionnées aux 1° à 8° et 11° à 17° du II de l'article L. 621-9 au titre de tout manquement à leurs obligations professionnelles définies par les lois, règlements et règles professionnelles approuvées par l'Autorité des marchés financiers en vigueur, sous réserve des dispositions de l'article L. 612-39 ;* », art. L. 621-15, II, b, du Code monétaire et financier.

⁴¹⁰ Art. 208, al. 1, du décret n° 663 du 2 avril 1993, portant *Statut organique du système financier*.

réglementée dont le pouvoir administratif de sanction substitue le pouvoir disciplinaire collégial.

2. Activité sous un régime de prohibitions

Le régime prohibitif caractérise les activités libres. Les prohibitions manifestent des limites à la liberté ; elles ne sont pas, *stricto sensu*, des formes de réglementation de la liberté. C'est dans ces activités libres que le concept de citoyenneté acquiert toute sa portée. Les sanctions administratives à la liberté sont l'objet de différentes qualifications : tout d'abord, afin de contester leur légitimité, elles peuvent être considérées comme des sanctions pénales adoptées par l'administration, au titre d'un dérèglement dans l'institution⁴¹¹. Ensuite, plus récemment, le professeur Michel DEGOFFE les a regroupées sous la dénomination de punitions administratives. La punition administrative est une sanction prononcée à l'égard d'un abus d'une liberté⁴¹². La punition, de même que la peine, doit être créée par la loi⁴¹³ ; la compétence de punir ne peut pas être déléguée⁴¹⁴ ; la sanction ayant le caractère d'une punition⁴¹⁵ doit respecter les mêmes garanties processuelles⁴¹⁶ et matérielles exigées pour les peines⁴¹⁷ et, ayant un même fondement, une punition n'est pas cumulable avec une peine⁴¹⁸. Par ailleurs, la sanction prononcée à l'égard des citoyens constitue une accusation en matière pénale, au sens de la Convention européenne des droits de l'homme⁴¹⁹. Enfin, la jurisprudence colombienne a différencié, par des motifs surabondants auxquels elle se livre volontiers, la sanction disciplinaire de la sanction pénale administrative⁴²⁰. Aussi, a-t-elle opposé la sanction administrative et la sanction correctionnelle⁴²¹. Cependant, aucune conséquence pratique

⁴¹¹ « Lorsque ces sanctions atteignent des individus ou des organismes n'ayant aucun lien juridique de collaboration avec l'Administration, et qui ne sont pas, vis-à-vis de celle-ci, dans une situation différente de celle des administrés, c'est une qualification pénale qui doit leur être donnée », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 356.

⁴¹² Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 134

⁴¹³ C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, Benkerrou, R.F.D.A. 2004, p. 918.

⁴¹⁴ « Le pouvoir de punir ne se délègue pas. Le pouvoir de prononcer des sanctions administratives peut être délégué », *ibidem*, p. 79.

⁴¹⁵ L'expression est utilisée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État a considéré que c'était une façon d'insister et non une catégorie à part : « L'expression peut paraître redondante dans la mesure où l'on définit toute sanction par son caractère répressif ; mais, elle a le mérite d'éviter toute ambiguïté », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 36.

⁴¹⁶ « (...) dès lors qu'on atteint un certain niveau dans les pénalités, il convient de prévoir d'importantes garanties de procédure », *ibidem*, p. 78.

⁴¹⁷ Le considérant de principe plusieurs fois utilisé par le Conseil constitutionnel français a évolué quant à l'énumération des garanties exigées. Par. ex : « 47. Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que les droits de la défense ; 48. Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle », C.c.f. Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Rec.*, p. 224.

⁴¹⁸ « (...) une sanction administrative de nature pécuniaire ne peut se cumuler avec une sanction pénale », C.c.f. Décision n° 96-378 DC, 23 juill. 1996, *Rec.*, p. 99, § 15.

⁴¹⁹ C.E.D.H. 24 fév. 1994, Bendenoun, § 47, *Dr. Fisc.* 1994, 21-22, p. 989.

⁴²⁰ C.E.c. Section 2, Sentence du 13 avril 1988, affaire n° 276, C.R. Alvaro LECOMPTE.

⁴²¹ Le pouvoir punitif de l'administration « adopte deux formes : la disciplinaire (à l'égard des fonctionnaires pour méconnaissance de leurs devoirs et les prohibitions) et la correctionnelle (pour les citoyens méconnaissant les obligations et restrictions en matière d'hygiène publique, de finances publiques, d'impôts, etc.). Ces prérogatives ont une nature administrative et elles sont différentes du pouvoir du juge pour imposer des peines », C.c.c. Sentence C-214-94, 28 avril 1994, M.R. Antonio BARRERA. Cette différence en matière de sanctions disciplinaires et correctionnelles du juge : C.c.c. Sentence T-242-99, 16 avril 1999, M.R. Martha SACHICA. En matière de sanction correctionnelle décidée par l'autorité de police : C.c.c. Sentence C-492-02, 26 juin 2002, M.R. Jaime CORDOBA. Cette

n'est attribuée à la classification.

Les sanctions dites administratives pénales, les punitions ou les sanctions correctionnelles ont pour destinataire des citoyens exerçant une activité libre (a) et des citoyens exerçant une activité interdite (b).

a. Les citoyens exerçant une activité libre

La sanction administrative aux citoyens dans l'exercice de leur liberté met en doute la séparation absolue entre les concepts de police et de sanction ayant été opérée en droit français. L'autorité administrative, dans l'exercice de sa fonction de protection de l'ordre public, dans ses différentes manifestations, se voit attribuer des fonctions de sanction qui, essentiellement, s'adressent à des citoyens dans l'exercice de leurs libertés. La finalité punitive de ces mesures est mélangée à la finalité de protection de l'ordre public. La sanction de citoyens pour l'infraction aux normes du Code de la route est un bon exemple pour la comparaison du droit français et du droit colombien : en France, les piétons peuvent être l'objet d'une sanction pour une infraction à ce dernier, commise dans l'exercice de leur liberté d'aller et de venir. Néanmoins, l'amende n'est pas une sanction administrative, car le comportement est une contravention pénale⁴²². En revanche, en droit colombien, les mêmes infractions réalisées par les piétons qui, bien évidemment n'ont pas eu à avoir une autorisation administrative avant de se déplacer, sont sanctionnées par une amende décidée par les autorités administratives chargées de la circulation routière⁴²³.

Or, c'est la matière économique qui donne le meilleur exemple de sanctions administratives à des citoyens dans l'exercice de leur liberté. Outre l'époque révolue et très critiquée⁴²⁴ des sanctions dites disciplinaires, prononcées en matière économique à l'égard des particuliers pour l'infraction aux normes relatives à l'économie contrôlée, le droit français, comme le droit colombien, dispose d'un système de sanctions administratives, sans destinataire préalablement cerné, en matière de protection de la concurrence.

La saine concurrence est un objectif d'intérêt public. Les pratiques commerciales contraires à cet objectif sont l'objet de sanctions administratives, alors même que les destinataires ne sont pas munis d'une autorisation administrative préalable. À l'égard de la liberté économique, l'autorité administrative n'intervient pas à titre habilitante de la concurrence, mais comme garante de celle-ci. En droit français, l'Autorité de la concurrence,

classification est adoptée dans la doctrine : Gustavo RODRIGUEZ, *Derecho disciplinario*, Librería del profesional, Bogota, 1987, p. 16-17.

⁴²² Art. R. 412-43 du Code de la route.

⁴²³ Les amendes sont prévues à l'art. 58, § 1^{er} du Code national de la circulation et la compétence est attribuée aux autorités administratives chargées de la circulation, par l'art. 134 du même code.

⁴²⁴ « Il faut aller plus loin encore et s'orienter vers l'abrogation complète des sanctions administratives. Des considérations économiques, d'ailleurs essentiellement temporaires, et les nécessités politiques ne peuvent justifier cette regrettable régression de « l'état de droit » vers « l'état de police », manifestée trop souvent depuis 1940 dans notre législation », Georges MORANGE, note sous C.E.f. 11 août 1944, *Chaverou, D.* 1945, p. 230.

autorité administrative indépendante⁴²⁵, sanctionne⁴²⁶ les pratiques commerciales anti-concurrentielles, ententes contraires à la concurrence et les abus de position dominante, par la voie d'une sanction pécuniaire et le prononcé d'une injonction⁴²⁷. De même, en droit colombien, la sanction des pratiques commerciales anti-concurrentielles⁴²⁸ est confiée à une autorité administrative, la Surintendance de l'industrie et du commerce⁴²⁹, alors même que ce pouvoir de sanction peut atteindre toutes les personnes exerçant ou non une activité économique⁴³⁰. Le surintendant⁴³¹ peut ainsi sanctionner, par la voie des amendes, des personnes juridiques et des personnes naturelles⁴³² pour la réalisation d'un comportement contraire à la saine concurrence. De même, la Surintendance colombienne de l'industrie et du commerce peut sanctionner des citoyens, fabricants ou entreprises de biens ou de services, qui, dans l'exercice de leur liberté économique, lèsent les droits des consommateurs notamment en raison d'un bien ou d'un service dont la qualité est contraire aux « *exigences ordinaires et habituelles du marché* »⁴³³. Ainsi, les producteurs ou les prestataires du service peuvent être l'objet d'une amende, d'une injonction de retirer les produits du marché et d'une interdiction de vente des produits⁴³⁴.

b. Les citoyens exerçant une activité interdite

Dans l'exercice de leur liberté, les citoyens peuvent avoir des comportements ou peuvent réaliser des activités prohibés, pour lesquels la loi a prévu des sanctions. Il s'agit, en principe, d'activités gouvernées par le principe de liberté, liées au déroulement de la vie quotidienne et seulement soumises à des prohibitions. Ce sont des comportements normalement sanctionnés pénalement, notamment la mort provoquée, le vol ou les injures proférées. Face à ces hypothèses, l'attribution d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative n'est pas justifiée, alors même que la fonction de l'autorité administrative peut viser à la protection des intérêts affectés par le comportement. Par exemple, une hypothétique autorité administrative chargée de la protection de la vie humaine ne saurait se voir confier le pouvoir de répression des homicides. Le droit français fournit un bon exemple : la discrimination est sanctionnée par le Code pénal⁴³⁵ et par le Code du travail⁴³⁶. L'autorité

⁴²⁵ L'art. 95 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a créé l'Autorité de la concurrence, autorité administrative indépendante (art. L. 461-1 du Code de commerce).

⁴²⁶ Avant la création du Conseil de la concurrence, en 1986, la sanction pour les ententes illicites était confiée au ministre chargé de l'Économie. La Commission technique des ententes et des positions dominantes (art. 1^{er} du décret n° 53-704 du 9 août 1953) et, ensuite, la Commission de la concurrence (art. 8 de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977), ne disposaient que d'une compétence d'avis à l'égard du ministre. L'art. 13 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 attribue le pouvoir de sanction au Conseil de la concurrence.

⁴²⁷ Art. L. 464-2 du Code de commerce.

⁴²⁸ En matière d'abus de position dominante : art. 50 du décret n° 2153 du 30 déc. 1992.

⁴²⁹ « *La Surintendance de l'industrie et du commerce connaît, de façon exclusive, les enquêtes administratives et décide les amendes et les autres décisions administratives pour l'infraction aux normes sur la protection de la concurrence* », art. 6 de la loi n° 1340 du 24 juillet 2009.

⁴³⁰ « (...) *les normes relatives à la protection de la concurrence s'appliquent à toutes les personnes exerçant une activité économique ou lézant ou pouvant léser une activité économique, indépendamment de sa nature juridique, de son activité ou du secteur économique concerné* », art. 2 de la loi n° 1340 du 24 juillet 2009.

⁴³¹ La compétence est précisée par l'art. 13 du décret n° 3523 du 15 sept. 2009.

⁴³² Art. 25 et 26 de la loi n° 1340 du 24 juillet 2009.

⁴³³ Art. 25 du décret n° 3466 du 2 déc. 1982. Il s'agit du cas où la qualité du produit ne doit pas obligatoirement être enregistrée.

⁴³⁴ Art. 25, a, b et c du décret n° 3466 du 2 déc. 1982.

⁴³⁵ Art. 225-2 et 432-7 du Code pénal français.

⁴³⁶ Art. L. 1146-1 et L. 2146-2 du Code du travail.

administrative chargée de la lutte contre les discriminations, le Défenseur des droits⁴³⁷, ne dispose pas d'un pouvoir de sanction à l'égard de ces comportements. Mis à part le pouvoir de recommandation, le Défenseur des droits ne dispose pas d'un pouvoir direct de sanction ; l'amende pour discrimination doit résulter d'une transaction signée devant lui et qui doit être homologuée par le procureur de la République⁴³⁸.

Or, les citoyens peuvent aussi avoir des comportements interdits, nuisant au déroulement d'une activité administrativement régulée. Il ne s'agit pas de la réalisation d'une activité permise, mais d'une activité nécessitant une autorisation administrative préalable. Il s'agit d'un citoyen qui réalise une infraction au secteur régulé. C'est le cas, notamment, de la sanction pouvant être prononcée par l'Autorité française des marchés financiers à l'égard des citoyens diffusant des informations fausses en vue de la manipulation du marché financier⁴³⁹. La responsabilité ne concerne pas la méconnaissance d'obligations professionnelles ou des réglementations de l'Autorité des marchés financiers, mais la réalisation d'un comportement visant à fausser le marché de l'extérieur.

B. Le fondement du pouvoir de sanction administrative à l'égard des citoyens

Le fondement général du pouvoir de sanction administrative c'est le *jus puniendi* de l'État et, ainsi, la sanction administrative partage le fondement avec la sanction pénale. Or, le caractère de principe de la répression pénale avait été fondé sur l'idée que l'administration ne sanctionnait que les personnes auxquelles elle avait préalablement donné une autorisation et que la sanction ne concernait que la méconnaissance des obligations liées à ce lien administratif. Lorsque l'administration sanctionne des citoyens, la question du fondement de ce pouvoir se pose à nouveau. Certes, la sanction administrative des citoyens ne contrarie pas la séparation des pouvoirs (1), mais cela n'est pas le fondement du pouvoir de sanction envers des citoyens. La sanction administrative en tant qu'un instrument efficace (2) est la seule explication possible à ces pouvoirs.

1. La sanction administrative de citoyens ne contrarie pas la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs ne fournit pas un fondement pour les pouvoirs administratifs de sanction à l'égard des citoyens ; mais, non plus pour la compétence du juge pénal dans la matière. Certes, dans l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs, toute la répression est confiée à la juridiction pénale. Cependant, cette interprétation a été désavouée par la jurisprudence constitutionnelle : en France, tout d'abord, dans un premier temps, la jurisprudence semblait exiger un lien juridique entre l'autorité administrative et le destinataire de la sanction pour pouvoir considérer que la compétence était conforme à la

⁴³⁷ L'H.A.L.D.E. a été remplacée par le Défenseur des droits qui, en matière de lutte contre la discrimination, est assisté par un collège : art. 15 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.

⁴³⁸ Il s'agit d'une amende transactionnelle : art. 28, II de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011.

⁴³⁹ La sanction concerne « toute personne qui, sur le territoire français ou à l'étranger, s'est livrée ou a tenté de se livrer à une opération d'initié ou s'est livrée à une manipulation de cours, à la diffusion d'une fausse information ou à tout autre manquement mentionné au premier alinéa du I de l'article L. 621-14 (...) », art. L. 621-15, II, c) du Code monétaire et financier.

séparation des pouvoirs⁴⁴⁰. Cette décision répondait à la doctrine classique en matière de sanctions administratives⁴⁴¹. Ensuite, le Conseil constitutionnel a été saisi lorsqu'il était question d'attribuer un pouvoir de sanction administrative à l'égard des citoyens⁴⁴². Conformément à la jurisprudence antérieure, une décision déclarant l'inconstitutionnalité était attendue. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a abandonné le considérant relatif à l'autorisation administrative comme fondement du pouvoir de sanction, pour affirmer que la sanction administrative des citoyens était conforme à la séparation des pouvoirs à la condition d'offrir suffisamment de garanties processuelles au citoyen mis en cause⁴⁴³. La décision a été mal reçue par les commentateurs voués au crédo d'une certaine forme de séparation des pouvoirs⁴⁴⁴. On aurait pu même annoncer la mort de l'État libéral⁴⁴⁵. Enfin, le Conseil constitutionnel sanctionne des pouvoirs de sanction administrative des citoyens, non en raison de l'absence d'un lien préalable créé par une autorisation administrative, car ce régime serait contraire à la liberté d'expression et de communication, mais en raison de la gravité des effets d'une telle sanction sur une liberté citoyenne essentielle⁴⁴⁶.

⁴⁴⁰ « *Considérant que, s'agissant de manquements à des obligations attachées à une autorisation administrative et eu égard aux garanties prévues (...) les articles 42-1 et 42-2 ne sont pas contraires, dans leur principe, aux articles 11 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* », C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, *Rec.* 18, § 32.

⁴⁴¹ « (...) l'existence d'un lien entre l'autorisation administrative et la reconnaissance au profit d'une autorité administrative d'un pouvoir de sanction se trouve en harmonie avec la justification apportée en doctrine aux sanctions administratives », Bruno GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *R.F.D.A.* 1989, p. 221. « *On peut en déduire que l'attribution d'un pouvoir de sanction à une autorité administrative ne porte pas atteinte au principe de séparation des pouvoirs si, d'une part, on se situe dans le cadre d'un régime d'autorisation administrative (...)* », LOUIS FAVOREU et LOÏC PHILIP et al. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd. Dalloz, 2009, p. 572-573. La référence a disparu dans la 16^e édition des G.D.C.C. 2011, p. 238.

⁴⁴² La saisine des sénateurs à l'égard de l'attribution du pouvoir de sanction à la C.O.B. affirmait : « *Cette absence de garantie d'indépendance est d'autant plus inacceptable que la COB se voit autorisée par l'article 5 de la loi déferée à prononcer des sanctions à l'égard de quiconque, dès lors qu'il est auteur ou complice de pratiques contraires aux règlements établis par elle et non à l'égard des seuls membres d'une profession qui relèveraient d'un pouvoir disciplinaire de la COB* », « Saisine de 60 sénateurs », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989.

⁴⁴³ « (...) la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, §6.

⁴⁴⁴ « *À vrai dire, on ne saisit pas immédiatement la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel s'est ainsi écarté de la ligne jurisprudentielle qu'il avait suivie jusque-là et selon laquelle chacun des trois pouvoirs devait rester dans les limites de ses compétences : au législateur de poser des règles (et non d'administrer ou de juger), au juge de trancher les litiges et d'infliger des punitions ou des sanctions (et non de légiférer ou d'administrer, à l'exécutif d'administrer ou de gérer (et non de légiférer ou de juger))* », LOUIS FAVOREU et LOÏC PHILIP et al. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd. *op. cit.*, p. 573. La référence a disparu dans la 16^e éd. des G.D.C.C. 2011, p. 238. « *Malgré l'aval du juge constitutionnel, la notion de sanction administrative demeure une transgression de la théorie de la séparation des pouvoirs* », Jean-François BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *A.J.D.A.* 1999, p. 853.

⁴⁴⁵ « (...) la séparation des pouvoirs qui avait justement investi la loi et le juge d'une fonction répressive, exercée sans partage dans un souci de protection des libertés, se soit altérée. (...) La mise en cause de la séparation des pouvoirs doit être essentiellement attribuée à la volonté du législateur et à l'abdication du juge. La loi et le juge, armes forgées par l'État libéral pour préserver les libertés de l'arbitraire de l'exécutif, se retournent contre lui. Au lieu de limiter le pouvoir de l'administration, elles se découvrent comme l'instrument de son impérialisme. L'État libéral se tue lui-même », Jean PRIEUR, *L'administration et la répression des infractions économiques et fiscales, Réflexions sur la séparation des pouvoirs à l'épreuve du droit pénal économique et fiscal*, thèse dact. Caen, 1981, p. 581.

⁴⁴⁶ Pour mettre en évidence la gravité de la sanction de suspension d'accès à Internet, le Conseil constitutionnel considère « *que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes, mais s'étend à la totalité de la population ; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile (...)* », C.c.f. Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Rec.*, p. 107, § 16.

En Colombie, le pouvoir de sanction administrative des citoyens a aussi été validé par la jurisprudence constitutionnelle : la décision d'une sanction est une fonction administrative qui n'exige pas l'attribution de fonctions juridictionnelles⁴⁴⁷. Elle ne contrarie pas la séparation des pouvoirs, car celle-ci ne peut pas être interprétée de façon absolue⁴⁴⁸. Ainsi, la Cour s'est prononcée dans des termes généraux à l'égard de la constitutionnalité du pouvoir de sanction, sans avoir à conditionner cette constitutionnalité à l'existence d'un lien préalable du destinataire avec l'administration.

2. La sanction comme instrument efficace

L'efficacité de la sanction administrative est un argument en faveur de la sanction administrative en général⁴⁴⁹ : si l'administration était forcée à demander au juge l'adoption de toutes les mesures coactives qu'elle adopte, aujourd'hui, l'encombrement de la juridiction serait aggravé par la paralysie de l'action administrative. Or, l'efficacité est mise d'emblée en avant en ce qui concerne la sanction administrative envers des citoyens où les arguments dérivés des obligations propres d'un rapport spécial avec l'administration n'ont pas à jouer. Le choix entre la sanction pénale ou la sanction administrative des citoyens se réalise davantage par des considérations d'opportunité que par des raisons théoriques ou idéologiques⁴⁵⁰. Les détracteurs de la sanction administrative à l'égard des citoyens dénoncent la supplantation du juge pour de simples raisons d'efficacité⁴⁵¹. Cependant, l'efficacité n'est pas un argument anodin : d'une façon plus ou moins avouée, le droit a toujours connu le souci de l'efficacité et, accompagnant les mesures efficaces de garanties suffisantes pour les citoyens, l'efficacité n'a pas de raison d'être un argument invouable. De ce point de vue, l'argument lié à l'efficacité permet d'affirmer que la sanction administrative est un instrument de l'action administrative (a) et un instrument non arbitraire (b).

a. Un instrument de l'action administrative

⁴⁴⁷ « (...) la sanction administrative décidée par la direction des impôts ou l'auto-liquidation de sanctions par le particulier sont des manifestations de la fonction sanctionnatrice de l'administration, non de la fonction juridictionnelle », C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY.

⁴⁴⁸ « Le droit administratif sanctionnateur est une nouvelle branche du droit qui suppose une rupture avec le principe classique de la séparation triadique du pouvoir, d'après laquelle la répression était confiée exclusivement au juge pénal. Ce modèle s'est avéré insuffisant à l'égard du déploiement des infractions résultant de la complexité des rapports sociaux dans l'État moderne et du développement de ses activités », C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY. Dans ce sens: C.c.c. Sentence C-830-01, 8 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO.

⁴⁴⁹ « (...) seules les considérations d'opportunité et d'efficacité peuvent justifier le choix d'une sanction administrative plutôt que celui d'une sanction pénale », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 77

⁴⁵⁰ « À cet égard, rien ne peut légitimer leur existence, la sanction administrative n'étant qu'un substitut de la sanction pénale sans fondement spécifique. Seules des raisons d'efficacité peuvent expliquer leur création, sans pour autant les justifier au regard des principes fondamentaux du droit français », Michel LEFONDRE, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, op. cit., p. 380.

⁴⁵¹ « Ne reposant sur aucun lien de collaboration entre les assujettis et l'Administration, ni venant renforcer la répression disciplinaire corporative, ces sanctions administratives ne sont, en définitive, aucunement différentes dans leur nature des sanctions pénales prononcées par les tribunaux judiciaires. Ceux-ci se trouvent supplantés, au nom de l'efficacité, par des autorités administratives jugées plus aptes à réprimer rapidement et sévèrement certaines catégories d'infractions (...) » Il paraît donc souhaitable de les voir disparaître de notre droit positif où elles n'apparaissent, à bien des égards, que comme une survivance de circonstances exceptionnelles », *ibidem*, p. 471-472.

Les considérations d'efficacité ne tiennent pas seulement compte des avantages et défauts de la sanction administrative, vis-à-vis de la sanction pénale. Certes, pour justifier le recours à la sanction administrative le juge pénal est souvent déclaré coupable de lenteur, d'incapacité technique et de manque de performance. Mais, l'argument de l'efficacité comporte une autre considération qui ne passe pas par la dépréciation, justifiée ou non, du juge : il s'agit de considérations relatives aux effets de l'attribution du pouvoir de sanction sur l'efficacité de l'action administrative.

En effet, le pouvoir de sanction renforce la position d'autorité à l'égard des administrés ou des citoyens⁴⁵². Lorsque l'administration est en mesure d'imposer des obligations particulières à la personne, notamment en raison de rapports hiérarchiques ou de rapports liés à une autorisation administrative, elle dispose des moyens pour sanctionner les écarts et, dès lors, même les mesures non contraignantes, telles que les recommandations, acquièrent une efficacité majeure grâce à la force simplement dissuasive du pouvoir de sanction.

L'efficacité est un argument principal en ce qui concerne la fonction de régulation, attribuée en principe aux autorités administratives indépendantes. En effet, la régulation mélange des instruments de diverses natures, contraignantes ou non, qui sont souvent accompagnés d'un pouvoir de sanction attribué à partir d'un critère matériel⁴⁵³ : l'objectif de régulation d'un secteur particulier ou d'un marché peut concerner, par conséquent, des personnes qui ne sont pas dans un rapport préalablement établi avec l'autorité administrative⁴⁵⁴ ; ne pouvant pas être l'objet d'une sanction de retrait, ces destinataires de la régulation font l'objet de sanctions pécuniaires. Le pouvoir de sanction est ainsi un ingrédient central de l'efficacité de la régulation⁴⁵⁵ ou, plus largement, d'une nouvelle forme d'État qui est devenu l'État régulateur⁴⁵⁶.

En droit colombien, la sanction est considérée comme un élément de l'essence de la fonction de police⁴⁵⁷, non limitée à la seule prévention, mais visant aussi au rétablissement de

⁴⁵² La sanction administrative est « un complément de la prérogative de commandement puisqu'elle contribue à assurer l'exécution des décisions administratives », C.c.c. Sentence C-214-94, 28 avril 1994, M.R. Antonio BARRERA.

⁴⁵³ « De même que l'ensemble des outils mis à la disposition de l'Autorité par le législateur, le pouvoir d'imposer des sanctions pécuniaires aux auteurs d'infractions aux règles de concurrence contribue à l'accomplissement effectif de la mission de régulation concurrentielle que lui confie le code de commerce. En termes pratiques, cette mission consiste à veiller au bon fonctionnement de l'économie au bénéfice des entreprises, qui sont incitées par le jeu de la concurrence à innover et à produire des biens et services de meilleure qualité au meilleur prix, et au bénéfice des consommateurs dont la concurrence améliore le bien-être », http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=402&id_article=1597#_1v consulté le 2 nov. 2011.

⁴⁵⁴ En France, la sanction de citoyens est alors propre aux autorités administratives indépendantes : CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 45-46.

⁴⁵⁵ « Transférer ce pouvoir de sanction, qui n'est que la prolongation du pouvoir de régulation, pour en faire un des attributs du pouvoir judiciaire serait bouleverser l'organisation des pouvoirs en disant à l'exécutif qu'il n'a pas le droit de faire certaines choses » (...) « Si on la transférait au juge judiciaire, on perdrait beaucoup en efficacité », Thierry TUOT, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », A.J.D.A. numéro spécial 2001, p. 137.

⁴⁵⁶ « Ce changement opéré dans le rôle de l'État a conduit à l'augmentation de l'activité administrative dont l'efficacité a commandé l'attribution d'autres pouvoirs de sanction administrative », C.c.c. Sentence C-125-03, 18 fév. 2003, M.R. Marco MONROY.

⁴⁵⁷ Enrique LAW, « Policía administrativa y actividad financiera », *Revista de derecho económico*, n° 5-6, janvier-Juin, éd. Temis, Bogota, 1985, p. 6.

l'ordre troublé⁴⁵⁸. La sanction administrative est un moyen de limitation des libertés en fonction de la garantie de l'ordre public⁴⁵⁹. Dès lors, l'association de la fonction de police à la sanction administrative explique que le destinataire de la sanction puisse être quiconque concerné par l'ordre public visé. La préservation de l'ordre public économique⁴⁶⁰ peut ainsi se servir de la sanction des citoyens en activité sur les marchés.

La fonction administrative de surveillance et de contrôle, semblable mais non identique à la régulation, attribuée aux autorités administratives différents pouvoirs de sanction pour la réalisation de leurs missions⁴⁶¹. Pour certaines activités, le fondement du pouvoir de sanction en matière de surveillance et de contrôle se trouve directement dans la Constitution⁴⁶². Dans l'exercice de sa fonction de police, de surveillance et de contrôle, disposent des pouvoirs de sanction, notamment, en Colombie, la Surintendance financière⁴⁶³, la Surintendance de la santé⁴⁶⁴ et la Surintendance de l'industrie et du commerce⁴⁶⁵ par exemple en matière de police de la concurrence⁴⁶⁶. Or, malgré le lien essentiel établi entre les fonctions de police, notamment en matière de surveillance et de contrôle⁴⁶⁷, le pouvoir de sanction ne se présume pas ; il n'est pas implicite dans l'attribution d'une mission de police administrative, car le respect du principe de légalité des infractions et des sanctions exige une attribution expresse

⁴⁵⁸ « *La répression est combinée avec des procédures visant à prévenir les infractions et à rétablir l'ordre* », Claudia JIMENEZ, « Represión administrativa y organismos de vigilancia y control. Análisis de derecho comparado colombiano-francés », *Revue Contexto*, n° 8, Universidad Externado de Colombia, août 2000, p. 56.

⁴⁵⁹ « *La police administrative consiste en la limitation et en la régulation des droits et des libertés afin de garantir l'ordre public. La restriction de la liberté s'exerce par la voie réglementaire et par la voie de l'acte individuel* », C.c.c. Sentence C-024-94, 27 janvier 1994, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁴⁶⁰ « *Pour garantir l'ordre public, dans ce cas, l'ordre public économique, la police utilise des prérogatives de commandement et de sanction* », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 7 sept. 2000, affaire n° 6214, C.R. Olga NAVARRETE.

⁴⁶¹ « *La limitation des libertés de la part de la police se manifeste de différentes manières, notamment, la surveillance et le contrôle (...) dont l'exercice peut concerner la prérogative de sanction administrative* », Jorge IBAÑEZ, « La inspección, vigilancia y control como expresión de la función de policía administrativa y la vigilancia y control de la gestión fiscal de la administración », *Revue Universitas*, n° 103, juin 2002, p. 474 et 476.

⁴⁶² En matière de services publics domiciliaires, l'art. 370 de la Const.c. dispose que le Président de la République exerce la surveillance et le contrôle, par l'intermédiaire de la Surintendance des services publics domiciliaires. Le contenu compétence est précisé par l'art. 79, n° 32 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994 déterminant les fonctions du surintendant : « *Réaliser des enquêtes en matière de concurrence déloyale et de pratiques contraires à la concurrence de la part des entreprises de services publics et décider les sanctions* ».

⁴⁶³ « *La Surintendance des banques exerce une fonction de surveillance dont la nature est celle de la police administrative et qu'elle exerce par différents mécanismes de contrainte et de sanction* », C.E.c. Section 4, Sentence du 7 déc. 1990, affaire n° 2463, C.R. Jaime ABELLA ; C.E.c. Section 4, Sentence du 17 fév. 1994, affaire n° 3194-2549, C.R. Delio GOMEZ. *Il est évident que si la Surintendance des banques adopte des sanctions, c'est en exercice de sa fonction de police administrative consistant à surveiller et à contrôler les entreprises gérant de l'argent du public* », C.c.c. Sentence C-1161-00, 6 sept. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁴⁶⁴ « *Conformément à sa mission, la Surintendance nationale de la santé (...) sanctionne les personnes publiques ou privées, les représentants ou les membres des assemblées ayant le statut de fonctionnaires publics et les employés des institutions soumises à sa surveillance et contrôle (...)* », art. 3 du décret n° 2165 du 30 déc. 1992. Cf. C.c.c. Sentence C-915-02, 29 oct. 2002, M.R. Álvaro TAFUR.

⁴⁶⁵ La sanction est « (...) issue de l'exercice du pouvoir de police de la Surintendance de l'industrie et du commerce », C.E.c. Section 1^{re}, 26 sept. 1996, affaire n° 3643, C.R. Manuel URUETA.

⁴⁶⁶ En matière de protection de la concurrence, la surintendance a pour destinataires tous les citoyens. Dans l'exercice de sa fonction de surveillance et de contrôle, elle doit « *sanctionner par des amendes les personnes aidant, autorisant, exécutant ou tolérant des infractions en matière de protection de la concurrence* », art. 4, n° 16 du décret 2153 du 30 déc. 1992. *Il s'agit de l'exercice de la fonction de police administrative qui doit sanctionner les infractions à la loi* », Miguel POLO, « Cláusulas generales de protección a la competencia: ¿mecanismo de amparo para garantizar la libre y leal competencia, o normas contrarias al principio de legalidad del Derecho Administrativo sancionador? », *Revue Derecho y jurisprudencia*, n° 2, 2005, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, p. 205.

⁴⁶⁷ C.E.c. Section 4, 7 nov. 1983, affaire n° 10584, C.R. Enrique LAW ; C.E.c. Section 4, Sentence du 8 mars 1991, affaire n° 1112, C.R. Carmelo MARTÍNEZ ; C.E.c. Section 4, Sentence du 12 nov. 1992, affaire n° 4231, C.R. Consuelo SARRIA ; C.E.c. Section 4, Sentence du 6 oct. 1995, affaire n° 7069, C.R. Guillermo CHAHÍN.

de la compétence⁴⁶⁸.

La régulation, la surveillance et le contrôle ont en commun le fait de s'adresser à un secteur ou à une activité et, dès lors, les destinataires de la sanction sont les personnes exerçant l'activité concernée, avec ou sans besoin d'une autorisation préalable. La régulation et la surveillance sont des missions administratives. Ainsi, la sanction administrative est confirmée comme un instrument pour la réalisation efficace des missions confiées à l'administration⁴⁶⁹ et cette affirmation générale dépasse les théories fondant la répression administrative dans des rapports spéciaux dont le rapport de hiérarchie, la collaboration avec le service et le rapport d'autorisation administrative⁴⁷⁰. La sanction se rattache ainsi à la mission de l'autorité administrative, et non aux rapports qu'elle entretient avec les personnes⁴⁷¹. Il s'agit d'une fonction administrative propre et, par conséquent, l'administration méconnaît l'étendue de sa compétence lorsqu'elle sursoit à statuer afin d'attendre la décision du juge pénal⁴⁷². La sanction est une forme habituelle d'administrer⁴⁷³, l'un des instruments à sa disposition⁴⁷⁴.

b. Un instrument non arbitraire

Une sanction efficace pourrait être celle pouvant s'imposer immédiatement, sans avoir à épuiser une procédure et, notamment, sans avoir à entendre l'auteur des faits. Dans ce cas, l'efficacité est non seulement contestable, mais, penche vers l'arbitraire. Une sanction est efficace dans la mesure où elle correspond à la réalité exacte des faits et des circonstances les ayant entourés. La procédure n'est pas seulement au bénéfice de la personne mise en cause, mais, aussi, de la qualité de la décision. Affirmer que la sanction administrative est plus efficace que la sanction pénale, dans la mesure où elle ne doit pas respecter les mêmes garanties, est une affirmation ayant le défaut de la généralisation. Même dans les cas où

⁴⁶⁸ « Le pouvoir de sanction ne peut pas être déduit de la compétence de la Surintendance des banques pour adopter des normes générales en matière de comptabilité (...) la prérogative de règlementer est différente de celle de sanctionner », C.E.c. Section 4, Sentence du 8 sept. 2005, affaire n° 14.379, C.R. María ORTIZ.

⁴⁶⁹ « La prérogative de sanction est propre à l'administration. Elle est nécessaire à la réalisation de ses fonctions et des finalités », C.c.c. Sentence C-214-94, 28 avril 1994, C.R. Antonio BARRERA.

⁴⁷⁰ « L'attribution à des autorités administratives d'un pouvoir répressif très général, c'est-à-dire susceptible d'atteindre des personnes qui ne sont rattachées à l'administration par aucun lien juridique a profondément renouvelé la théorie juridique de la sanction administrative en suggérant une notion de sanction purement administrative qui s'opposerait à celle de sanction disciplinaire et dont il faudrait définir le fondement juridique », Jean-Louis de CORAIL, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », *Mélanges René Chapus, op. cit.*, p. 118.

⁴⁷¹ Un bon exemple du rapport entre le pouvoir de sanction et les missions attribuées consiste en les amendes que l'administration colombienne peut imposer à l'égard de toute personne refusant de donner l'information requise par l'autorité administrative au cours d'une enquête (art. 51 du C.P.A.C.A.). De même, les témoins d'une faute disciplinaire refusant de donner leur témoignage au cours d'une procédure disciplinaire, sont l'objet d'une sanction administrative consistant en une amende : art. 139 du C.D.U.

⁴⁷² « S'il appartenait à la Section disciplinaire d'ordonner, le cas échéant, toute mesure d'instruction en vue de compléter son information, elle ne pouvait, sans méconnaître sa compétence, subordonner comme elle l'a fait sa décision sur l'action disciplinaire à l'intervention d'une décision définitive du juge pénal », C.E.f. 28 janvier 1994, Conseil départemental de l'Ordre des médecins de Meurthe-Et-Moselle c/ l'Hermite, R.F.D.A. 1994, p. 459, concl. SCHWARTZ.

⁴⁷³ La sanction est « (...) consubstantielle à l'action de l'État (...) le symbole des prérogatives de puissance publique » (...) « pour l'administration, sanctionner c'est aussi administrer », Jacques QUASTANA, « La sanction administrative est-elle encore une décision de l'administration ? », A.J.D.A. numéro spécial 2001, p. 141.

⁴⁷⁴ « Pour la réalisation des finalités administratives, l'administration dispose de compétences différentes, de commandement, de gestion, réglementaire, juridictionnelle et de sanction », C.c.c. Sentence C-214-94, 28 avril 1994, C.R. Antonio BARRERA.

l'administration doit respecter les mêmes garanties que le juge pénal, notamment lorsqu'elle sanctionne des citoyens, la considération de l'efficacité de la sanction administrative devra tenir compte des effets de cette mesure pour la mission de l'autorité administrative. En d'autres termes, une sanction efficace n'est pas nécessairement une sanction rapide.

La sanction administrative trouve, dans le respect des garanties processuelles de la personne mise en cause, un deuxième argument pour sa légitimation, à côté de l'efficacité. Et l'argument est tellement fort que la jurisprudence constitutionnelle colombienne a même considéré que le respect des garanties processuelles exigé par la Constitution est le fondement du pouvoir de sanction administrative⁴⁷⁵.

En outre, la sanction administrative n'est pas un instrument de l'arbitraire administratif dans la mesure où le pouvoir de sanction ne s'explique qu'en raison des missions d'intérêt général confiées à l'autorité administrative. Ainsi, la jurisprudence constitutionnelle française a considéré que l'attribution du pouvoir de sanction aux autorités administratives est conforme au principe de séparation des pouvoirs, outre le respect des garanties du droit répressif, quand il est attribué et exercé, « *dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission* »⁴⁷⁶ ou « *dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa mission* »⁴⁷⁷. De ce fait, la sanction ne peut être décidée que dans la mesure où elle répond aux finalités qui ont justifié l'attribution de ce pouvoir. À la différence du juge pénal, la sanction n'est pas une finalité en soi pour l'administration⁴⁷⁸. Il s'agit d'un moyen de l'action administrative⁴⁷⁹ et, dès lors, lorsque l'administration décide une sanction avec une finalité différente de celle d'intérêt général, liée à ses missions, la personne, fonctionnaire, administré ou citoyen, pourra demander le retrait administratif de la sanction par la voie des recours ou l'annulation juridictionnelle de la décision.

⁴⁷⁵ « Il est vrai que la fonction sanctionnatrice de l'administration n'a pas un fondement explicite dans la Constitution. Mais, celle-ci en fait une référence implicite : l'art. 29 de la Const.c. dispose que la procédure régulière du droit doit être garantie dans toutes les activités judiciaires comme administratives. Cela veut dire que les mêmes garanties sont exigées en matière de sanctions administratives. Ainsi, la Constitution reconnaît implicitement la prérogative de sanction administrative », C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY.

⁴⁷⁶ C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18, § 27 ; C.c.f. Décision n° 96-378 DC, 23 juill. 1996, *Rec.*, p. 99, § 15. Dans l'espèce, la saisine contestait l'étendue trop large du pouvoir de sanction : « (...) que le législateur aurait accordé à l'Autorité de régulation des télécommunications un pouvoir de sanction trop étendu ; que les dispositions législatives et réglementaires susceptibles d'être enfreintes et de donner lieu à sanction pourraient être de nature pénale ou à tout le moins étrangères au domaine d'activité de l'autorité de régulation ». Cependant, le Conseil constitutionnel a pu constater « que les infractions aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à l'activité d'un exploitant de réseau ou d'un fournisseur de service sont celles liées à l'application du Code des postes et télécommunications et des autorisations données aux opérateurs pour leur activité dans les télécommunications ; que la loi n'a pas pour effet de permettre à l'autorité de régulation de sanctionner des infractions à des législations d'une autre nature », § 14 et 16 ; C.c.f. Décision n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Rec.*, p. 121, § 50 ; C.c.f. Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Rec.*, p. 50, § 36 ; C.c.f. Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Rec.*, p. 107, § 14.

⁴⁷⁷ C.c.f. Décision n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Rec.*, p. 121, § 50.

⁴⁷⁸ « (...) à la différence de la répression pénale, la peine infligée ne tend pas seulement à l'exécution du droit, elle constitue pour l'organe disciplinaire une garantie d'exécution de sa mission de service public. La fonction répressive de l'administration n'est pas une fonction isolée, elle est imbriquée parmi d'autres fonctions (...) qui la réclament et la légitiment, et auxquelles elle sert de soutien en garantissant leur bonne exécution », Frédéric DOUËB, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, op. cit., p. 198 ; « (...) l'intervention de l'Exécutif dans les procédures répressives se caractérise par son aspect instrumental. Pour lui, la répression n'est pas un but en soi, mais sert la réalisation de politiques ou de fins extérieures au champ pénal. Dire ceci, ce n'est pas suggérer que le pouvoir manipule à son gré la répression », Emmanuel BREEN, *Gouverner et punir*, op. cit., p. 223.

⁴⁷⁹ « La fonction sanctionnatrice de l'administration doit exécuter les principes constitutionnels de la fonction publique, prévus à l'art. 209 de la Constitution (égalité, moralité, efficacité, économie, rapidité, impartialité et publicité) alors que la sanction pénale cherche à garantir d'autres intérêts et d'autres finalités de châtement, de prévention et de resocialisation », C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY.

La sanction administrative se définit par les effets négatifs qu'elle entraîne et par la finalité punitive de la mesure. Le destinataire de la sanction administrative est multiple. Les garanties processuelles varient en fonction du destinataire de la sanction. La comparaison entre le droit français et le droit colombien a montré qu'une procédure sommaire et un pouvoir de sanction de comportements non définis préalablement n'est pas de l'essence de la sanction administrative de type disciplinaire. La diversité de la catégorie des sanctions administratives, auxquelles appartiennent aussi les sanctions envers des citoyens, s'explique en raison de son caractère instrumental, lié aux missions administratives. La sanction est un mécanisme conçu pour l'efficacité de l'action administrative ; mais, c'est aussi un mécanisme contentieux.

Section II. Un mécanisme contentieux

La sanction pénale, de même que le recours pour excès de pouvoir⁴⁸⁰, n'a pas toujours été considérée comme une matière contentieuse. À partir d'une conception archaïque, il n'y avait contentieux que dans le cas où deux parties se trouvaient opposées face à un tiers ayant le pouvoir de trancher entre les deux prétentions⁴⁸¹. Une fois que la sanction pénale a été reconnue comme juridictionnelle, grâce à l'adoption d'une nouvelle définition du contentieux⁴⁸², c'est la sanction administrative qui s'est vu refuser la qualification contentieuse⁴⁸³. La définition étroite du contentieux se voyait tantôt aggravée par l'idée que sans juridiction il n'y avait pas de contentieux, tantôt réconfortée par l'existence de sanctions administratives adoptées avec de maigres, voire, inexistantes garanties pour la personne mise en cause.

Or, la reconnaissance de garanties processuelles pour les administrés, notamment le droit d'être entendu avant l'adoption d'une mesure prise en considération de la personne, ne coïncide pas, dans tous les cas, avec l'existence d'un contentieux administratif non juridictionnel. La mise en place d'un débat précédant l'adoption d'une décision administrative devient un indice non définitif dans l'identification de l'activité contentieuse de l'administration. Les garanties processuelles peuvent être adoptées pour entourer la résolution d'un litige ; mais, aussi, en dehors d'un litige, elles peuvent être mises en place pour améliorer la qualité de la décision⁴⁸⁴, « réduisant (...) les risques d'arbitraire et ceux

⁴⁸⁰ C'est seulement à partir de l'étude de HAURIU que le recours pour excès de pouvoir a été accepté comme un recours juridictionnel : Maurice HAURIU, *Les éléments du contentieux*, Extr. Du *Rec. De lég. De Toulouse*, éd. Privat, 1905, p. 12.

⁴⁸¹ « *La phase primitive de la justice a donné naissance à l'idée de contestation réciproque (...)* », Charles CHAUMONT, « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1942, p. 101.

⁴⁸² « (...) *l'analyse du contentieux pénal est ainsi devenue, le plus souvent d'ailleurs sous forme de simple allusion, l'un des arguments invoqués par nombre d'auteurs pour écarter l'existence d'une contestation comme caractéristique de l'acte juridictionnel* », Pierre HEBRAUD, « L'acte juridictionnel et la classification du contentieux », *Rec. De l'Ac. De Lég. De Toulouse*, 1949, p. 132.

⁴⁸³ « *Dans aucune des hypothèses il n'y a une confrontation. Il n'y a pas, à l'occasion des sanctions administratives, un débat entre des parties* », Miguel MONTORO, *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*. Ediciones Nauta, Barcelone, 1965, p. 328, cit. par Roberto DROMI, *El acto administrativo*, Ediciones ciudad argentina, Buenos Aires, 2000, p. 193.

⁴⁸⁴ « *Lorsque le juge, en dehors de tout texte, a, dans certaines domaines, consacré l'application de la procédure contradictoire à des mesures dites non « répressives », mais prises seulement « en considération de la personne »*

d'erreur »⁴⁸⁵. Il s'agit, dans ce cas, d'une mesure de prévention, et non de résolution de litiges. En conséquence, en matière de sanctions administratives, il est question d'identifier, d'abord, les éléments du contentieux (**Sous-section 1**) et, ensuite, les garanties du contentieux (**Sous-section 2**) et non l'inverse.

Sous-section 1. Les éléments du contentieux

L'exercice de la fonction punitive ou *jus puniendi* n'est pas, en soi, une fonction contentieuse. La sanction administrative adoptée sans la participation active du destinataire de la mesure ne relève pas de l'activité contentieuse de l'administration et le contentieux ne démarrera qu'à partir de la contestation de la sanction imposée. La situation est différente lorsque, avant l'adoption de la sanction la personne est d'abord mise en cause, et sa défense à l'égard des fautes qui lui sont attribuées peut avoir un effet déterminant quant à la décision qui sera adoptée par la suite.

En matière de sanctions administratives, le contentieux ne se lie pas de façon triangulaire, c'est-à-dire opposant un accusateur à une personne mise en cause, face à un tiers qui décide.

- il est vrai qu'en France, il existe des autorités indépendantes séparant organiquement, d'un côté, la formulation des griefs et, d'un autre côté, la décision de la sanction⁴⁸⁶. Néanmoins, la formation chargée de la formulation des griefs ne soutient pas les accusations pendant l'étape de décision⁴⁸⁷ et, dès lors, elle ne devient pas une partie opposée à la personne mise en cause.

- en droit colombien, la procédure disciplinaire peut être engagée à la suite d'une plainte déposée, à l'égard d'un serviteur public, par un autre fonctionnaire qui peut être même son subordonné ou par un citoyen⁴⁸⁸. Cependant, le plaignant n'est pas partie dans la procédure disciplinaire⁴⁸⁹ : il ne pourra que témoigner, apporter des preuves et exercer des

(...) il était avéré que la règle avait changé de fondement dans la conscience juridique collective : elle n'a plus seulement reposé sur cette idée qu'il est légitime que l'administration respecte les formes contentieuses lorsqu'elle agit comme une juridiction, mais sur celle – beaucoup plus large – qu'il est bon et juste, pour éviter « les risques d'erreur et d'arbitraire » (...) qu'elle entende l'intéressé avant de prendre une mesure grave le concernant », Étienne PICARD, *La notion de police administrative*, t. I, *op. cit.*, p. 352.

⁴⁸⁵ Raymond ODENT, conclusions sur C.E.f. Ass. 26 oct. 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213 ; S. 1946, III, p. 3.

⁴⁸⁶ Il s'agit des fonctions d'un collège chargé de la formulation des griefs et d'une commission des sanctions, chargée de décider. Cette structure est présente, notamment à l'intérieur de l'A.R.J.E.L., conformément à l'art 35-I et 41 de la 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.

⁴⁸⁷ La fonction s'arrête à la formulation des griefs. Néanmoins, la formation chargée de la formulation des griefs devra à nouveau être saisie lorsqu'au cours de l'étape de décision, il est question de modifier les griefs ou d'en formuler de nouveaux. Par exemple, le collège de l'Autorité des marchés financiers devra être saisi à cette fin, par le rapporteur de la Commission des sanctions (art. R. 621-39, al. 2 du Code monétaire et financier).

⁴⁸⁸ « Devoirs de tous les serviteurs publics: (...) 35. Offrir des garanties aux serviteurs publics et aux particuliers pour qu'ils puissent dénoncer les infractions disciplinaires commises par les supérieurs, subordonnés ou par des particuliers administrant des deniers publics ou exerçant des fonctions publiques », art. 24 de la loi n° 734 du 5 fév. 2002, portant Code disciplinaire unique (C.D.U.).

⁴⁸⁹ « Les sujets de la procédure disciplinaire sont la personne enquêtée et son défenseur, le Ministère public quand la procédure est menée par le Conseil supérieur de la judicature ou par le Congrès de la République, dans les cas prévus à l'art. 174 de la Const. Les agents du procureur pourront intervenir comme sujets de la procédure dans les cas où le procureur n'a pas évoqué la connaissance de l'affaire », art. 89 du C.D.U.

recours contre la décision d'exclusion de la responsabilité⁴⁹⁰. De même, en droit français, des procédures de sanction administrative permettent la saisine de l'autorité par des citoyens, notamment devant le Conseil de la concurrence⁴⁹¹ et devant l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes⁴⁹². Or, l'auteur de la saisine ne devient pas une partie opposée à la personne mise en cause⁴⁹³ et l'engagement des poursuites reste une décision de l'autorité administrative⁴⁹⁴.

Le contentieux existe à partir du moment où une personne est mise en cause, c'est-à-dire qu'elle est inculpée ou imputée d'un comportement pouvant entraîner une sanction et, qu'elle engage sa défense, c'est-à-dire qu'il y a une contestation et une résistance. Sans la résistance de la personne mise en cause, parce qu'il n'y a pas d'opportunité de se défendre ou parce que la personne mise en cause renonce à la défense, il n'y aura pas de fonction contentieuse. En matière de sanctions, la défense n'est pas seulement une garantie de la personne, mais un élément du contentieux qui se constitue par l'énoncé préalable des griefs (§ 1), suivie de la défense efficace de la personne mise en cause (§ 2).

§ 1. L'énoncé préalable des griefs retenus

En raison de la diversité des procédures pour l'adoption d'une sanction administrative, la connaissance par l'administré des griefs retenus contre lui intervient à des moments et sous des formes différentes. Malgré la diversité, c'est dans ce moment fort, où il est adopté une position à l'égard des faits, que la personne est mise en cause et qu'elle peut démarrer sa défense. Les griefs dans les procédures de sanction (A), jouent ainsi un rôle de premier rang quant à la formation du contentieux préalable à l'adoption de la sanction. Le contenu des griefs (B) entraîne des conséquences sur le pouvoir de sanction et quant aux droits de la personne mise en cause.

A. Les griefs dans les procédures de sanction

L'arrêt des griefs est une décision qui détermine la fin d'une étape et le début d'une autre. Il résulte d'un travail préliminaire qui peut être, en droit français et non en droit colombien, mené sans la présence de la personne concernée. La décision d'arrêter des griefs (1) pose la question de la délimitation du pouvoir de sanction (2).

⁴⁹⁰ « Pour cela, il aura accès au dossier au secrétariat de l'autorité ayant adopté la décision », art. 90, paragraphe, C.D.U.

⁴⁹¹ L'autorité de la concurrence peut être saisie, notamment, par le ministre chargé de l'Économie, par les entreprises ou par les associations de consommateurs : art. L. 462-5 du Code de commerce.

⁴⁹² L'A.R.C.E.P. peut sanctionner d'office ou « (...) à la demande du ministre chargé des communications électroniques, d'une organisation professionnelle, d'une association agréée d'utilisateurs ou d'une personne physique ou morale concernée », art. L. 36-11 du Code des postes et des communications électroniques.

⁴⁹³ Cela ne fait pas obstacle au fait que les griefs sont aussi notifiés à l'auteur de la saisine de l'Autorité de la concurrence, art. R. 463-11 du Code de commerce. L'auteur de la saisine est notifié en tant qu'intéressé : art. L. 463-2 du Code de commerce.

⁴⁹⁴ L'auteur de la saisine de l'Autorité de la concurrence peut désister ; mais, cela ne fait pas obstacle à la poursuite de la procédure : art. L. 462-8, al. 6.

1. La décision d'arrêter des griefs

L'identification du moment où les griefs sont arrêtés n'est pas toujours aisée. Au-delà de la diversité des procédures de sanction, en France et en Colombie, deux hypothèses différentes peuvent être établies : celle où les griefs font l'objet d'une décision spécialement consacrée à cette fin, qui est adoptée à la suite d'une procédure préliminaire ; et celle où il est seulement exigé que la personne mise en cause puisse comprendre quels sont les faits qui lui sont reprochés ; mais, l'adoption des griefs n'est pas l'objet d'exigences particulières. En portant un jugement de valeur, il est possible d'opposer l'arrêt des griefs dans une procédure idéale (a), de la situation existant en matière d'engagement des poursuites disciplinaires en droit français (b).

a. L'arrêt des griefs dans une procédure idéale

La procédure de sanction idéale existe en droit français, comme en droit colombien. Elle est idéale dans la mesure où elle est construite sur des étapes clairement différenciées dont celle entreprise à partir de la notification des griefs à la personne mise en cause. Les griefs sont une décision spéciale, clairement identifiable, qui détermine l'engagement d'une procédure de sanction et le premier élément du contentieux. L'arrêt des griefs peut néanmoins intervenir selon deux modèles différents :

- d'une part, dans un premier système, l'autorité formule des griefs à l'encontre d'une personne quand l'enquête préliminaire a donné lieu à conclure sur l'existence de faits pouvant conduire à des sanctions et elle a permis l'identification de l'auteur supposé des faits⁴⁹⁵. L'enquête préliminaire est une étape gouvernée par le doute et par un souci d'efficacité, elle peut se finir par une décision de classer l'affaire ou de démarrer une procédure de sanction, c'est-à-dire par la formulation des griefs. Il est compréhensible que la personne ne soit pas nécessairement convoquée au cours de cette étape⁴⁹⁶ et qu'elle n'exerce pas encore sa défense⁴⁹⁷ : elle ne sait pas encore, d'une façon précise, de quoi elle devra se défendre ou si sa défense est nécessaire. L'étape préliminaire peut donner lieu à l'adoption de mesures conservatoires qui ne sont pas, par nature, des sanctions. Dans ce système, la notification des griefs⁴⁹⁸ démarre l'étape d'instruction de l'affaire qui sera menée en présence de la personne

⁴⁹⁵ Cette procédure unique existe, par exemple, devant l'Autorité française des marchés financiers : l'enquête est menée notamment par une Direction d'enquêtes et de surveillance des marchés de l'A.M.F. (art. R. 621-31 du Code des marchés financiers). « *Les résultats des enquêtes et des contrôles font l'objet d'un rapport écrit. Ce rapport indique les faits relevés susceptibles de constituer des manquements au règlement général de l'Autorité des marchés financiers, des manquements aux autres obligations professionnelles ou une infraction pénale* », art. L. 621-36 du Code monétaire et financier. Ce rapport permet d'engager une tentative de transaction dite de « *composition administrative* » avec la personne concernée (art. R. 621-37-1) et seulement après l'échec de cette tentative, il est possible de formuler des griefs.

⁴⁹⁶ Or, par exemple, en matière d'enquêtes préliminaires pour des infractions dans les marchés financiers, il est possible que les enquêteurs convoquent la personne concernée ou toute autre personne, pour éclairer certains points : art. R. 621-35 du Code monétaire et financier.

⁴⁹⁷ De même, dans le procès pénal la contradiction n'est pas prévue pendant les perquisitions, le dossier n'est pas encore communiqué (art 55 et suiv. du Code de la procédure pénale). Cf. Thierry GARE et Catherine GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, 4^e éd. Dalloz, Paris, 2006, p. 348.

⁴⁹⁷ Art. L. 621-15 du Code monétaire et financier.

⁴⁹⁸ Devant l'A.M.F., les griefs sont arrêtés et notifiés par le Collège de l'autorité : art. R. 621-38 du Code monétaire et financier.

mise en cause et avec sa participation active. Ce modèle qui existe en France, notamment dans des procédures de sanction menées par des autorités indépendantes⁴⁹⁹, est adopté par le Code colombien de la procédure administrative et du contentieux administratif, s'appliquant par principe, sauf procédures spécialement prévues⁵⁰⁰. Néanmoins, la personne concernée a le droit d'être entendue avant la formulation des griefs, en droit colombien.

- d'autre part, il existe un autre système dans lequel l'enquête préliminaire n'est pas systématiquement mise en place⁵⁰¹ et, lorsqu'elle existe, elle n'est pas suivie de la décision d'arrêter des griefs. Dans ce système, propre à la procédure disciplinaire en droit colombien, l'arrêté des griefs est adopté à la suite d'une enquête approfondie menée avec la participation active de la personne enquêtée. Il s'agit d'une véritable instruction visant à construire les éléments nécessaires pour la formulation des griefs⁵⁰², qui doit être supportée par des preuves, avec la participation de la personne concernée⁵⁰³. En d'autres termes, la participation de l'auteur supposé des faits est admise avant qu'il ne soit formellement mis en cause : l'arrêté des griefs n'est pas le début de l'instruction, mais le résultat de celle-ci. Or, malgré cette participation de la personne, pendant l'instruction précédant l'arrêté des griefs et même avant, pendant l'enquête préliminaire⁵⁰⁴, l'inexistence d'une accusation formelle à l'égard de la personne fait obstacle à la naissance d'un contentieux. La participation de la personne pendant les étapes préliminaires se fait au titre de l'amélioration de la qualité de la décision administrative. Elle vise à établir l'exactitude des faits avant la décision de clôture de l'enquête⁵⁰⁵ qui conduit soit à la formulation des griefs⁵⁰⁶, soit à une décision de non-lieu. De

⁴⁹⁹ Devant l'Autorité de la concurrence, l'enquête est menée par les « services d'instruction » (art. L. 461-4 du Code de commerce), dirigés par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence qui désigne des enquêteurs et des rapporteurs pour chaque affaire (arts. L. 450-1 et L. 450-6 du Code de commerce). Le rapporteur général examine les procès-verbaux et les rapports d'enquête, décide l'engagement d'une procédure de sanction et notifie les griefs (art. L. 463-2 du Code de commerce). La notification des griefs démarre la procédure d'instruction contradictoire de l'affaire (art. L. 463-1 du Code de commerce). Devant l'A.R.J.E.L. Les procès-verbaux d'enquête sont examinés par le collège qui décide d'arrêter des griefs et de saisir la commission des sanctions art. 43, II, al. 3 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010. La procédure contradictoire commence à partir de la notification des griefs (art. 44, I de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010). Devant l'A.R.C.E.P., l'enquête n'est pas immédiatement suivie de l'arrêté des griefs, mais d'une mise en demeure de se conformer aux prescriptions légales (art. L. 36-11, n°1 du Code des postes et des communications électroniques). Dans ce cas, l'arrêté des griefs n'intervient qu'après le constat du non-respect de la mise en demeure (art. L.36-11, n°2 du Code des postes et des communications électroniques et art. 23 Décision n° 2006-0044 du 10 janvier 2006 portant modification du règlement intérieur.

⁵⁰⁰ « À la fin des enquêtes préliminaires, le cas échéant, des griefs seront arrêtés par la voie d'un acte administratif signalant de façon précise et claire les faits reprochés, les personnes concernées, les normes qui seraient méconnues et les sanctions pouvant être encourues. Cet acte administratif sera notifié personnellement aux enquêtées. Cette décision n'admet pas de recours », art. 47 al 2 C.P.A.C.A. concernant la procédure administrative sanctionnatrice générale. Une des procédures de sanction spécialement régularisées concerne les sanctions en matière environnementale dont la formulation des griefs est réglée par l'art. 24 de la loi n° 1333 du 21 juillet 2009.

⁵⁰¹ En droit disciplinaire colombien, l'enquête préliminaire n'est nécessaire que dans le cas où il existe des doutes sur l'existence des faits, sur la qualification disciplinaire de ces faits, sur son auteur ou sur l'existence d'une cause d'irresponsabilité : art. 150 du C.D.U.

⁵⁰² « L'enquête disciplinaire a pour objet la vérification de la réalisation du comportement. Elle vise à déterminer si ces faits constituent une faute disciplinaire, à établir les motifs déterminants du comportement, les circonstances concernant le temps, la forme et l'endroit où les faits ont été réalisés. De même, l'enquête établit le préjudice provoqué à l'administration et la responsabilité éventuelle de la personne enquêtée », art. 153 du C.D.U.

⁵⁰³ « La qualité de "personne enquêtée" existe à partir de l'engagement de l'enquête ou de l'ordre de notification, selon le cas. La décision d'engagement d'enquête doit être notifiée personnellement », art. 91 du C.D.U. Cette notification doit être signalée au dossier et elle doit informer à l'enquêté du droit de nommer un défenseur : art. 155 du C.D.U.

⁵⁰⁴ Lorsque le fonctionnaire demande d'être entendu pendant l'enquête préliminaire, son audition n'est pas discrétionnaire : C.c.c. Sentence C-892-99, 10 nov. 1999, M.R. Alfredo BELTRAN.

⁵⁰⁵ « Une fois qu'il existe des éléments de preuve suffisants ou à la fin du délai maximum d'enquête, l'autorité dispose d'un délai de quinze jours pour décider, de façon motivée, soit l'arrêté des griefs, soit l'abandon de la poursuite. Pour cela, elle devra analyser les preuves recueillies », art. 161 du C.D.U.

même que dans le premier système, la défense contentieuse n'existe, ainsi, qu'à partir de la formulation des griefs⁵⁰⁷.

b. L'engagement des poursuites disciplinaires en droit français

Le droit disciplinaire français de la fonction publique constitue le système opposé de la procédure idéale en matière de l'arrêté des griefs : les griefs ne sont pas l'objet d'une décision spéciale, formellement encadrée, qui met fin à une période d'enquête. Le silence des normes quant à l'enquête disciplinaire est réconforté par l'absence de prescription de l'action disciplinaire⁵⁰⁸. Même si rien n'oblige le titulaire de l'action disciplinaire à réaliser des enquêtes, il est de logique processuelle qu'une enquête informelle soit mise en place, que sa durée dépende de la décision libre du titulaire du pouvoir disciplinaire, que celle-ci précède l'engagement des poursuites disciplinaires à l'égard d'un fonctionnaire⁵⁰⁹ et que le fonctionnaire enquêté n'ait pas le droit de se faire entendre⁵¹⁰. Rien ne s'oppose ainsi à ce que l'enquête devienne une véritable instruction non contradictoire de l'affaire. Même dans le cas où le titulaire de l'action disciplinaire décide de suspendre le fonctionnaire enquêté, la définition de sa situation juridique à l'égard des faits enquêtés n'est soumise à aucun délai ; il pourra être mis en cause longtemps après sa suspension⁵¹¹.

La décision d'engager des poursuites disciplinaires à l'encontre d'un fonctionnaire public, c'est-à-dire de le mettre en cause, n'est pas soumise à des conditions de forme, à un point tel que cette décision peut même être implicite⁵¹². La détermination de cette décision est, pour le moins, difficile⁵¹³. Le fonctionnaire qui est l'objet d'une mesure de suspension ne peut pas encore considérer que des poursuites disciplinaires ont été engagées à son encontre⁵¹⁴. La suspension est

⁵⁰⁶ « Le fonctionnaire chargé de l'enquête adopte l'arrêté des griefs quand l'existence de la faute est objectivement prouvée et qu'il existe des preuves compromettant la responsabilité de l'enquêté. Cette décision n'admet pas de recours », art. 162 du C.D.U.

⁵⁰⁷ « (...) toute la procédure disciplinaire est de nature contentieuse (...) cela se manifeste dans sa conformation : une étape d'instruction ou d'enquête (...) dont la finalité consiste à vérifier la réalisation du comportement et à déterminer si cela constitue une faute disciplinaire, et, une étape d'évaluation où les griefs sont arrêtés, il est possible de les contester, les preuves sont appréciées conjointement et il est décidé la sanction ou l'exclusion de responsabilité », Jorge RINCON, *Derecho administrativo laboral, op. cit.*, p. 581.

⁵⁰⁸ C.E.f. Ass. 27 mai 1955, *Sieur Deleuze, Rec.*, p. 296 ; C.E.f. 7 fév. 1958, *Secrétaire d'État aux affaires économiques c/ Sieur Moulin, Rec.*, p. 84 ; C.E.f. 23 avril 1965, *Ducroux, Rec.*, p. 231 ; R.D.P. 1965, p. 1188, concl. GALABERT ; C.E.f. 14 juin 1991, *Aliquot, Rec.*, t. p. 1022.

⁵⁰⁹ On sait que l'enquête « est antérieure à l'ouverture de la procédure disciplinaire », C.E.f. 30 janv. 1953, *Sieur Lubin, Rec.*, p. 44.

⁵¹⁰ C.E.f. 30 janv. 1953, *Sieur Lubin, Rec.*, p. 44.

⁵¹¹ Même si l'art. 30, al. 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dispose que la situation du fonctionnaire suspendu « (...) doit être définitivement réglée dans le délai de quatre mois. Si, à l'expiration de ce délai, aucune décision n'a été prise par l'autorité ayant pouvoir disciplinaire, l'intéressé, sauf s'il est l'objet de poursuites pénales, est rétabli dans ses fonctions », la jurisprudence a considéré qu'il est possible d'engager une procédure disciplinaire même si ce délai est forclo : C.E.f. 19 mars 1986, *Gauthier*, n° 53978 ; C.E.f. 12 fév. 1988, *Mme X, Rec.*, p. 63 ; C.E.f. 27 avril 1994, *M. Jasawant-Ghiraou*, n° 98595.

⁵¹² Stéphane BOLLE, « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique, un régime « introuvable » », *loc. cit.*, p. 426.

⁵¹³ « (...) le régime disciplinaire de la fonction publique repose sur une décision de poursuite, qui paraît, quoique pour d'autres motifs, tout aussi « introuvable » (...) En effet, en l'absence d'un Code de procédure disciplinaire, l'identification, en droit, du moment et des modalités suivant lesquelles un fonctionnaire se trouve effectivement sous le coup d'une action disciplinaire est malaisée », *ibidem*, p. 422.

⁵¹⁴ L'opinion contraire considère que la suspension « implique déclenchement de la procédure disciplinaire », Charles HELLER, « La suspension dans le droit de la fonction publique », R.D.P. 1980, p. 422.

une mesure conservatoire, adoptée à l'égard des fautes disciplinaires graves, compromettant le service⁵¹⁵, qui ne donnent pas le droit de demander l'accès au dossier⁵¹⁶ et de répondre à des griefs qui ne sont pas encore arrêtés⁵¹⁷. En outre, lorsque le conseil de discipline est saisi, il n'a évidemment aucun doute du fait qu'il existe une procédure disciplinaire. La saisine du Conseil de discipline doit être accompagnée d'un rapport précisant clairement les faits qui sont reprochés au fonctionnaire⁵¹⁸. Même si, en principe, le rapport de saisine du conseil de discipline doit être communiqué au fonctionnaire mis en cause⁵¹⁹, cette communication ne saurait constituer la façon ordinaire de notifier au fonctionnaire l'engagement d'une procédure disciplinaire, de le mettre en cause et d'ouvrir la possibilité de se défendre : tout d'abord, le conseil de discipline n'est saisi qu'en matière de fautes graves. Ensuite, l'absence de communication du rapport accompagnant la saisine du conseil de discipline au fonctionnaire n'est considérée par la jurisprudence comme un vice substantiel que dans le cas où cette communication est prévue par les textes⁵²⁰. Enfin, même si le fonctionnaire sera convoqué à l'avance à la séance devant le conseil de discipline⁵²¹, attendre la saisine du conseil pour informer le fonctionnaire du fait qu'une procédure est ouverte à son encontre signifie, de fait, une réduction du temps pour consulter le dossier et pour préparer sa défense. Par ailleurs, le Conseil de discipline peut être saisi sans délai⁵²², ce qui signifie qu'entre l'engagement des poursuites et la saisine du conseil de discipline, un temps assez long a pu s'écouler.

Or, dans tous les cas, où le Conseil de discipline doit être saisi ou non, la notification de la mise en cause du fonctionnaire doit intervenir aussitôt que l'enquête aura démontré l'existence d'une possible faute disciplinaire et d'un possible auteur et que le titulaire du pouvoir disciplinaire aura pris la décision d'engager des poursuites⁵²³. Le statut général des fonctionnaires dérogé, qui, d'ailleurs, n'a jamais été appliqué, disposait que cette communication devait intervenir « *aussitôt que l'action disciplinaire était engagée* »⁵²⁴. Aujourd'hui, et seulement en matière de la fonction publique territoriale, il existe une obligation expresse d'informer de l'existence d'une procédure disciplinaire et des faits reprochés⁵²⁵. Néanmoins, sans limiter la durée de l'enquête et sans

⁵¹⁵ Cf. Didier JEAN-PIERRE, « De quelques difficultés récurrentes à propos de la suspension des fonctionnaires », *J.C.P. A.* 2006, n° 24, chron. 1132.

⁵¹⁶ C.E.f. 6 nov. 1946, *Dumesnil, Rec.*, p. 256

⁵¹⁷ « (...) la suspension est une mesure provisoire qui a un caractère urgent et conservatoire. Elle ne présume donc en rien de la culpabilité de l'agent, ni d'ailleurs de la suite qui sera donnée aux poursuites pénales ou disciplinaires », Jean-Marie AUBY et al., *Droit de la fonction publique*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 407.

⁵¹⁸ Art. 2, al. 2 du décret n°84-961 du 25 octobre 1984.

⁵¹⁹ L'obligation de communication existe en matière de fonctionnaires territoriaux et de la fonction publique hospitalière, mais non dans la fonction publique d'État.

⁵²⁰ La communication du rapport est prévue à l'égard des fonctionnaires hospitaliers et territoriaux (art. 5 du décret n°89-677 du 18 septembre 1989) : « *Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le fonctionnaire territorial doit être invité, dans un délai de nature à lui permettre d'assurer sa défense, à prendre connaissance du rapport qui saisit de son cas le conseil de discipline ; que la méconnaissance de cette obligation est de nature à entacher d'irrégularité la procédure disciplinaire, alors même que le rapport ne contient pas d'éléments différents de ceux figurant dans le dossier* », C.E.f. 14 juin 2004, *Commune d'Ollainville*, n° 254580. La jurisprudence antérieure, applicable encore à l'égard des fonctionnaires de l'État, considérait que l'absence de communication du rapport de saisine ne constituait pas un vice substantiel lorsque le rapport de saisine « (...) se bornait à rappeler les faits reprochés au requérant et à résumer le contenu des pièces du dossier dont ce dernier avait pu prendre connaissance à plusieurs reprises », C.E.f. 11 oct. 1989, *M. René Corail*, n° 64649. Dans le même sens : C.E.f. 23 avril 1982, *M. Tairapa*, n°26045.

⁵²¹ Par ex. dans la procédure disciplinaire des fonctionnaires d'État, « *le fonctionnaire poursuivi est convoqué par le président du conseil de discipline quinze jours au moins avant la date de réunion* », art. 4 du décret n°84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires d'État.

⁵²² C.E.f. 7 fév. 1958, *Secrétaire d'État aux affaires économiques c/ Sieur Moulin, Rec.*, p. 84 ; C.E.f. 31 mai 1989, *Tronchet, D.A.* 1989, n° 399.

⁵²³ Il ne faut pas oublier qu'en France, l'engagement des poursuites disciplinaires est une décision discrétionnaire.

⁵²⁴ Art. 67, al. 1 de la loi n° 46-2294 du 19 oct 1946, *relative au statut général des fonctionnaires*.

⁵²⁵ « *L'autorité investie du pouvoir disciplinaire informe par écrit l'intéressé de la procédure disciplinaire engagée contre lui, lui précise les faits qui lui sont reprochés et lui indique qu'il a le droit d'obtenir la communication*

prescription de l'action disciplinaire, la détermination de l'opportunité pour informer le fonctionnaire reste discrétionnaire. Dans tous les cas, faute d'une procédure idéale, il faudrait se contenter de plaider pour un délai raisonnable pour que la personne mise en cause soit notifiée⁵²⁶.

En conséquence, le fonctionnaire ne sera mis en cause que lorsque le titulaire du pouvoir disciplinaire décidera, discrétionnairement, de l'informer de l'engagement d'une procédure disciplinaire⁵²⁷ ou lorsque, tardivement, il se verra communiquer le rapport de saisine du Conseil de discipline. À partir de ce moment, le fonctionnaire mis en cause aura accès au dossier et pourra y chercher un document dépourvu de forme, expliquant les faits que lui sont reprochés⁵²⁸. Auparavant, la durée et l'étendue de l'enquête dépendaient de la volonté discrétionnaire du titulaire du pouvoir disciplinaire et le fonctionnaire pouvait être longtemps l'objet d'enquêtes.

2. La délimitation du pouvoir de sanction

La décision de sanctions administratives fait partie de la fonction contentieuse de l'administration lorsque les griefs qui sont arrêtés à l'encontre d'une personne, portés à sa connaissance et soumis à la discussion, déterminent l'étendue du pouvoir de sanction⁵²⁹. En effet, relèvent d'une même logique non contentieuse, tant la sanction décidée sans la participation du destinataire, c'est-à-dire la sanction d'une personne qui n'a pas été préalablement mise en cause, que la sanction prononcée à la suite d'un débat contentieux, mais motivée par des griefs nouveaux, qui n'ont pas été portés à la connaissance de la personne. La délimitation du pouvoir de sanction par rapport aux griefs retenus, communiqués et discutés constitue une garantie essentielle de la défense antérieure à l'adoption de la sanction, mais aussi, pour le contentieux ultérieur : la compréhension pleine des fautes imputées, nécessaire à sa contestation, est moins aisée quand ils ne sont découverts qu'au moment de se voir notifier la sanction⁵³⁰.

Or, il est probable que l'instruction menée avec la participation active de la personne concernée apporte de nouveaux éléments, obligeant la réalisation de modifications aux

intégrale de son dossier individuel au siège de l'autorité territoriale et la possibilité de se faire assister par un ou plusieurs conseils de son choix », art. 4 du décret n°89-677 du 18 septembre 1989.

⁵²⁶ « Ces lacunes textuelles n'interdisent certes pas à l'Administration d'informer clairement le fonctionnaire en cause de sa décision d'ouvrir des poursuites et de procéder à cette information dans un délai raisonnable », Stéphane BOLLE, « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique, un régime « introuvable » », *loc. cit.*, p. 427.

⁵²⁷ Le titulaire du pouvoir disciplinaire « estime qu'un fonctionnaire a commis une faute et engage la procédure disciplinaire, notamment par la communication du pouvoir disciplinaire », Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^e éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 447.

⁵²⁸ L'une des pièces du dossier doit contenir l'exposé des griefs : C.E.f. 17 déc. 1930, *Sieur Delacroix, Rec.*, p. 1069 ; C.E.f. 9 janv. 1963, *Dame Broca, R.D.P.* 1963, p. 331. Cette pièce n'a pas une forme spéciale ; cependant, il est exigé que de sa lecture, il soit possible de conclure que des griefs ont été arrêtés : C.E.f. Sect. 10 mars 1989, *Bureau d'aide sociale de la ville de Nice c/ Mlle Micheletti*, n° 66319.

⁵²⁹ Par exemple, en droit colombien, « L'arrêté de griefs et un acte administratif préparatoire qui établit les fondements du procès disciplinaire ; le titulaire du pouvoir disciplinaire fixe dans cet acte l'objet de la procédure et informe l'inculpé de façon concrète, quelles sont les fautes reprochées pour permettre l'exercice du droit de la défense », C.c.c. Sentence T-418-97, 28 août 1997, M.R. Antonio BARRERA.

⁵³⁰ « L'administration doit préciser elle-même dans sa décision les griefs qu'elle entend retenir à l'encontre du fonctionnaire intéressé, de sorte que ce dernier puisse à la seule lecture de la décision qui lui est notifiée, connaître les motifs de la sanction qui le frappe », C.E.f. Sect. 28 mai 1965, *Riffault, Rec.*, p. 315 ; R.A. 1965, p. 591, concl. QUESTIAUX.

inculpations. Cela ne saurait être interdit dans la mesure où la personne mise en cause est présumée innocente et, par conséquent, les accusations sont essentiellement mises en doute et variables dans un sens ou dans un autre⁵³¹, à la condition que toute modification des inculpations soit portée à la connaissance de la personne mise en cause, ouvrant la possibilité de contester les nouveaux griefs ou les modifications des griefs déjà arrêtés, dans des conditions de délai suffisantes pour une défense efficace.

Dans cette matière, le droit disciplinaire français n'est pas le système idéal. En effet, le conseil de discipline n'est pas limité par les griefs arrêtés par le titulaire du pouvoir disciplinaire⁵³² et qui ont été précisés dans le rapport de saisine du conseil de discipline⁵³³. Il est vrai que dans le cas où celui-ci relève de nouveaux griefs, il devra les porter à la connaissance de la personne mise en cause pour permettre la défense⁵³⁴. Néanmoins, le conseil de discipline n'est pas obligé de suspendre la séance pour permettre, à la personne mise en cause, l'examen du nouveau grief, pour donner un temps pour la réflexion et pour la préparation de la défense. Pour le Conseil d'État, le respect des droits de la défense se satisfait lorsque le nouveau grief a été examiné pendant la séance, en présence de la personne mise en cause⁵³⁵. Or, le temps de préparation de la défense sera nécessairement moindre, par rapport au temps qu'il aurait eu si le grief avait été retenu dès l'engagement des poursuites. En revanche, il existe un système plus respectueux des droits de la défense dans lequel le nouveau grief est soumis à la discussion de la personne mise en cause, dans des conditions semblables à celles des griefs existant dès l'origine de la poursuite. Ainsi, par exemple, lorsque le rapporteur nommé devant la Commission des sanctions de l'Autorité française des marchés financiers considère que l'arrêté des griefs doit être modifié, il doit saisir l'autorité chargée de déclencher la poursuite, c'est-à-dire arrêter les griefs. La modification de l'arrêté des griefs ouvre un délai pour y répondre, identique à celui existant à l'égard de l'arrêté initial des griefs⁵³⁶. En outre, dans la procédure disciplinaire colombienne, l'arrêté des griefs peut être modifié par le constat d'une erreur dans la qualification des faits ou en raison de la présence de nouveaux faits dont l'existence a été acquise lors de l'instruction. La modification de l'arrêté des griefs rouvre obligatoirement l'instruction⁵³⁷, permettant à la personne mise en

⁵³¹ « La qualification des faits donnée par l'arrêté des griefs est provisoire et cela constitue son essence. La finalité de la procédure est d'établir les faits, la vérité réelle et de formuler un reproche. Dès lors, le fonctionnaire chargé d'instruire l'affaire et d'adopter la décision finale doit pouvoir modifier, totalement ou partiellement, les appréciations initiales de l'arrêté des griefs. Le caractère provisoire des griefs est entièrement compatible avec la procédure régulière du droit dans la mesure où cela garantit la présomption d'innocence qui ne disparaît qu'avec la décision finale, imposant une sanction », C.c.c. Sentence C-1076-02, 5 déc. 2002, M.R. Clara VARGAS.

⁵³² Le conseil de discipline « peut statuer *ultra petita*, c'est-à-dire connaître des fautes autres que celles donnant lieu aux poursuites », Jean-Marie AUBY et al., *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 424.

⁵³³ « Ce rapport doit indiquer clairement les faits reprochés au fonctionnaire et préciser les circonstances dans lesquelles ils se sont produits », art 2, al 2 du décret n°84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État.

⁵³⁴ C.E.f. 30 sept 1983, *Barré*, Rec., p. 394 ; C.E.f. 8 oct. 1980, *Ville de Toulouse*, Rec., p. 270.

⁵³⁵ Les droits de la défense n'ont pas été méconnus, considérant « que ledit grief a été examiné en la présence de l'intéressé », C.E.f. Sect. 5 juillet 1957, *Sieur Cohen*, Rec., p. 449.

⁵³⁶ « Lorsqu'il estime que les griefs doivent être complétés ou que les griefs sont susceptibles d'être notifiés à une ou plusieurs personnes autres que celles mises en cause, le rapporteur saisit le collège. Le collège statue sur cette demande du rapporteur dans les conditions et formes prévues à l'article R. 621-38. Le délai prévu au troisième alinéa de l'article R. 621-38 est applicable en cas de notification complémentaire des griefs », art. 621-39, al. 2 du Code monétaire et financier. Ce délai est de deux mois, selon l'alinéa 4 et non 3 de l'art. 621-38.

⁵³⁷ « L'arrêté de griefs doit être notifié personnellement à la personne mise en cause et à son défenseur (...) les griefs pourront être modifiés à la suite du recueil des preuves, avant l'adoption de la décision de premier ressort, en raison d'une erreur dans la qualification des faits ou de nouvelles preuves. La modification de l'arrêté des griefs doit être notifié comme l'arrêté initial et cela ouvre un nouveau délai d'instruction qui ne pourra pas être supérieur à la moitié du délai initial », art. 165 du C.D.U. La norme initiale disposait que la réouverture de l'instruction

cause, notamment, la réponse à l'égard des griefs et la demande du recueil de nouvelles preuves. Le titulaire du pouvoir disciplinaire ne pourra pas, par conséquent, modifier la qualification juridique des faits qui avait été adoptée dans l'arrêté des griefs, alors même que les faits sont identiques⁵³⁸.

Si les griefs occupent une place de premier rang quant à l'exercice de la fonction contentieuse en matière de sanctions administratives, principalement en raison de la délimitation du pouvoir de sanction et de la garantie des droits de la défense, le contenu des griefs met en lumière ce premier élément de la fonction contentieuse des sanctions administratives.

B. Le contenu des griefs

Les griefs sont les reproches qui sont faits à la personne mise en cause et qui peuvent donner lieu à l'imposition de sanctions. Ils consistent en des faits et des circonstances qui sont l'objet d'une qualification juridique négative. Cette qualification négative peut être préalablement établie par une norme juridique considérant ces faits comme des fautes. De même, la qualification négative peut être le fait du titulaire de l'auteur des griefs qui, dans l'explication des reproches, apporte une qualification aux faits. La description des faits reprochés et des circonstances les entourant et l'explication du caractère répréhensible font partie de la précision des inculpations (1) qui doit, néanmoins, garantir le respect de la présomption d'innocence (2).

1. La précision des inculpations

Il est avéré qu'« *une défense utile implique la connaissance précise des griefs articulés* »⁵³⁹. Or, la connaissance « *de l'essentiel des griefs* »⁵⁴⁰ ne saurait se limiter à une énumération de faits. Les personnes concernées par les griefs « *doivent en obtenir une analyse assez précise pour pouvoir les discuter efficacement* »⁵⁴¹. En droit disciplinaire français, la personne mise en cause a le droit à ce que l'une des pièces du dossier contienne l'exposé des griefs⁵⁴². Cette pièce du dossier peut simplement contenir une énumération de faits, dépourvue de qualification juridique et, par conséquent, il sera incertain que la procédure engagée soit disciplinaire ou vise à l'adoption d'une mesure prise en considération de la personne en raison des mêmes faits, par exemple, pour maintenir l'ordre dans le service, mais, sans finalité punitive. De ce point de vue, les griefs ne précisant pas la mesure qui est envisagée, n'avertissent pas efficacement les personnes, « *de la*

n'était pas obligatoire, mais seulement « *quand cela est nécessaire* ». Cette prérogative a été déclarée contraire à la Constitution : « (...) *l'expression 'quand cela est nécessaire' méconnaît le droit de la défense de la personne mise en cause, notamment son droit de contradiction* », C.c.c. Sentence C-1076-02, 5 déc. 2002, M.R. Clara VARGAS.

⁵³⁸ Cela constitue une violation de la procédure régulière du droit : C.c.c. Sentence C-095-03, 11 fév. 2003, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁵³⁹ Raymond ODENT, « Les droits de la défense », *E.D.C.E.* 1953, p. 64.

⁵⁴⁰ C.E.f. Ass. 26 oct. 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213 ; S. 1946, III, p. 3.

⁵⁴¹ Raymond ODENT, « Les droits de la défense », *loc. cit.*, p. 64.

⁵⁴² C.E.f. 17 déc. 1930, *Sieur Delacroix, Rec.*, p. 1069 ; C.E.f. 9 janv. 1963, *Dame Broca, R.D.P.* 1963, p. 331.

menace qui pèse sur elles »⁵⁴³. En revanche, les griefs dans la procédure disciplinaire colombienne et, dans la procédure de sanction administrative en général, font l'objet d'exigences précises : non seulement il est question de décrire les faits, mais il est aussi obligatoire de préciser l'infraction que ces faits pourraient constituer et d'annoncer la sanction que pourrait encourir la personne mise en cause⁵⁴⁴. La différence entre le droit disciplinaire français et le droit colombien, met en évidence le fait que la précision des inculpations dépend largement de l'existence d'une définition normative des infractions. La portée de la légalité des infractions en droit français (a) exige un effort supplémentaire quant à la précision des griefs. La légalité des infractions en droit colombien (b) permet, en revanche, la précision des griefs par la voie de la référence au texte prévoyant l'infraction.

a. La portée de la légalité des infractions en droit français

En droit français, toutes les sanctions administratives doivent être prévues par un texte normatif⁵⁴⁵. Le silence de la Constitution à l'égard de la sanction administrative a nourri des hésitations⁵⁴⁶ ; mais, il est aujourd'hui acquis que la norme créant des sanctions n'est pas, dans tous les cas, une loi : « (...) lorsqu'il est appliqué aux sanctions administratives, le principe de légalité des délits et des peines (...) implique, en revanche, que les sanctions soient prévues et énumérées par un texte. Toutefois, ainsi, d'ailleurs, qu'en matière pénale, ce texte n'a pas, dans tous les cas, à être une loi »⁵⁴⁷, ce qui est même admis en matière pénale⁵⁴⁸. Le pouvoir réglementaire implique aussi celui de définir les sanctions⁵⁴⁹. La sanction est considérée

⁵⁴³ Raymond ODENT, conclusions sur C.E.f. Ass. 26 oct. 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213 ; S. 1946, III, p. 3.

⁵⁴⁴ Art. 163 du C.D.U. et art. 47, al. 2 du C.P.A.C.A.

⁵⁴⁵ Le Conseil d'État considérait que, lorsqu'un texte a prévu les sanctions possibles, il n'était pas possible de prononcer une sanction non prévue : C.E.f. 24 novembre 1982, *Héritiers Malonda*, n° 32944. Néanmoins, aujourd'hui, il n'est pas possible d'interpréter que dans le silence absolu des textes, il est possible de prononcer des sanctions ; « *Le principe de légalité des peines implique seulement que nul ne peut faire l'objet d'une sanction qui n'a pas été prévue par un texte qui investit une juridiction ou une autorité administrative du pouvoir de la prononcer* », Matias GUYOMAR, conclusion sur C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou, R.F.D.A.* 2004, p. 915.

⁵⁴⁶ Il était parfois exigé une loi pour la détermination des sanctions administratives, avant et après la Constitution de 1958 : C.E.f. 28 juin 1946, *Société des phosphates de Nurlu, Rec.*, p. 187 ; C.E.f. 17 sept. 1948, *Azoulay, Rec.*, p. 474 ; C.E.f. 1^{er} avril 1955, *Harrah, Rec.*, p. 193 ; C.E.f. 19 juin 1958, *Société Impoignord, Rec.*, p. 563 ; C.E.f. Ass. 6 mars 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris*. Dans d'autres occasions, il était accepté des sanctions administratives créées par un règlement : C.E.f. 11 juillet 1952, *Dame Vve Monluc, Rec.*, p. 378 (arrêté ministériel) ; C.E.f. Ass. 11 fév. 1977, *Groupe des industries métallurgiques de la région parisienne et autres, Rec.*, p. 370 ; A.J.D.A. 1980, p. 248 ; C.E.f. 31 oct. 1980, *Fédération nationale des unions des jeunes avocats et autres, Rec.*, p. 395 ; R.D.P. 1981, p. 511, concl. FRANC ; C.E.f. Ass. 31 octobre 1980, *Fédération nationale des unions de jeunes avocats* ; C.E.f. Sect. 4 mai 1979, *Comité d'action des prisonniers et autres, Rec.*, p. 182 (règlement des prisons) ; C.E.f. Avis du 28 juillet 1995, *Société SDG Continent, R.F.D.A.* 1995, p. 1052. Un critère proposé pour déterminer le champ d'application de la loi et du règlement était le montant de l'amende, critère utilisé pour la matière pénale : C.c.f. Décision n° 87-151 L, 23 sept. 1987, *Rec.*, p. 53 ; R.F.D.A. 1988, p. 223 note GENEVOIS.

⁵⁴⁷ C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou, R.F.D.A.* 2004, p. 918.

⁵⁴⁸ Le pouvoir réglementaire est compétent pour la détermination des contraventions pénales (art. 37 de la Const.f.) dans la mesure où la loi n'est exigée que pour la détermination des crimes et des délits (art. 34 de la Const.f.).

⁵⁴⁹ « *Nous croyons en effet que, lorsqu'il est compétent pour fixer les règles d'exercice d'une profession, le pouvoir réglementaire l'est également, eu égard au lien spécial qui existe entre l'administration et le professionnel, pour instituer un régime de sanction administrative* », Matias GUYOMAR, concl. sur C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou, R.F.D.A.* 2004, p. 918. En suivant ces conclusions, le Conseil d'État a décidé que « (...) la profession de conducteur de taxi a le caractère d'une activité réglementée. Dès lors, il était loisible à l'autorité investie du pouvoir réglementaire de fixer, en vertu des pouvoirs qu'elle tient de l'art. 37 de la Constitution, des prescriptions complémentaires de celles résultant de la loi du 20 janvier 1995 », C.E.f. Ass. 7 juill. 2004, n° 255136, *min. Int. c/ Benkerrou* ; A.J.D.A. 2004, p. 1695, chron. LANDAIS et LENICA ; D.A. 2004, comm. 155, note BREEN ; P.A. 11 nov. 2004, note SAILLARD ; R.F.D.A. 2004, p. 913, concl. GUYOMAR et p. 1130, note DEGOFFE et HAQUET. Le pouvoir de sanction était déduit du pouvoir réglementaire, sans les précisions apportées par la décision *Benkerrou* : C.E.f. 8 août 1919, *Labonne, Rec.*, p. 737 CE 5 mai 1922, *Fontan, rec.* p. 386 C.E.F. 25 fév. 1959, *Balestre, Rec.*, p. 887.

comme le « *prolongement naturel* »⁵⁵⁰ du pouvoir réglementaire. Or, cela ne concerne que le pouvoir réglementaire du Premier ministre⁵⁵¹ et à la condition de n'instituer que des sanctions qui « *par leur objet et leur nature, soient en rapport avec cette réglementation* »⁵⁵². En revanche, lorsqu'il s'agit d'une activité ou d'une profession qui n'a pas été l'objet de réglementations par la loi, régie par le principe de liberté, c'est seulement celle-ci qui pourra déterminer les sanctions administratives possibles⁵⁵³. Le Conseil d'État confirmerait ainsi la théorie énoncée auparavant par le Professeur Michel DEGOFFE, d'après laquelle, conformément à l'art. 8 de la déclaration 1789, seule la loi peut créer une punition et il comprend par là, certaines sanctions administratives opérant dans un régime de liberté⁵⁵⁴.

La question de la définition des infractions, justifiant l'imposition de ces sanctions, est beaucoup plus délicate. Bien que toute sanction administrative doive viser à punir une infraction préalablement définie⁵⁵⁵, la jurisprudence a accepté que l'infraction en matière administrative, hormis le cas des sanctions dont la création est réservée à la loi⁵⁵⁶, n'exige pas une définition complète du comportement fautif, telle qu'elle est exigée en matière pénale⁵⁵⁷. L'infraction administrative peut être déterminée par référence aux obligations concernant la personne, prévues par la loi ou par des règlements⁵⁵⁸. À la différence des règlements pouvant créer des sanctions, les règlements précisant les obligations, par rapport auxquelles peuvent

⁵⁵⁰ Mattias GUYOMAR, concl. sur C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou*, R.F.D.A. 2004, p. 918.

⁵⁵¹ C.E.f. 25 juillet 1975, *Ministre de l'Équipement c/ Richoux*, R.D.P. 1976, p. 354, note AUBY ; C.E.f. 30 mars 1990, *Fédération générale des fonctionnaires Force ouvrière et autres*, n° 76538, *Rec.*, p. 850 ; D.A. 1990, n° 264 ; A.J.D.A. 1990, p. 262.

⁵⁵² C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou*, R.F.D.A. 2004, p. 918. Le professeur Michel DEGOFFE considère que les sanctions pécuniaires, qu'il considère comme des punitions, n'ont « *en principe, aucune relation avec la réglementation* » et, par conséquent, il considère que ce type de sanctions, ne pourraient, en principe, être créées que par la loi : Michel DEGOFFE et Arnaud HAQUET, note sous C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou*, R.F.D.A. 2004, p. 1132.

⁵⁵³ « (...) lorsque la définition des obligations auxquelles est soumis l'exercice d'une activité relève du législateur en application de l'article 34 de la Constitution, il n'appartient qu'à la loi de fixer, le cas échéant, le régime des sanctions administratives dont la méconnaissance de ces obligations peut être assortie (...) que la circonstance que la loi ait renvoyé au décret le soin de définir ses modalités ou ses conditions d'application n'a ni pour objet ni pour effet d'habiliter le pouvoir réglementaire à intervenir dans le domaine de la loi pour définir ces éléments » C.E.f. Sect., 18 juill. 2008, n° 300304, *Fédération de l'hospitalisation privée*, A.J.D.A. 2008, p. 1812, chron. GEFFRAY et LIEBER.

⁵⁵⁴ Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit. p. 41 et 134.

⁵⁵⁵ C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.*, p. 18, § 36. Même si le considérant fait référence aux exigences s'appliquant à « *toute sanction ayant le caractère d'une punition* », ce qui aurait pu exclure de l'exigence, notamment les sanctions disciplinaires (cela a été l'interprétation de Bruno GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », R.F.D.A. 1989, p. 226). En réalité, cette considération sur la portée de la légalité des infractions est générale, à l'égard de toutes les infractions administratives, sans exclure les sanctions disciplinaires (Frank MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, op. cit., p. 204). La jurisprudence administrative exige aussi le respect du principe de légalité des « délits » à l'ensemble des sanctions administratives : C.E.f. 9 oct. 1996, *Sté Prigest*, n° 170363, *Rec.*, p. 690.

⁵⁵⁶ Lorsque l'activité n'a pas été l'objet de réglementations, seule la loi est compétente pour déterminer « (...) tant les sanctions encourues que les éléments constitutifs des infractions que ces sanctions ont pour objet de réprimer », C.E.f. Sect., 18 juill. 2008, n° 300304, *Fédération de l'hospitalisation privée*, A.J.D.A. 2008, p. 1812, chron. GEFFRAY et LIEBER.

⁵⁵⁷ Les exigences découlent de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits et des peines affirmé par l'article 8 de la même Déclaration, la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci* », C.c.f. Décision n° 99-411 DC, 16 juin 1999, *Rec.*, p. 75, § 16 ; A.J.D.A. 1999, p. 763 et p. 690, chron. SCHOETTL ; R.D.P. 1999, p. 1287, note LUCHAIRE.

⁵⁵⁸ « (...) appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements », C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.*, p. 18, § 37. La définition de l'infraction par renvoi a été validée par la jurisprudence administrative : C.E.f. Ass. *Benkerrou*, 7 juillet 2004, R.F.D.A. 2004, p. 913 ; C.E.f. 7 juin 2010, *Centre Hospitalier De Dieppe*, n° 338531, J.C.P. G. 12 juillet 2010, p. 1482.

être déterminées les infractions, ne sont pas nécessairement ceux du Premier ministre. Les obligations liées à une activité ou à une profession peuvent être prévues dans d'autres règlements. Cette « *acception souple du principe de légalité des incriminations* »⁵⁵⁹ qui n'exige pas, par ailleurs, nécessairement un élément moral pour déterminer l'infraction, est considérée comme l'une des caractéristiques de la sanction administrative en droit français⁵⁶⁰.

De prime abord, il s'agit d'un schéma dans lequel toutes les personnes sont conscientes du fait que la méconnaissance de l'une de ses obligations légales ou réglementaires pourrait conduire à l'adoption de l'une des sanctions prévues par la loi ou par un règlement du Premier ministre. Cette situation est présente dans des sanctions administratives pour la méconnaissance des règlements adoptés ou validés par l'autorité chargée d'imposer les sanctions, à l'égard desquels le Conseil d'État exige de la précision quant à la détermination des éléments constitutifs des infractions sanctionnées⁵⁶¹. Cependant, la sécurité juridique n'est pas absolue dans tous les cas où la loi et les règlements renoncent à définir, d'une façon précise, l'ensemble des obligations. Cette situation est particulièrement présente à l'égard des fonctionnaires publics : l'infraction est définie comme une faute⁵⁶² et celle-ci consiste en la méconnaissance des obligations ; mais, les statuts des fonctionnaires dévoilent une certaine impossibilité matérielle de définir préalablement toutes les obligations attachées à une fonction⁵⁶³. Il est fait recours à des termes vagues qui ne définissent pas, à proprement parler, l'infraction⁵⁶⁴. Cette indéfinition accroît d'une façon considérable le pouvoir discrétionnaire du titulaire du pouvoir disciplinaire : non seulement il décide l'opportunité du déclenchement des poursuites, mais, plus largement, il décide quand un comportement constitue une faute⁵⁶⁵. Dans la quête d'un pouvoir disciplinaire efficace⁵⁶⁶, tant puissant qu'imprédictible, le droit renonce à la sécurité juridique et brouille la distance entre le discrétionnaire et l'arbitraire⁵⁶⁷. L'indéfinition de la faute disciplinaire ne contribue pas au développement de la répression

⁵⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, op. cit., p. 82.

⁵⁶⁰ « *La référence à la matière pénale doit préserver cependant les caractéristiques de ces sanctions, en l'absence desquelles elles perdraient tout leurs sens* », idem.

⁵⁶¹ « (...) le principe de légalité des délits et des peines qui s'applique aux sanctions administratives au même titre qu'aux sanctions pénales et qui implique que les éléments constitutifs des infractions soient définis de façon précise et complète », C.E.f. 9 octobre 1996, Société Prigest, n°170363, Rec., p. 690.

⁵⁶² « *Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale* », art. 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors.

⁵⁶³ « (...) les statuts ne se risquent pas à définir ou à énumérer limitativement les obligations (et donc les fautes) disciplinaires », Fabrice MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, 2^e éd., op. cit., p. 364.

⁵⁶⁴ « *L'action disciplinaire, au contraire, peut s'étendre à tous les faits non caractérisés, qui blessent l'honneur, la délicatesse du corps ou de la profession publique à laquelle on appartient* », Raymond TROPLONG, rapport sur Cass. req., 6 mai 1844, Ministère public c./ Carle, S. I, 1844, p. 562. Cit par Frédéric Laurie, « La constitutionnalisation du droit disciplinaire », VI^e congrès français de droit constitutionnel, A.F.D.C., Montpellier, 9-11 juin 2005 p. 7. Un autre exemple : « *toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout fait contraire à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse commis par un officier public ou ministériel, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, donne lieu à sanction disciplinaire* », article 2 de l'ordonnance n°45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels.

⁵⁶⁵ « (...) la détermination de la faute disciplinaire reste discrétionnaire tandis que la définition de l'infraction pénale est strictement donnée par la loi », Gaston JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III : *Le fonctionnement des services publics*, 3^e éd., op. cit., p. 105.

⁵⁶⁶ « (...) le pouvoir discrétionnaire subsiste complètement dans la répression disciplinaire (...) L'indétermination légale de la faute disciplinaire, qui paraît persister malgré les progrès accomplis par ailleurs, procède peut-être de la nature de la répression. En effet, cette répression, pour être efficace, doit présenter une très grande souplesse afin de s'adapter aux manifestations diverses des manquements professionnels. Elle risquerait de perdre cette souplesse, si elle se heurtait à la précision d'une définition légale de chaque faute », Roger BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., L.G.D.J., Paris, 1943, p. 487-488.

⁵⁶⁷ La probité, l'honneur ou la délicatesse sont des « *termes sans aucune référence légale et dont l'interprétation est entièrement confiée à l'autorité. C'est l'expression la plus cruelle de l'arbitraire confondue dans une compétence discrétionnaire* », Carlos GOMEZ, *Dogmática del derecho disciplinario*, op. cit., p. 54.

disciplinaire, car les titulaires du pouvoir de sanction, se trouvant démunis d'un cadre pour exercer leur pouvoir, préfèrent ne l'utiliser qu'exceptionnellement⁵⁶⁸.

Dans toutes les hypothèses où l'obligation enfreinte n'est pas l'objet d'une définition précise, la précision des griefs exige un effort spécial afin que la personne mise en cause comprenne pleinement les reproches qui lui sont faits, pouvant ainsi procéder à une véritable défense. La construction pleine du grief ne saurait être réservée à la motivation de la sanction, car, dans cette hypothèse, la défense ne pourrait être entreprise qu'à partir de la notification de la sanction et l'adoption de la sanction n'aurait pas rempli la fonction contentieuse.

b. La légalité des infractions en droit colombien

Le principe de légalité des infractions et des sanctions s'applique pleinement en droit colombien. Même s'il n'existe pas, dans la Constitution colombienne, une référence expresse à la légalité en matière de sanctions administratives, telle qu'elle existe dans la Constitution espagnole⁵⁶⁹, les normes faisant référence aux délits et aux peines sont interprétées comme s'appliquant aussi à la procédure régulière du droit en matière administrative⁵⁷⁰. Ces exigences constitutionnelles consistent, d'un côté, en l'existence d'une loi antérieure à la réalisation de l'infraction, *lex prævia*, définissant, d'un autre côté, de façon précise le comportement donnant lieu à des sanctions, *lex certa*.

En droit colombien, hormis le cas des sanctions contractuelles⁵⁷¹, seule la loi peut créer des sanctions administratives⁵⁷², comme une manifestation du principe démocratique⁵⁷³; cela concerne la définition des infractions, la détermination des sanctions à l'égard de ces infractions⁵⁷⁴ et la procédure à suivre⁵⁷⁵. Il s'agit d'une compétence du Parlement qui ne peut

⁵⁶⁸ « Les gestionnaires répugnent à exercer leur pouvoir disciplinaire, notamment pour ce qui est de la discipline quotidienne (...) Ceci explique le nombre infime des sanctions courantes, comme le blâme ou l'avertissement (environ 3 500 par an), pourtant les plus adaptées à ces manquements quotidiens (...) Les sanctions les plus lourdes sont elles-mêmes peu pratiquées (285 révocations en 1998) », Marcel Pochard, « Quel avenir pour la fonction publique ? », A.J.D.A. 2000, p. 7-8. Or, les auteurs préfèrent expliquer la situation en raison d'un manque de courage : « Et il y a dans ce qu'il faut bien désigner par le mot laxisme une pratique qui, une nouvelle fois, n'est nullement la conséquence de statuts mal rédigés ou trop protecteurs, mais n'est que le résultat d'un manque de courage et de détermination de la part des employeurs publics », Fabrice MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 358.

⁵⁶⁹ « Nul ne peut être condamné ou sanctionné pour des actions ou des omissions qui, lorsqu'elles se sont produites ne constituaient pas un délit, une faute ou une infraction administrative, selon la législation en vigueur à ce moment-là », art. 25, n° 1 de la Constitution espagnole du 27 déc. 1978, texte de la Constitution traduit in <http://mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm> consulté le 14 nov. 2011.

⁵⁷⁰ L'art. 29 de la Const.c. dispose que « La procédure régulière du droit doit être respectée dans toutes procédures judiciaires et administratives. Toute personne ne pourra être jugée que conformément à des lois antérieures à l'acte incriminé, devant le juge ou le tribunal compétent et respectant les formes propres de chaque procédure (...) ».

⁵⁷¹ Concernant les sanctions contractuelles, tant la description du comportement que la sanction peuvent être prévues dans un règlement : C.E.c. Section 3, Sentence du 13 nov. 2008, n° 17009, C.R. Enrique GIL ; Pour les sanctions contractuelles créées par des règlements de la Commission nationale de télévision, la Cour constitutionnelle a considéré que cela était conforme au principe de « légalité » : C.c.c. Sentence C-726-09, 14 oct. 2009, M.R. Jorge PRETEL.

⁵⁷² C.c.c. Sentence C-328-03, 29 avril 2003, M.R. Manuel CEPEDA.

⁵⁷³ « Dans un État démocratique c'est le législateur, principale autorité de représentation populaire, qui doit être compétent pour créer des sanctions », C.c.c. Sentence C-099-03, 11 fév. 2003, M.R. Jaime CORDOBA.

⁵⁷⁴ Par exemple, les sanctions administratives en matière économique, ainsi que les infractions, doivent être définies préalablement et de façon complète par une loi : C.E.c. Section 4, Sentence du 30 mai 1988, affaire n° 1041, C.R. Hernán ALDANA.

pas être déléguée à une autorité administrative quelconque⁵⁷⁶. La délégation législative au Président de la République devra être suffisamment précise afin de considérer que le Président n'a fait que suivre les directives et les critères du Parlement⁵⁷⁷. Il s'agira, en tout cas, d'un décret matériellement législatif⁵⁷⁸. Le règlement peut néanmoins contribuer à la détermination de l'infraction⁵⁷⁹, à la condition que la loi ait déterminé les éléments constitutifs de l'infraction⁵⁸⁰, les sanctions possibles, ainsi que les critères pour sa décision et la procédure de décision de la sanction⁵⁸¹. Le règlement ne saurait ainsi que déterminer les obligations devant être respectées par la personne. Il s'agit, en principe, des règlements adoptés par le Président de la République⁵⁸². La source de ces obligations ne pourrait pas être un avis administratif, une recommandation ou une circulaire administrative⁵⁸³. Le manquement à ces obligations ne constitue une infraction que si la loi l'a expressément affirmée⁵⁸⁴. Un règlement ne pourrait pas déterminer des hypothèses d'absence d'habilité ou d'incompatibilité⁵⁸⁵ ou les prohibitions⁵⁸⁶ à l'égard des serviteurs publics, dans la mesure où il s'agit des hypothèses d'infraction administrative.

Le droit colombien exige la typicité du comportement fautif, comme une garantie de liberté et de sécurité⁵⁸⁷. La loi doit déterminer de façon claire, expresse et incontestable, quels

⁵⁷⁵ « (...) seul le législateur est constitutionnellement autorisé à créer des infractions (...) administratives ou disciplinaires et à déterminer les procédures (...) devant être respectées pour la sanction », C.c.c. Sentence C-921-01, 29 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO.

⁵⁷⁶ Quant aux infractions administratives, « (...) sa définition ne peut pas être confiée à l'autorité administrative », C.c.c. Sentence C-1161-00, 6 sept. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁵⁷⁷ « (...) il n'est pas possible de déléguer au Président une compétence ouverte (...) En effet, cette norme confie à l'exécutif la détermination des sanctions pour l'infraction aux dispositions qu'il prononce dans sa fonction de régulation (...) Certes, la délégation détermine que les sanctions ne peuvent être que pécuniaires ; mais, cette limite n'est pas suffisante pour considérer que le principe de légalité a été respecté », C.c.c. Sentence C-1161-00, 6 sept. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁵⁷⁸ « (...) en matière disciplinaire, seuls la loi et les décrets ayant la force de la loi, peuvent créer des infractions », C.c.c. Sentence C-1076 de 2002, 5 déc. 2002, M.R. Clara VARGAS, conditionnant cette interprétation à la constitutionnalité de l'art. 54 et du n° 4 de l'art. 61 du C.D.U. Le principe de légalité concerne « (...) l'exigence d'une norme de niveau législatif validant le pouvoir de sanction administrative », C.c.c. Sentence C-818-05, 9 août 2005, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁵⁷⁹ Il s'agit d'« une exigence issue de la réalité, car il est matériellement impossible de prévoir tous les comportements fautifs par des lois », Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 2^e éd., éd. Tecnos, Madrid 1994, p. 203.

⁵⁸⁰ « (...) pour qu'un comportement puisse être considéré comme une infraction, il est nécessaire qu'il soit décrit comme tel par la loi », C.E.c. Section 1^{re}, Sentence du 7 oct. 1999, affaire n° 5606, C.R. Juan POLO.

⁵⁸¹ C.c.c. Sentence C-507-06, 6 juillet 2006, M.R. Álvaro TAFUR ; « La définition des différents éléments des infractions est réservée à la loi », C.c.c. Sentence C-829 de 2002, 8 oct. 2002, M.R. Alfredo BELTRAN.

⁵⁸² Concernant les sanctions décidées par la Surintendance financière pour méconnaissance des règlements, « le respect du principe de légalité exige que les règlements déterminant ces obligations ne soient que ceux du Président développant des lois cadre, dans l'exercice de sa fonction d'intervention administrative », C.c.c. Sentence C-1161-00, 6 sept. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ. L'opinion conforme de la magistrate Ligia LOPEZ précise, qu'en réalité, la méconnaissance des règlements d'autres autorités administratives, notamment le règlement en matière de comptabilité adoptée par la Surintendance financière, peut donner lieu à des sanctions. En outre, les règlements des écoles peuvent déterminer les infractions et les sanctions applicables, conformément à la loi : C.E.c. Section 3, Sentence du 10 nov. 2005, affaire n° 14157, C.R. Alier HERNANDEZ.

⁵⁸³ C.c.c. Sentence C-1161-00, 6 sept. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁵⁸⁴ « L'art. 122 de la Const. permet que les fonctions des serviteurs publics soient détaillées par des règlements. Or, c'est la loi qui doit décider si la méconnaissance ou l'excès dans l'exercice des fonctions constitue une faute disciplinaire », C.c.c. Sentence C-328-03, 29 avril 2003, M.R. Manuel CEPEDA.

⁵⁸⁵ C.c.c. Sentence C-448-98, 26 août 1998, M.R. Hernando HERRERA.

⁵⁸⁶ C.c.c. Sentence C-328-03, 29 avril 2003, M.R. Manuel CEPEDA.

⁵⁸⁷ « (...) la typicité des infractions garantit la liberté et la sécurité individuelle, car elle exige la définition préalable et précise des comportements objet d'une sanction », C.c.c. Sentence C-769-98, 10 déc. 1998, M.R. Antonio BARRERA.

sont les comportements constituant des infractions⁵⁸⁸. La définition de la faute ne peut pas être confiée à la décision subjective du titulaire du pouvoir disciplinaire⁵⁸⁹. En conséquence, la faute définie comme l'infraction de principes est contraire à la Constitution, sauf dans le cas où ces principes se concrétisent dans des règles précises, déterminant des obligations concrètes⁵⁹⁰. C'est dans la quête de la précision du comportement que la loi peut faire des renvois aux obligations réglementaires. Cette façon de déterminer les infractions des serviteurs publics est propre aux personnes dont l'activité n'est possible que par autorisation normative⁵⁹¹.

En droit colombien, le droit disciplinaire ne constitue pas une exception à l'exigence de typicité de l'infraction⁵⁹². La sanction disciplinaire doit respecter, comme toute sanction administrative, les garanties de la procédure régulière du droit⁵⁹³. L'article 6 de la Constitution colombienne précise que les serviteurs publics ne sont responsables que pour méconnaître la Constitution ou la loi et pour l'omission ou l'excès dans l'exercice de leurs fonctions. Conformément à l'article 122 de la Constitution, toutes les fonctions publiques doivent être déterminées clairement dans une loi ou un règlement. La loi doit déterminer la responsabilité des fonctionnaires publics, ainsi que la procédure pour la déclarer (article 124, alinéa 2 de la Constitution). En application de ces impératifs constitutionnels, l'article 50 du Code disciplinaire unique définit la faute disciplinaire comme la méconnaissance des devoirs, la réalisation d'un comportement prohibé ou d'une des situations d'absence d'habileté, d'incompatibilité ou de conflits d'intérêts. Le même Code détermine, de façon générique, les devoirs des serviteurs publics (article 34 du Code disciplinaire unique), devant être complétés par les lois et les règlements⁵⁹⁴, il précise les prohibitions (article 35) et les situations d'absence d'habileté, d'incompatibilité et de conflit d'intérêts (article 36 et suivants). La réalisation d'une infraction est une faute grave ou légère en application des critères établis par le même Code (article 43). Ce degré de détermination des infractions ne place pas le titulaire du pouvoir disciplinaire dans une situation d'application automatique des normes ; l'autorité disciplinaire reste compétente pour l'interprétation *in concreto* des faits et c'est à lui qu'il

⁵⁸⁸ Il doit exister « (...) une définition claire, précise et suffisante du comportement fautif, ainsi que des conséquences encourues pour sa réalisation », C.c.c. Sentence C-769-98, 10 déc. 1998, M.R. Antonio BARRERA.

⁵⁸⁹ Les expressions « (...) imprécises et incertaines confient les destinataires de la sanction aux opinions subjectives de l'autorité disciplinaire. Cela contrarie la procédure régulière du droit exigeant de la clarté dans la détermination des infractions », C.c.c. Sentence C-570-04, 8 juin 2004, M.R. Manuel CEPEDA.

⁵⁹⁰ « L'accusation disciplinaire exige la précision de l'infraction et de la norme qui la décrit (...) ainsi, la méconnaissance d'un principe ne suffit pas par elle-même. Il est nécessaire que le principe soit complété par une norme légale ou constitutionnelle précisant l'infraction », C.c.c. Sentence C-818-05, 9 août 2005, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁵⁹¹ « Il est impossible que le droit disciplinaire dispose d'une description exhaustive des comportements fautifs, car la méconnaissance des normes opère dans une logique contraire au droit pénal : les particuliers réalisent tout ce qui n'est pas prohibé », Carlos GOMEZ, *Dogmática del derecho disciplinario*, op. cit., p. 315.

⁵⁹² « Le serviteur public et le particulier, dans les cas prévus par ce Code, ne seront poursuivis et sanctionnés disciplinairement que pour la réalisation de comportements décrits comme fautifs au moment de sa réalisation », art. 4 du C.D.U.

⁵⁹³ « (...) le droit à la procédure régulière du droit en matière disciplinaire a atteint des niveaux d'évolution semblables au droit pénal : toutes les garanties processuelles sont respectées pleinement, notamment les droits de la défense et la légalité des fautes et des sanctions », C.E.c. Section 3, Sentence du 10 nov. 2005, affaire n° 14157; C.R. Alíer HERNANDEZ. « Le droit disciplinaire est arrivé à un point de non-retour : pour pouvoir sanctionner, le comportement doit être typique, anti-juridique et fautif », Carlos GOMEZ, *Dogmática del derecho disciplinario*, op. cit., p. 121.

⁵⁹⁴ « En matière disciplinaire, la typicité se détermine par la lecture de la norme établissant la fonction, le devoir ou la prohibition avec la norme disposant que la méconnaissance de ces normes constitue une infraction disciplinaire », C.c.c. Sentence C-818-05, 9 août 2005, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

revient la considération que ces faits constituent ou non une infraction fautive⁵⁹⁵, altérant matériellement le bon déroulement du service ou le menaçant⁵⁹⁶. L'infraction peut ainsi avoir un degré minimal d'indétermination, à la condition qu'elle soit objectivement déterminable⁵⁹⁷. Dès lors, en droit colombien, la définition de l'infraction comme la réalisation d'un comportement contraire à la morale ou aux bonnes mœurs excède le degré d'indétermination constitutionnellement acceptable⁵⁹⁸.

Grâce aux exigences constitutionnelles de définition précise des infractions administratives, la précision des griefs, en droit colombien, exige, au-delà de la détermination des faits reprochés et de leurs circonstances, la référence des normes méconnues et l'explication argumentée de la façon dont ces normes ont été méconnues⁵⁹⁹. En droit colombien, la personne, fonctionnaire ou non, destinataire d'un arrêté des griefs, doit comprendre sans hésitation les reproches qui lui sont faits et les sanctions qui peuvent être encourues.

2. Le respect de la présomption d'innocence

Il est vrai que la présomption d'innocence est une garantie essentielle de la répression pénale. Toutefois, elle ne concerne pas l'ensemble des sanctions administratives et, lorsqu'elle est appliquée, elle est parfois l'objet d'atténuations. Or, la présomption de faute ne fait pas obstacle à l'exercice de la fonction contentieuse des sanctions administratives, à la condition que la personne mise en cause ait la possibilité de démontrer son innocence. La présomption d'innocence est une garantie réservée aux sanctions-punitions en droit français (a), alors qu'il s'agit d'une garantie générale, mais modulable, en droit colombien (b).

⁵⁹⁵ « L'autorité disciplinaire dispose d'une marge d'interprétation pour l'individualisation des fautes, en raison de la diversité des comportements contraires à la fonction publique et du fait que dans la définition des fautes disciplinaires il y a des éléments de contenu politico-institutionnel, plaçant le supérieur hiérarchique dans une situation d'examiner le comportement conformément à des critères établis (...) Or, si l'infraction est tellement ouverte qu'elle ne permet pas d'être raisonnablement déterminée, le principe de légalité est méconnu dans la mesure où la définition de l'infraction est laissée au discrétionnaire de l'autorité administrative, sanctionnant des comportements sans des référents normatifs précises », C.c.c. Sentence C-406-04, 4 mai 2004, M.R. Clara VARGAS.

⁵⁹⁶ « (...) dans la mesure où le droit disciplinaire doit respecter le principe de proportionnalité, l'autorité disciplinaire doit pouvoir déterminer si le comportement reprochable, est excessif en raison de la gravité du comportement réalisé. De même, l'autorité disciplinaire doit déterminer si le comportement répond au principe d'anti-juridicité matérielle (art. 5 du C.D.U.) », C.c.c. Sentence C-818-05, 9 août 2005, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁵⁹⁷ « L'utilisation de concepts juridiques indéterminés est admise à la condition que ces concepts soient déterminables. Pour ce faire, la loi doit déterminer les critères objectifs pour concrétiser les comportements, de façon raisonnable et proportionnelle », C.c.c. Sentence C-818-05, 9 août 2005, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁵⁹⁸ « Le degré d'indétermination des concepts utilisés pour définir cette infraction confère un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer si un serviteur public a réalisé la faute. Ainsi, les personnes ne disposent pas d'un critère objectif pour prévoir si un comportement est ou non fautif (...) cela provoque de l'insécurité juridique (...) dans l'espèce, la prohibition disciplinaire a un niveau d'indétermination, inacceptable d'un point de vue constitutionnel », C.c.c. Sentence C-350-09, 20 mai 2009, M.R. María CALLE. Une définition de la faute comme un fait contraire à la morale ou aux bonnes mœurs avait déjà été déclarée anticonstitutionnelle C.c.c. Sentence C-431 de 2004, 6 mai 2004, M.R. Marco MONROY.

⁵⁹⁹ « À la fin de l'enquête préliminaire, il sera possible d'arrêter des griefs par un acte administratif déterminant de façon claire et précise, les faits reprochés, les personnes objet de la procédure, les normes qui seraient méconnues et les sanctions pouvant être encourues. Cet acte n'admet pas de recours », art. 47 al 2 C.P.A.C.A. concernant la procédure administrative sanctionnatrice générale. Concernant la procédure disciplinaire, « L'arrêté des griefs doit contenir : 1. La description et détermination du comportement fautif, ainsi que ses circonstances 2. Les normes supposées méconnues et l'explication de la façon, comment elles seraient méconnues 3. L'identification de l'auteur des faits 4. La détermination de la fonction qu'il exerce au moment des faits 5. Les preuves au soutien des griefs 6. L'explication des critères pris en considération pour déterminer la gravité de la faute 7. La forme de culpabilité 8. L'analyse des arguments exprimés pendant l'enquête et l'investigation », art. 163 du C.D.U.

a. Une garantie réservée aux sanctions-punitions en droit français

La présomption d'innocence est l'un des droits civils, prévue au titre I^{er} du Code civil français, exprimée dans des termes généraux : « *chacun a droit au respect de la présomption d'innocence* »⁶⁰⁰ et cela concerne les personnes qui font notamment l'objet d'une enquête. Néanmoins, le droit administratif montre que cette garantie concerne majoritairement les procès pénaux. Pendant longtemps, la présomption d'innocence était supposée comme incompatible avec le droit administratif⁶⁰¹. En effet, il était considéré que si la personne objet des sanctions était présumée innocente, la décision de sanction ne pourrait pas être exécutoire, contrariant ainsi la « *règle fondamentale du droit public* »⁶⁰² français. Il s'agit d'une interprétation orthodoxe de la présomption d'innocence, d'après laquelle les personnes sont innocentes avant que seule une décision juridictionnelle ne décide le contraire. De ce point de vue, si l'administration devrait présumer l'innocence, elle ne pourrait pas, par elle-même, prononcer des sanctions, devant saisir un juge pour ce faire. L'incompatibilité du caractère exécutoire des décisions administratives et la présomption d'innocence n'étaient qu'un faux problème, qui avait déjà été surmonté à l'étranger⁶⁰³. Dans une interprétation non exclusivement juridictionnelle des garanties processuelles, les personnes peuvent être présumées innocentes avant qu'une décision, juridictionnelle ou administrative, ne décide le contraire et, dans les deux cas, la personne déclarée juridictionnellement ou administrativement coupable peut contester la décision.

L'obstacle théorique a été surmonté et cette garantie fondamentale⁶⁰⁴ applicable dans le domaine répressif⁶⁰⁵ a été exigée à l'égard des sanctions administratives⁶⁰⁶. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a réservé le respect de la présomption d'innocence aux sanctions ayant le caractère d'une punition⁶⁰⁷. Si l'on admettait que la présomption d'innocence est incompatible avec le droit administratif, il faudrait accepter que les sanctions-punitions ne soient pas des décisions exécutoires⁶⁰⁸, ce qui serait impensable. En réalité, la présomption d'innocence est entièrement compatible avec le droit administratif, notamment avec le

⁶⁰⁰ Art. 9-1, al. 1^{er} du Code civil français.

⁶⁰¹ « (...) *la situation est inversée par rapport au droit pénal en ce sens qu'il appartient toujours à la personne poursuivie d'apporter la preuve de son innocence, avec cette conséquence que le doute ne profite pas à la défense, mais à l'accusation* », C.E.f. 30 janvier 1951, *Jacquesson, Rec.*, p. 39. Ainsi, il était considéré « *qu'une procédure dans laquelle la sanction administrative est infligée par une autorité non juridictionnelle, est difficilement compatible avec le principe de la présomption d'innocence* », Bruno GENEVOIS, note sous C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, *R.F.D.A.* 1989, p. 227.

⁶⁰² C.E.f. Ass. 2 juillet 1982, *Huglo et autres, A.J.D.A.* 1982, p.658, CONC. BIANCARELLI ; *R.A.* 1982, p. 637 note PACTEAU ; *D.* 1983, p. 327, note DUGRIP ; *D.* 1983, I.R., p. 270, obs. DELVOLVE.

⁶⁰³ Le Tribunal constitutionnel espagnol admet que le caractère exécutoire et non automatiquement suspensif des recours n'est pas contraire à la présomption d'innocence : Arrêt n° 66/1984, 6 juin 1984, cité par Franck MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 300.

⁶⁰⁴ C.E.f. Ordonnance du 14 mars 2005, *A.J.D.A.* 2005, p. 576.

⁶⁰⁵ « *Considérant que, si le principe de la présomption d'innocence ne peut être utilement invoqué en dehors du domaine répressif (...)* », C.c.f. Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, § 85, *Rec.*, p. 211.

⁶⁰⁶ C.cass. comm. 1^{er} déc. 1998, *Bull. Civil IV n° 283, J.C.P. E.* 1999, p. 372, note GARAUD ; C.E.f. Sect. 20 Oct. 2000, *Sté. Habib Bank, A.J.D.A.* 2000, p. 1001.

⁶⁰⁷ « (...) *les principes résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne s'appliquent qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition* », C.c.f. Décision n° 2011-119 QPC, 1^{er} avril 2011, *J.O.* 2 avril 2011, p. 5895, texte n°74, § 3.

⁶⁰⁸ « (...) *la sanction administrative déclenche à l'encontre du citoyen une véritable présomption de culpabilité (...)* c'est la reconnaissance d'un privilège de présomption de légalité attaché à tout acte administratif», Claude DURAND et Jacques MOREAU, « *Théorie des sanctions administratives* », *loc. cit.*, p. 7.

caractère exécutoire des sanctions⁶⁰⁹ ; mais, c'est seulement une décision contestable de politique jurisprudentielle qui la réserve à certaines sanctions administratives. Par ailleurs, la présomption d'innocence doit être respectée lorsque la sanction est considérée comme une accusation en matière pénale, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶¹⁰, disposant au § 2 que toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Cette garantie doit être respectée par toute autorité publique⁶¹¹ et, notamment, par l'administration fiscale en matière de sanctions⁶¹².

La procédure de sanction administrative peut être respectueuse de la présomption d'innocence. L'arrêté des griefs n'est pas, en soi, une atteinte à cette présomption. Il s'agit d'un acte qui ne fait pas grief⁶¹³, non seulement d'un point de vue processuel, mais, plus largement, d'un point de vue matériel : les griefs sont des accusations soumises au doute et à une instruction menée avec la participation de la personne mise en cause⁶¹⁴. Pour respecter la présomption d'innocence, il n'est pas nécessaire que les griefs se limitent à une énumération de faits. La présomption d'innocence est mieux garantie lorsque la personne mise en cause comprend complètement les accusations et peut, par conséquent, contester tantôt l'existence matérielle des faits, tantôt la qualification en tant qu'infraction qui a été donnée préliminairement. Or, le respect de la présomption d'innocence exige que les griefs ne soient pas énoncés comme étant définitivement acquis⁶¹⁵. Ainsi, la qualification des faits est même possible et nécessaire, à la condition que cette qualification puisse être mise en doute et que la décision de sanction soit supportée par l'instruction de l'affaire ayant démontré, d'une façon certaine, que la personne mise en cause est la responsable des faits.

La présomption d'innocence, en droit pénal, est une garantie complexe. Elle exige, tout d'abord, que la personne soit tenue pour innocente pendant toute la procédure ; ensuite, que pour condamner, l'accusation doive apporter la preuve de la responsabilité ; enfin, qu'en cas de doutes quant à la responsabilité de l'accusé, le doute lui bénéficie – *in dubio pro reo* –⁶¹⁶. Concernant la sanction administrative, il est admis que la culpabilité soit présumée par la loi, à la condition que cette présomption soit justifiée et qu'il soit possible, pour la personne mise

⁶⁰⁹ « Considérant, en troisième lieu, que le CENTRE HOSPITALIER DE DIEPPE ne peut sérieusement soutenir que les sanctions administratives prévues à l'article L. 162-22-18, qui sont infligées, sous le contrôle du juge administratif, après constatation des manquements prévus à cet article, méconnaîtraient le principe de la présomption d'innocence en ce qu'elles sont immédiatement exécutoires », C.E.f. 1^{re} et 6^e sous-sections réunies, 7 juin 2010, Centre Hospitalier De Dieppe, n° 338531, J.C.P. G. 12 juillet 2010, p. 1482. Par conséquent, le respect de la présomption d'innocence n'exige pas l'adoption du caractère suspensif des recours contre les sanctions, tel que cela est affirmé par : Frédéric DUBÉ, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, op. cit., p. 363.

⁶¹⁰ C.E.D.H. 23 juillet 2002, *Janosevic c/ Suède*, R.F.D.A. 2003, p. 940, chron LABAYLE et SUDRE.

⁶¹¹ C.E.D.H. 10 fév. 1995, *Allenet de Ribemont c/ France*, Série A, n° 308, § 36-37.

⁶¹² C.E.f. 24 mars 2006, n° 257330, *S.A. Martell & co*, J.C.P. G. II, 10206.

⁶¹³ « (...) ces décisions préalables, qui n'emportent pas de déclaration de culpabilité ni ne préjugent de la décision à intervenir, ne peuvent, indépendamment de la décision sur le fond, être examinées au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, des droits de la défense ou des exigences du procès équitable », Cour d'appel de Paris, 18 nov. 1999, *Eskenazi*. Cf. Alain PIETRANOSTA, « Début du contradictoire dans la procédure de sanction COB : quand la notification des griefs ne fait pas grief », *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} mai 2000, n° 3, p. 254.

⁶¹⁴ « Considérant que l'allégation d'un parti pris qui serait exprimé dans la décision d'engager la procédure et dans la notification des griefs ne peut constituer un moyen de nullité, ces actes ayant précisément pour objet d'énoncer l'accusation portée contre la personne poursuivie afin de provoquer ses moyens de défense et d'ouvrir la phase contradictoire de l'instruction », C.A. Paris, 18 nov. 1999, *Eskenazi*, n° 1999/11980, *Bulletin Joly Bourse*, 1 mai 2000, n° 3, p. 254.

⁶¹⁵ C.E.f. Ordonnance du 14 mars 2005, *Gollnisch*, Rec., p. 103 ; A.J.D.A. 2005, p. 1633, note BURGORGUE-LARSEN.

⁶¹⁶ « (...) le principe de la présomption d'innocence ne peut être utilement invoqué en dehors du domaine répressif », C.c.f. Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Rec., p. 211, § 85.

en cause, d'exercer sa défense à l'égard de la présomption⁶¹⁷. Ainsi, il a été considéré que les présomptions en matière fiscale ne sont pas contraires à la présomption d'innocence⁶¹⁸. En revanche, lorsque la culpabilité n'est pas présumée par la loi⁶¹⁹, l'autorité sanctionnatrice ne saurait présumer elle-même la culpabilité. De ce point de vue, le premier élément de la présomption d'innocence peut être garanti par la voie de l'impartialité. Celle-ci ne se voit pas être compromise par l'adoption des griefs, à la condition que l'autorité ne considère pas déjà ces faits comme définitivement acquis et avérés. L'impartialité exige, selon les conditions, la césure de la procédure de sanction⁶²⁰. Bien que la présomption d'innocence ne soit pas un moyen opérant à l'égard de l'ensemble des sanctions administratives, l'impartialité est une garantie devant être respectée dans toutes les procédures administratives. Or, l'impartialité n'a pas, dans tous les cas, les mêmes exigences que la présomption d'innocence : au titre de la présomption d'innocence, l'autorité sanctionnatrice ne peut pas faire des déclarations publiques exprimant que la faute est acquise, alors même que l'impartialité n'est pas compromise, car l'auteur des déclarations ne prend pas partie au délibéré⁶²¹. Par ailleurs, le doute raisonnable ne peut bénéficier à la personne mise en cause, que dans les cas où la présomption d'innocence est formellement exigée.

b. Une garantie générale, mais modulable, en droit colombien

En droit colombien, on ne peut pas mettre en doute que les garanties de la procédure régulière du droit sont applicables tant aux juridictions qu'à l'administration, notamment dans l'exercice de sa fonction punitive⁶²². Or, la jurisprudence constitutionnelle a précisé que la procédure régulière du droit, en matière administrative, admet des atténuations quant à sa rigueur, c'est-à-dire que la procédure administrative ne doit pas être identique à la procédure

⁶¹⁷ La présomption de culpabilité n'est pas contraire à la présomption d'innocence à la condition qu'elle soit « dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et en préservant les droits de la défense », C.E.D.H. 23 juillet 2002, *Janosevic c/ Suède*, § 101, R.F.D.A. 2003, p. 940, chron LABAYLE et SUDRE.

⁶¹⁸ C.E.f. 24 mars 2006, n° 257330, S.A. *Martell & co*, J.C.P. G. II, 10206. Bien que le commissaire du gouvernement ait fondé ses conclusions sur la jurisprudence *Janosevic* (précitée), la rédaction de l'arrêt laisserait croire que quand la charge de la preuve incombe à la personne mise en cause, la présomption d'innocence est automatiquement méconnue alors que la jurisprudence européenne affirme le contraire. L'arrêt du Conseil d'État affirme « que les dispositions (...) ne font pas peser la charge de la preuve sur le contribuable ; que, par la suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, alors même que la pénalité qu'elles prévoient est encourue du seul fait que l'intéressé s'est abstenu de répondre à la demande de l'administration dans le délai qui lui est imparti, que les dispositions (...) ne méconnaissent pas les stipulations du § 2 de l'article 6 de la Convention EDH », C.E.f. 24 mars 2006, n° 257330, S.A. *Martell & co*, J.C.P. G. II, 10206, note BELDA.

⁶¹⁹ Cette présomption fait peser sur la personne mise en cause la charge de la preuve contre la présomption.

⁶²⁰ « Considérant, en troisième lieu, que, dans la lettre par laquelle il a indiqué à la SOCIÉTÉ CNP ASSURANCES les griefs susceptibles d'être retenus à son encontre par la commission, le président de la CCAMIP n'a pas présenté comme établis les faits qu'il mentionne et n'a pas pris partie sur leur qualification d'infractions à différentes dispositions législatives ou réglementaires ; qu'ainsi, il n'est résulté de la participation du président de la commission à la délibération à l'issue de laquelle il a été décidé d'infliger une sanction à la SOCIÉTÉ CNP ASSURANCES aucune méconnaissance du principe d'impartialité », C.E.f., sect., 17 nov. 2006, n° 276926, *Sté CNP Assurances*, D.A. 2007, comm. 1 ; J.C.P. G. 2006, II, 10011, note ISRAËL.

⁶²¹ « (...) peu importe, par ailleurs, que leur auteur ayant cessé ses fonctions, n'ait pas participé à la délibération décidant la poursuite de la procédure au vu des observations en réponse aux griefs, ni à la décision sur le fond, dès lors que le respect de la présomption d'innocence interdit que le président de la COB en exercice déclare une personne coupable d'une infraction avant que les juges compétents ne se soient prononcés », C.cass. comm.1^{er} déc. 1998, *Oury*, n° 1911, P.A. 15 janvier 1999, p. 5, note DUCOULOUX-FAVARD ; J.C.P. E, 1999, Jur., p. 372, note GARAUD.

⁶²² « La prérogative sanctionnatrice de l'administration – correctionnelle et disciplinaire – doit respecter les mêmes garanties que la procédure régulière du droit qui doivent être respectées pour la sanction juridictionnelle des délits (art. 29 de la Const.), avec des atténuations justifiées par les intérêts juridiques pouvant être touchés par la sanction administrative », C.c.c. Sentence C-530-03, 3 juillet 2003, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

juridictionnelle⁶²³. La présomption d'innocence est l'une des garanties faisant partie de la procédure régulière du droit⁶²⁴ et la jurisprudence a énoncé clairement qu'elle doit être respectée dans toutes les procédures administratives, notamment en matière de sanctions administratives⁶²⁵. Cependant, la présomption d'innocence en matière administrative n'exige pas la même rigueur qu'en matière pénale. En effet, il est admis que la présomption d'innocence devant les autorités administratives puisse être l'objet d'atténuations différentes, adoptées en raison des finalités de la sanction et de la situation spéciale des destinataires de la sanction administrative.

En droit colombien, il est admis que l'administration n'est pas obligée, dans tous les cas, d'apporter la preuve absolue de l'élément moral de l'infraction, au titre d'un allègement de sa charge de la preuve⁶²⁶ : premièrement, il est des cas où l'administration ne doit apporter qu'une preuve minimale de la faute, face à laquelle la personne mise en cause doit apporter la preuve de sa bonne foi. Deuxièmement, il existe des infractions dont l'intentionnalité exigée est tellement faible, que la preuve de la réalisation des faits suffit pour prouver la faute⁶²⁷ qui pourra, néanmoins, être contestée par la personne mise en cause. Troisièmement, il est des hypothèses où la loi prévoit des présomptions de culpabilité⁶²⁸ dont la correspondance avec la réalité peut être contestée par la personne mise en cause. Quatrièmement, d'une façon exceptionnelle, il est des cas où la responsabilité est sans faute⁶²⁹, ce qui ne fait pas obstacle à une défense visant à démontrer que les faits n'ont pas existé, qu'ils sont intervenus dans des circonstances différentes ou que la personne mise en cause n'en est pas l'auteur.

Les présomptions légales de culpabilité doivent répondre à des conditions : tout d'abord, l'existence de la présomption doit être justifiée en raison de la nécessité de protection d'un intérêt juridique supérieur. Ensuite, la présomption doit résulter de la logique

⁶²³ « En droit pénal, les garanties de la procédure régulière du droit sont d'application stricte car la sanction pénale lèse des droits fondamentaux tels que la liberté et la sanction peut atteindre toutes les personnes. Concernant la sanction administrative, les garanties peuvent être atténuées en raison de la nature de la sanction, des finalités poursuivies et du fait que les normes concernent des champs déterminés, des activités ou des professions devant respecter des devoirs spéciaux », C.c.c. Sentence SU-1010-08, 16 oct. 2008, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁶²⁴ « La procédure régulière du droit est construite sur la présomption d'innocence. Pour pouvoir confirmer l'accusation et prononcer des sanctions, il est donc nécessaire que cette présomption soit contredite par l'autorité », C.c.c. Sentence T-467-95, 18 oct. 1995, M.R. Vladimiro NARANJO.

⁶²⁵ « La présomption d'innocence s'applique à l'ensemble du droit administratif sanctionnateur. Néanmoins, son application n'est pas identique à celle du droit pénal en raison des différences liées à la nature de la sanction, la finalité poursuivie, les champs d'application, etc. Ces particularités entraînent des applications différentes ou atténuées et même, de façon exceptionnelle, la possibilité d'une responsabilité sans faute », C.c.c. Sentence C-595-10, 27 juillet 2010, M.R. Jorge PALACIO.

⁶²⁶ « Même si, en règle générale, la responsabilité doit être pour faute et que la charge de la preuve de tous les éléments de l'infraction incombe à l'État, le législateur peut affaiblir la charge de la preuve de celui-ci et augmenter la charge de l'enquête à la condition que cela soit raisonnable et que les preuves possibles pour l'enquête ne soient pas excessivement limitées », C.c.c. Sentence C-616-02, 6 août 2002, M.R. Manuel CEPEDA.

⁶²⁷ « Dans le cas de la faute gravissime de tirer un bénéfice pécuniaire irrégulier dans l'exercice de la fonction, notamment pour recevoir de l'argent d'un particulier, il suffit que les faits soient avérés et imputables à la personne pour que la sanction puisse être prononcée », C.E.c. Section 2, Sentence du 23 août 2007, affaire n° 4144-04, C.R. Jesús LEMOS.

⁶²⁸ Par exemple: « Dans la matière environnementale, la négligence ou l'intention de nuire de la personne sont présumées et cela permettra l'adoption de mesures conservatoires. La personne réalisant l'infraction fera l'objet de sanctions s'il ne prouve pas, par tous les moyens, l'absence de négligence ou de l'intention de nuire », paragraphe de l'art. 1^{er} de la loi n° 1333 du 21 juillet 2009. « La Cour considère que cette présomption et l'inversement de la charge de la preuve qui en résulte, ne méconnaissent pas la présomption d'innocence », C.c.c. Sentence C-595-10, 27 juillet 2010, M.R. Jorge PALACIO.

⁶²⁹ Comme exception à l'exclusion de la responsabilité sans faute, les cas de responsabilité sans faute doivent être exceptionnels et suffisamment justifiés : C.c.c. Sentence C-616-02, 6 août 2002, M.R. Manuel CEPEDA.

et de l'expérience dans la matière⁶³⁰. Enfin, la présomption doit être *juris tantum*, c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir être contrariée par la personne mise en cause⁶³¹. Répondant à ces conditionnements, les présomptions de faute en matière fiscale ont été validées à l'égard de la Constitution⁶³² en précisant que dans la matière, il ne s'agit pas de cas de responsabilité sans faute⁶³³, mais d'un système où la faute était présumée et où le contribuable devait apporter la preuve de son innocence⁶³⁴.

L'ensemble de ces hypothèses permet d'affirmer que le principe de la présomption d'innocence devant les autorités administratives colombiennes, dans l'exercice de leur pouvoir de sanction, n'est excepté que dans les cas où la loi, de façon expresse, a allégé la charge de la preuve de l'autorité sanctionnatrice afin d'instituer un système protecteur de certains intérêts spéciaux, notamment l'environnement ou la fiabilité du système déclaratif en matière tributaire.

L'énoncé préalable des griefs est la première condition pour qu'un contentieux puisse être engagé avec le destinataire de la sanction. Dans un système idéal, la personne mise en cause doit comprendre clairement les faits qui lui sont reprochés, les raisons du reproche et les conséquences que cela pourrait lui signifier. Cette clarté est majeure lorsque les griefs sont la manifestation de la réalisation d'une infraction clairement définie par une norme, principalement par la loi, tout en respectant la présomption d'innocence. Néanmoins, l'énoncé des griefs n'est pas, dans tous les cas, soumis à l'ensemble de ces conditions de clarté et de précision et la personne mise en cause est portée à déduire certains éléments nécessaires pour comprendre les griefs, alors même que cette compréhension conditionne l'efficacité de la défense qu'elle doit entreprendre.

§ 2. La défense efficace de la personne mise en cause

La sanction décidée sans avoir donné la possibilité à la personne mise en cause d'exercer sa défense est essentiellement incompatible avec l'exercice de la fonction contentieuse⁶³⁵, alors même que des griefs auraient pu être portés à la connaissance de la

⁶³⁰ « Il est légitime que le législateur, afin de protéger certaines situations ou faits juridiquement importants et de donner de la protection aux biens juridiques particulièrement importants, établisse des présomptions légales. Pour cela, il devra respecter les règles de la logique et de l'expérience. Ainsi, la loi reconnaît l'existence réitérée de situations largement connues et il les transforme en des présomptions », C.c.c. Sentence C-055-10, 3 fév. 2010, M.R. Juan HENAO.

⁶³¹ C.c.c. Sentence C-595-10, 27 juillet 2010, M.R. Jorge PALACIO.

⁶³² « Cela n'entraîne pas une négation de la présomption d'innocence, ce qui serait anticonstitutionnel. Il s'agit d'une diminution de la charge de la preuve de l'État dans la mesure où elle pourra présumer raisonnablement de la culpabilité du contribuable lorsqu'elle constate que le contribuable n'a pas présenté la déclaration tributaire », C.c.c. Sentence C-690 de 1996, 5 déc. 1996, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁶³³ C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY.

⁶³⁴ « Cette Cour considère que la présomption légale qui fait peser sur la personne mise en cause la charge de la preuve, ne méconnaît pas le principe de la présomption d'innocence », C.c.c. Sentence C-595-10, 27 juillet 2010, M.R. Jorge PALACIO.

⁶³⁵ « (...) les sanctions automatiques ou dites immédiates qui étaient fréquemment utilisées auparavant sont interdites aujourd'hui. L'intéressé doit être informé préalablement qu'il existe une procédure à son encontre et il doit avoir l'opportunité d'exposer ses arguments, demander le recueil de preuves et contester les preuves recueillies à son encontre », Sergio GONZALEZ, « Constitucionalización del procedimiento administrativo en Colombia », *loc. cit.*, p. 945. « Le droit fondamental à la procédure régulière du droit est méconnu quand la personne est sanctionnée sans avoir eu l'opportunité d'être entendue et d'exercer pleinement sa défense (...) Les

personne à des fins simplement informatives. Seules les procédures de sanction où la défense de la personne mise en cause est possible permettent l'exercice d'une fonction contentieuse. Or, la défense doit être efficace, c'est-à-dire qu'elle doit donner la possibilité d'avoir une influence réelle sur le sens et le contenu de la décision⁶³⁶ ; une défense efficace est celle qui peut conduire à exclure la responsabilité ou à la réduire, c'est une défense utilement exercée⁶³⁷ ou une « *défense matérielle* »⁶³⁸, et non simplement formelle. Cela implique un pouvoir discrétionnaire de l'autorité sanctionnatrice pour pouvoir garantir l'individualisation de la sanction et son adaptation par rapport à l'étendue de la faute⁶³⁹. Les critères d'individualisation et d'adaptation de la sanction à la faute peuvent être déterminés préalablement par une norme⁶⁴⁰. Lorsque cette individualisation de la sanction n'est pas possible, l'autorité administrative n'exerce pas l'activité contentieuse. Les sanctions automatiques ne permettent pas l'exercice d'une défense efficace de la personne mise en cause, dans la mesure où elle ne pourra pas prétendre à exclure l'élément moral de l'infraction ou à obtenir l'adaptation proportionnelle de la sanction à la faute⁶⁴¹. La sanction automatique exclut la fonction contentieuse, alors même que la sanction peut être proportionnée par d'autres moyens non contentieux, notamment par l'exercice de pouvoirs gracieux⁶⁴² ou par la

sanctions immédiates, automatiques, sont interdites par la Const. car elles méconnaissent la procédure régulière du droit », C.c.c. Sentence T-490-92, 13 août 1992, M.R. Eduardo CIFUENTES.

⁶³⁶ Pour garantir le droit de la défense (...) *il ne suffit pas que ces décisions soient motivées et notifiées afin que la personne puisse exercer des recours administratifs et juridictionnels pour défendre la légalité ou les droits méconnus par l'administration* », C.E.c. Section 3, Sentence du 17 juillet 2003, affaire n° 24.707, C.R. Alier HERNANDEZ, en citant une Sentence du 9 juillet 1998, affaire n° 13.900.

⁶³⁷ « (...) *en vertu d'un principe général du droit, une sanction ne peut être légalement prononcée à l'égard d'un agent public sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense* », C.E.f. 5 juillet 2000, Mermet, req. n° 200622, Rec., p. 292.

⁶³⁸ Art. 17 du C.D.U.

⁶³⁹ Le principe de la nécessité des peines, prévu à l'art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est la source de l'exigence de l'individualisation des peines et des sanctions et de l'interdiction des sanctions automatiques : C.c.f. Décision n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, J.O. 12 juin 2010, p. 10849, § 4, quant à l'individualisation et § 5 quant à l'interdiction des sanctions automatiques.

⁶⁴⁰ Par exemple, en matière fiscale « *La loi (...) proportionne les pénalités selon les agissements commis par le contribuable, a prévu l'application de taux de majoration différents selon la qualification qui peut être donnée au comportement de celui-ci (...) Le juge de l'impôt, après avoir exercé son plein contrôle sur la qualification retenue par l'administration, doit appliquer le taux de la majoration prévu en ce cas par la loi sans pouvoir le moduler pour tenir compte de la gravité de la faute commise par le contribuable* », C.E.f. Sect. Avis, 5 avril 1996, Houdmond, Rec. p. 116 ; D.A. 1996, n° 350 ; D.F. 1996, comm. 765, concl. ARRIGHI DE CASANOVA ; R.F.D.A. 1997, p. 843, note PETIT. Cf. C.E.f. Avis, 8 juill. 1998, Fatell, D.F. 1998, n° 842 ; R.J.F. n° 8-9 1998, p. 637, concl. ARRIGHI DE CASANOVA. En droit colombien, l'art. 43 du Code disciplinaire unique colombien énumère les critères pour déterminer la gravité de la faute: 1. Le degré de culpabilité, 2. le caractère essentiel du service, 3. Le degré de perturbation du service, 4. Le degré hiérarchique du serviteur public, 5. Les conséquences sociales de la faute ou le préjudice causé, 6. Les circonstances de réalisation de la faute, notamment l'incitation du supérieur à réaliser le comportement fautif, 7. Les motifs du comportement, 8. La réalisation de la faute avec la participation d'autres personnes. De plus, les fautes considérées comme gravissimes sont énumérées par le Code. En outre, les critères pour proportionner les sanctions prononcées par la Surintendance financière de Colombie sont énumérés par l'art. 208, n° 2 du décret n° 663 du 2 avril 1993, portant *Statut organique du système financier*.

⁶⁴¹ « *Une telle automaticité pourrait conduire, dans certaines hypothèses, à infliger une sanction non proportionnée aux faits reprochés. En conséquence, en interdisant au Conseil supérieur de l'audiovisuel d'adapter, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce, la répression à la gravité du manquement reproché, le législateur a méconnu le principe de la nécessité des peines énoncé par l'article 8 de la Déclaration de 1789* », C.c.f. Décision n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, Rec., p. 121, § 52. De même, l'amende de 100 F pour chaque omission ou inexactitude dans la facturation, est non conforme à la Constitution car elle pourrait « *donner lieu à l'application de sanctions manifestement hors de proportion avec la gravité de l'omission ou de l'inexactitude constatée* », C.c.f. Décision n° 97-395 DC, 30 déc. 1997, Rec., p. 333, § 39.

⁶⁴² Face à des sanctions automatiques en matière fiscale, il est affirmé que « *cette automaticité est ici tempérée largement par les pouvoirs gracieux de l'administration fiscale* », Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? - de la répression administrative au droit administratif pénal*, op. cit., p. 91.

voie d'une transaction⁶⁴³. De même, les cas de responsabilité sans faute exceptionnellement acceptés en droit colombien ne placent pas l'autorité administrative dans la possibilité d'exercer la fonction contentieuse, car la sanction est automatique.

La défense est une garantie essentielle en matière de sanctions administratives où elle acquiert sa signification primaire⁶⁴⁴ ; c'est une exigence constitutionnelle⁶⁴⁵, applicable même sans texte⁶⁴⁶. Aucun argument d'efficacité ne justifie l'exclusion de la possibilité d'exercer la défense⁶⁴⁷. Elle détermine le caractère équitable de la procédure dès son origine et son absence ne peut pas être rattrapée par l'intervention ultérieure d'une juridiction⁶⁴⁸. La défense de la personne mise en cause est composée par une série de droits, et, dès lors, il est possible de parler des droits de la défense⁶⁴⁹. La défense efficace exige, d'un côté, l'information de l'existence et le contenu de la poursuite (A) et la possibilité d'engager la discussion des griefs (B).

A. L'information de l'existence et le contenu de la poursuite

La procédure préalable à l'adoption d'une sanction administrative ne peut pas être secrète à l'égard du potentiel destinataire de la sanction. Être informé dans un délai raisonnable de l'existence d'une procédure se déroulant à son encontre est la condition d'une défense efficace. Or, le secret peut aussi concerner des pièces dont la connaissance est essentielle pour la personne mise en cause, afin de pouvoir se prononcer et, le cas échéant, produire des preuves contestant la légitimité ou la portée de ces pièces ou ajouter des éléments nécessaires pour la compréhension des circonstances des faits reprochés. Le droit d'être informé de l'existence d'une procédure de sanction (1) doit s'accompagner de l'accès au dossier (2).

⁶⁴³ L'administration n'exerce pas la fonction contentieuse lorsque le litige est résolu par la voie de l'accord. Elle ne tranche pas le litige.

⁶⁴⁴ « (...) la notion de droits de la défense est d'inspiration pénale, par conséquent, trouve un écho très fort dans le contentieux de l'administration au sens large à travers la procédure disciplinaire ou, plus généralement, répressive », Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd., op. cit., p. 248. Il s'agit d'une expression qui « n'est adéquate qu'à propos de la répression », Pierre DELVOLVE, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux », *R.F.D.A.* 1984, p. 28

⁶⁴⁵ En droit français, il s'agit d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (C.c.f. Décision n° 76-70 DC, 2 déc 1976, *Rec.*, p. 39, §2 ; C.c.f. Décision n° 89-260DC, 28 juillet 1989, *Rec.*, p. 71 ; C.c.f. Décision n° 89-268 DC, 29 déc. 1989, *Rec.*, p. 110, § 87 ; C.c.f. Décision n° 90-285 DC, 28 déc. 1990, *Rec.*, p. 95, § 55). En droit colombien, les droits de la défense font partie du droit fondamental à la procédure régulière du droit en matière juridictionnelle et administrative (art. 29 de la Const.c.).

⁶⁴⁶ Il s'agit d'un P.G.D. (C.E.f. 5 mai 1944, *Dame Vve Trompier-Gravier*, *Rec.*, p. 133 ; *D.* 1945, p. 110, concl. CHENOT, note de SOTO ; *R.D.P.* 1944, p. 256, note JEZE ; C.E.f. Ass. 26 oct. 1945, *Aramu*, *Rec.*, p. 213 ; *S.* 1946, III, p. 3) et, en droit colombien, le droit de la défense peut être exigé même sans texte ou avec un texte l'interdisant dans la mesure où il s'agit d'une norme constitutionnelle d'application directe et dont la suprématie est garantie par la suprématie même de la Constitution, prévue à l'art. 4 de la Const.c.

⁶⁴⁷ « Il serait possible d'argumenter que la présomption de légalité des actes administratifs, ainsi que les principes de célérité et d'efficacité pourraient justifier l'imposition de sanctions automatiques dans la défense de l'intérêt général ; néanmoins, la primauté des droits fondamentaux et la présomption d'innocence exigent que la sanction ne puisse être décidée qu'après avoir donné l'opportunité d'exercer la défense », C.c.c. Sentence T-145-93, 21 avril 1993, M.R. Eduardo CIFUENTES.

⁶⁴⁸ C.E.f., 27 oct. 2006, *M. PARENT et Autres c/ AMF*, n° 276069, 277198, 277460 ; *R.F.D.A.* 2006, p. 1277, cf. Martin COLLET, « Autorités de régulation et procès équitable », *A.J.D.A.* 2007 p. 80. Or, le contrôle juridictionnel ultérieur doit pouvoir adapter la sanction proportionnellement à la faute : C.E.D.H. 23 oct. 1995, *Schmautzer*, Série A, n° 328-A, § 36 ; *J.C.P.* 1996, I, 3910, obs. Sudre ; C.E.D.H. 21 sept. 1993, *Zumbotel*, Série A, n° 268 A ; C.E.D.H. 25 nov. 1995, *Ortenberg c/ Autriche*, Série A, n° 295-B.

⁶⁴⁹ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd., op. cit., p. 248.

1. Le droit d'être informé de l'existence d'une procédure à son rencontre

L'article 6, § 3, a de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que tout accusé a droit à « être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ». Certes, cette norme ne s'applique qu'aux sanctions rentrant dans les hypothèses d'application de la Convention. Mais, l'essence de cette norme concerne l'ensemble de la sanction administrative en droit français comme en droit colombien.

En droit français, le droit d'être informé de l'existence d'une procédure à son rencontre, pouvant donner lieu à l'adoption d'une sanction, n'est pas l'objet d'une reconnaissance expresse⁶⁵⁰. Il s'agit d'un droit présupposé dans le droit de la défense, dans la mesure où celle-ci n'est possible que si la personne est informée que la défense est requise⁶⁵¹. Le Conseil d'État a ainsi reconnu que le droit d'être informé de l'existence de la procédure à son rencontre est un élément de « la garantie des droits », préconisé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁶⁵².

Il n'existe pas une disposition générale concernant le délai et les moyens pour informer de l'engagement de la procédure de sanction ni le contenu de la décision qui doit être notifiée. Hormis le cas d'une disposition régulant la notification⁶⁵³, il revient à l'autorité administrative la décision concernant les moyens les plus adéquats et les délais raisonnables pour que la personne mise en cause puisse préparer sa défense. Par conséquent, c'est à la suite d'une analyse *in concreto* des circonstances de l'affaire qu'il pourra être déterminé si la procédure a permis ou non à la personne mise en cause d'assurer efficacement sa défense⁶⁵⁴. Ainsi, par exemple, le Conseil d'État a considéré que, compte tenu des circonstances, quatre jours

⁶⁵⁰ Le Conseil constitutionnel fait mention du droit d'« être informées des faits qui leur sont reprochés », C.c.f. Décision n° 80-117 DC, 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 42, § 8. Néanmoins, les termes dans lesquels la décision est rédigée, font obstacle à considérer qu'il s'agit de la reconnaissance d'un droit.

⁶⁵¹ « Le requérant qui est resté dans l'ignorance des poursuites engagées contre lui aux fins d'épuration, ne s'est pas trouvé en mesure de présenter utilement sa défense », C.E.f. 24 juillet 1946, *Neveu, Rec.*, p. 211. Ainsi, les droits de la défense sont méconnus lorsque la personne n'est pas informée de la mesure qui est envisagée, pour pouvoir demander l'audition et exercer ainsi, le droit de la défense : C.E.f. Ass. 21 avril 1989, *Féd. Nat. des org. de gest. des étab. d'enseignement catholique, Rec.*, p. 117.

⁶⁵² « (...) ces dispositions, telles qu'interprétées par la jurisprudence, n'ont pas pour effet de priver les associés des sociétés mentionnées à l'article 8 du Code général des impôts du droit d'être informés, en cas de redressement du bénéfice social, des bases d'imposition mises à leur charge, dans des conditions respectant les garanties attachées au principe constitutionnel du respect des droits de la défense procédant des dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », C.E.f. 18 juin 2010, *M. et Mme Jean-Michel A.*, n° 338638.

⁶⁵³ La notification des griefs est souvent soumise à des conditions précises, déterminées normativement. Par exemple, la personne mise en cause par l'Autorité de la concurrence est notifiée par la voie d'un courrier recommandé avec demande d'avis de réception (art. R. 463-11 du Code de commerce) et la personne mise en cause dispose d'un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse aux griefs. Ce délai peut être allongé d'un mois, selon les circonstances (art. L. 463-2, al. 3 du Code de commerce). Devant l'A.R.C.E.P., les griefs sont notifiés « par lettre recommandée avec avis de réception, ou par tout autre moyen permettant d'attester de la date de réception », et le délai pour produire des observations écrites ne peut pas être inférieur à dix jours francs : art. 23 de la décision n° 2006-0044 du 10 janvier 2006 portant modification du règlement intérieur.

⁶⁵⁴ « (...) il ressort des pièces du dossier que la convocation a été envoyée par télécopie, à son domicile à Joué-Lès-Tours dont il était d'ailleurs absent, le vendredi 19 janvier veille de la réunion ; qu'en outre la convocation ne précisait pas l'objet de cette dernière ; que, dans ces conditions, le requérant n'a pas été mis à même d'assurer sa défense », C.E.f. 29 déc. 1993, *M. Julian X*, n° 115635. En outre, 15 jours est un délai suffisant pour répondre aux griefs car, par ailleurs, le rapport de contrôle, antérieur aux griefs, avait lui-même été soumis à la contradiction : C.E.f., sect., 17 nov. 2006, n° 276926, *Sté CNP Assurances, D.A.* 2007, comm. 1 ; *J.C.P.* G. 2006, II, 10011, note ISRAËL.

peuvent être un délai suffisant pour préparer la défense⁶⁵⁵ ; mais, un délai d'une journée ne saurait permettre l'exercice d'une défense utile⁶⁵⁶. Lorsque la sanction administrative doit respecter les garanties du § 3 de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État contrôle à ce titre le respect du droit d'être informé de l'engagement de la procédure de sanction, par la voie de la notification des griefs et examine le caractère raisonnable du délai donné pour préparer la défense⁶⁵⁷ ; « *Il s'agit de savoir si, dans les circonstances de la cause, la défense (...) n'a pas été privée, substantiellement, d'une part de ses chances* »⁶⁵⁸.

En droit colombien, il n'existe pas, non plus, un droit spécifique d'être informé de l'engagement d'une procédure de sanction ; mais, il est compris dans la notion du droit à la défense matérielle⁶⁵⁹. Or, différentes normes obligent les autorités sanctionnatrices à informer la personne concernée, non seulement de l'engagement d'une procédure de sanction et de notifier les griefs, mais, aussi, d'informer bien avant l'engagement de la procédure de sanction, de l'existence d'une enquête ou, en général, d'une procédure le concernant. En conséquence, le respect de ces devoirs intègre la procédure régulière du droit⁶⁶⁰.

Le Code du contentieux administratif ne fait pas une place spéciale à la procédure de sanction et, lorsque les différentes normes prévoyant des sanctions administratives font renvoi à ce Code⁶⁶¹, ce sont les règles générales de la procédure administrative générale qui sont appliquées. Ainsi, le Code dispose le devoir d'informer les personnes concernées de l'existence de la procédure⁶⁶². De même, les différents moyens de notification sont régulés par le Code du contentieux administratif⁶⁶³. En revanche, le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif prévoit une régulation spéciale de la procédure administrative sanctionnatrice générale, s'appliquant en l'absence de normes spéciales. Le nouveau Code dispose le devoir d'informer du début d'une procédure pouvant donner lieu à l'imposition d'une sanction, ainsi que, le cas échéant, le devoir de notifier l'arrêté des griefs⁶⁶⁴. Celui-ci

⁶⁵⁵ C.E.f. 09 avril 2010, *Jean-Hughes A.*, n° 312251.

⁶⁵⁶ C.A.A. de Douai, 1^{er} chambre - formation à 3, 24 juin 2004, n° 02DA00167.

⁶⁵⁷ Par exemple, même si une personne, personnellement mise en cause, a été tardivement notifiée des griefs retenus à son encontre, en raison du fait de ne plus habiter à l'adresse où il a été envoyé l'arrêté des griefs, cela n'empêche pas la méconnaissance des droits de la défense dans la mesure où il a connu en temps les griefs, dans sa qualité de président de la société qui était au même temps l'objet de la procédure de sanction : C.E.f. Sect. 27 oct. 2006. *M. Parent et Autres c/ AMF*, n° 276069, 277198, 277460, R.F.D.A. 2006, p. 1277.

⁶⁵⁸ Jean-Claude SOYER et Michel de SALVIA, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^e éd., Economica, Paris, 1999, p. 274.

⁶⁵⁹ « *Le droit de la défense (...) implique le droit d'être informé opportunément de l'existence d'une enquête* », Rafael LAFONT, *Naturaleza jurídica del derecho disciplinario*, op. cit. p. 61.

⁶⁶⁰ « (...) *la procédure régulière est exigeante en termes de légalité, parce qu'elle ne veut pas seulement que le fonctionnaire remplisse sa mission, mais aussi qu'il le fasse de la manière déterminée par l'ordonnement juridique* », C.c.c. Sentence T-049-93, 15 fév. 1993, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁶⁶¹ Par exemple, la procédure de sanction menée par la Surintendance financière est régulée, dans les aspects non expressément réglés par la norme spéciale, par le Code du contentieux administratif : art. 208, n° 4, b du décret n° 663 du 2 avril 1993, portant *Statut organique du système financier*. Il s'agit, notamment de la matière des notifications.

⁶⁶² « *Quand la procédure administrative engagée d'office peut compromettre directement des particuliers, ceux-ci seront informés de l'existence de cette procédure et de son objet* », art. 28 du C.C.A. L'art. 25, al. 2 du nouveau C.P.A.C.A. précise que cette information a pour objet de permettre l'exercice du droit de défense.

⁶⁶³ Art. 44 et suiv. du C.C.A.

⁶⁶⁴ « *Lorsqu'il est établi, grâce aux enquêtes préliminaires, qu'une procédure sanctionnatrice pourrait être engagée, cela doit être communiqué à la personne concernée. Au bout des enquêtes préliminaires, le cas échéant, seront arrêtés les griefs par un acte administratif (...) qui devra être notifié personnellement à la personne mise en cause* », Art. 47 al. 2 du C.P.A.C.A.

devra être notifié personnellement à la personne mise en cause⁶⁶⁵ qui aura un délai minimum de quinze jours pour préparer sa défense⁶⁶⁶.

La procédure disciplinaire est spéciale ; elle n'est pas régulée par le Code du contentieux administratif et par le Code de la procédure administrative et du contentieux administratif. Le Code disciplinaire unique oblige la notification personnelle à la personne concernée des différentes décisions dans la procédure disciplinaire : tout d'abord, de la décision d'engagement d'une enquête préliminaire ; ensuite, de la décision d'engagement d'une procédure formelle d'enquête disciplinaire ; enfin, de l'engagement d'une procédure de sanction par la notification des griefs⁶⁶⁷. Il s'agit de décisions devant être, dans les trois cas, motivées⁶⁶⁸. La personne mise en cause dispose d'un délai de dix jours pour présenter la réponse écrite à l'égard des griefs⁶⁶⁹.

2. L'accès au dossier

La défense ne saurait être efficace quand le dossier élaboré lors de la procédure de sanction est gardé secret pour la personne mise en cause. La motivation de la sanction permet de comprendre, *a posteriori*, les motifs de la décision alors que la communication du dossier est un moyen pour avertir des motifs pouvant donner lieu à l'adoption d'une sanction⁶⁷⁰. La compréhension pleine des griefs retenus demande, souvent, l'analyse des pièces du dossier ayant servi à la formulation des accusations. Dès lors, le délai de consultation du dossier correspond normalement au délai pour répondre aux griefs⁶⁷¹.

L'accès au dossier est, en droit français, une garantie constitutionnelle en matière de sanctions⁶⁷². Il s'agit d'un des droits de la défense qui n'est pas réservé à l'élaboration de sanctions administratives, mais qui s'étend à toute mesure prise en considération de la personne⁶⁷³. La communication du dossier n'est pas, néanmoins, automatique car la personne mise en cause doit demander la communication de son dossier⁶⁷⁴. L'autorité administrative ne commet pas un excès de pouvoir lorsqu'elle n'informe pas du droit de se faire communiquer le

⁶⁶⁵ La procédure de notification personnelle est décrite à partir de l'art. 67 du C.P.A.C.A.

⁶⁶⁶ Art. 47, al. 3 du C.P.A.C.A.

⁶⁶⁷ Art. 101 du C.D.U. La notification personnelle des griefs peut être réalisée avec la personne mise en cause ou avec son avocat : art. 165 du C.D.U.

⁶⁶⁸ Art. 97 du C.D.U.

⁶⁶⁹ Art. 166 du C.D.U.

⁶⁷⁰ « Cette disposition a pour but d'empêcher qu'aucun fonctionnaire ou employé puisse être frappé d'une peine disciplinaire sans avoir été avisé des motifs de la mesure prise contre lui et sans avoir été ainsi mis à même de présenter ses moyens de défense », C.E.f. 22 mai 1908, *Baudelot, Rec.*, p. 559.

⁶⁷¹ Par exemple, l'art. L. 463-2 du Code de commerce dispose que les personnes mises en cause par l'Autorité de la concurrence disposent d'un délai de deux mois pour répondre aux griefs et qu'ils pourront avoir accès au dossier. En droit colombien disciplinaire « Dès la notification des griefs, le dossier sera mis au secrétariat pendant dix jours pour être consulté par les sujets du procès qui pourront apporter et demander le recueil de preuves. Dans ce délai, l'enquêté ou son défenseur pourra répondre aux griefs », art.166 du C.D.U.

⁶⁷² L'accès au dossier est l'une des composantes du principe de respect des droits de la défense, principe fondamental reconnu par les lois de la République : C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18, § 29.

⁶⁷³ Art. 65 de la loi de finances du 22 avril 1905. Par conséquent, la requalification d'une mesure prise dans l'intérêt du service, en tant que sanction disciplinaire, n'entraîne pas, nécessairement, l'annulation de la décision pour méconnaissance des droits de la défense : C.E.f. 17 déc. 2007, *Dazard c/ Office national interprofessionnel des céréales, Office national interprofessionnel des grandes cultures*, req. n° 301317.

⁶⁷⁴ C.E.f. 27 avril 1966, *Choux, D.* 1966, II, p. 261.

dossier⁶⁷⁵. En droit colombien, l'accès au dossier de sanction fait partie du droit général d'accès aux documents administratifs, notamment du droit d'accès aux dossiers administratifs et à en faire des copies⁶⁷⁶. En matière de sanctions, l'accès au dossier est une « *garantie essentielle des administrés* »⁶⁷⁷. Il est reconnu, en matière disciplinaire, comme le premier des droits de la personne mise en cause⁶⁷⁸.

L'efficacité de la consultation dépend, *in concreto*, du contenu du dossier. En principe, le dossier doit contenir toutes les pièces qui ont été réunies lors des étapes préalables à la formulation des griefs et qui sont nécessaires à la défense⁶⁷⁹. Les pièces manquantes ne constituent pas une atteinte aux droits de la défense, à la condition que le contenu de ces pièces soit repris par une autre pièce existant dans le dossier⁶⁸⁰ ou qu'il s'agisse de pièces sans rapport avec les griefs⁶⁸¹. Tant en droit français qu'en droit colombien, la réserve de certaines pièces du dossier ne peut pas être opposée à la personne mise en cause⁶⁸² qui sera, néanmoins, soumise, le cas échéant, à un devoir de confidentialité⁶⁸³ ou à l'exclusion de la possibilité d'en faire des copies des pièces soumises à la réserve⁶⁸⁴.

L'engagement d'un contentieux en matière des sanctions exige que la personne soit mise en cause avant d'être sanctionnée. La personne est mise en cause à partir du moment où elle est informée des griefs qui ont été retenus à son égard. La précision et la clarté des griefs

⁶⁷⁵ C.E.f. 13 mai 1981, *Breton*, *Gaz. Pal.* 1982, II, p. 319 ; C.E.f. 11 juillet 1986, *Croissant*, *D.A.* 1986, n° 460.

⁶⁷⁶ « *Toutes les personnes pourront avoir accès aux dossiers administratif, hormis les parties soumises à réserve et à avoir des copies et des attestations concernant ces dossiers (...)* », art. 36, al. 3 du C.P.A.C.A. Cette norme correspond à l'art. 29, al. 3 du C.C.A.

⁶⁷⁷ C.E.c. Section 2, Sentence du 16 janvier 1984, affaire n° 5590, C.R. Álvaro ORJUELA.

⁶⁷⁸ Art. 92, n° 1 du C.D.U. déclaré constitutionnel par : C.c.c. Sentence C-430-97, 4 sept. 1997, M.R. Antonio BARRERA.

⁶⁷⁹ « *L'administration doit dans le cas où une procédure disciplinaire est engagée à l'encontre d'un fonctionnaire informer l'intéressé qu'il a le droit d'obtenir la communication intégrale de son dossier individuel et de tous les documents annexes et la possibilité de se faire assister par un ou plusieurs défenseurs de son choix. Les pièces du dossier et les documents annexes doivent être numérotés* », art. 1^{er} du décret n°84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État. Ce droit est aussi reconnu aux agents non titulaires (art. 37 du décret du 15 février 1988) et aux agents contractuels (C.E.f. 18 janv. 1985, *Forget*, *D.* 1986, I, p. 386, note CROUZAFON et PILLON. En général, « *Le dossier de l'instruction administrative est composé de toutes les pièces réunies par l'enquêteur et utiles au jugement de l'affaire* », Jean-Marie AUBY et al., *Droit de la fonction publique*, *op. cit.*, p. 428.

⁶⁸⁰ C.E.f. 23 sept. 1987, *M. Martineau*, n° 46136 ; C.E.f. 21 juin 1996, *Mlle Coupez*, n° 151991.

⁶⁸¹ C.E.f. 30 sept 1983, *Barré*, *Rec.*, p. 394.

⁶⁸² Par exemple, en matière des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence, l'art. L. 463-4 du Code de commerce dispose : « *Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles* ». En droit colombien, toute la procédure se déroulant avant l'adoption d'un arrêté des griefs est soumise à la réserve, néanmoins, cette réserve se met en place « *sans porter atteinte aux droits des sujets de la procédure* », art. 95 du C.D.U. Or, c'est dans le sens que la réserve ne peut pas être opposée à la personne mise en cause, qu'il faut interpréter le règlement intérieur de l'A.R.C.E.P. lorsqu'il dispose que « (...) *la partie mise en cause, qui a accès à l'ensemble des pièces du dossier, ainsi qu'à l'autre ou aux autres parties concernées sous réserve des secrets protégés par la loi* », art.23 al 2 de la décision n° 2006-0044 du 10 janvier 2006 portant modification du règlement intérieur.

⁶⁸³ Par exemple, concernant la procédure de sanction déroulée devant la Surintendance financière de Colombie, il est disposé que : « *Les procédures menées par la Surintendance bancaire ne pourront pas être soumises à réserve. Néanmoins, lorsque le dossier contient des éléments soumis à réserve par la Const. ou par la loi, les personnes accédant au dossier seront obligées de garder la réserve concernant le contenu de ces documents* », art. 208, n° 4, b, al. 2 du décret n° 663 du 2 avril 1993, portant *Statut organique du système financier*. En matière disciplinaire, la personne mise en cause est soumise à un devoir général de confidentialité prévu au dernier alinéa de l'art. 95 du C.D.U.

⁶⁸⁴ En droit disciplinaire colombien, l'art. 90 du C.D.U. énumère les droits des sujets de la procédure et le n° 4 consiste en le droit d'« *obtenir des copies du dossier, sauf dans le cas où la procédure est réservée en raison de la Constitution ou de la loi* ».

ne portent pas préjudice à la présomption d'innocence quand son respect est exigé. La compréhension absolue des inculpations faites est une condition essentielle pour la contestation de la part de la personne mise en cause, c'est-à-dire pour l'exercice de sa défense. Or, seule une défense matérielle ou utile permet l'exercice de la fonction contentieuse. Pour permettre une telle défense contentieuse, il est nécessaire que la personne mise en cause soit informée de l'engagement de la procédure de sanction, même si la participation de la personne concernée peut être admise avant d'être mise en cause, mais non à titre contentieux. De même, l'accès au dossier peut être permis avant la formulation des griefs ; mais, la raison d'être primaire de la communication du dossier consiste à permettre la discussion des griefs.

B. La discussion des griefs

L'ensemble des procédures de sanction administrative n'est pas, *stricto sensu*, contradictoire ; les procédures de sanction sont du moins auditives⁶⁸⁵. Or, la discussion des griefs nécessaires au contentieux administratif non juridictionnel, en matière de sanctions, ne se vérifie pas exclusivement dans le cas de la procédure entièrement contradictoire, c'est-à-dire celle où les arguments et les preuves sont soumis à une dialectique continue⁶⁸⁶. Dans la procédure auditive en matière de sanctions, l'audition de la personne mise en cause a pour objet de permettre la réponse aux griefs. La réponse est une forme de discussion, même si, éventuellement, la personne ne trouve retour à ses arguments que dans la décision finale. En d'autres termes, le contentieux est engagé entre l'administration qui formule des griefs et la personne mise en cause qui répond. Les différences entre la procédure auditive et la procédure pleinement contradictoire se manifestent dans les moyens de la défense (1). Or, la défense efficace ne se satisfait pas tout le temps par la mise à disposition des moyens de défense, dans la mesure où son exercice efficace requiert, le cas échéant, l'assistance à la personne mise en cause (2).

1. Les moyens de la défense

L'objet de la procédure de sanction consiste à établir la vérité matérielle des faits pouvant justifier ou exclure l'adoption d'une sanction. La défense de la personne mise en cause n'est pas ainsi conçue exclusivement dans le bénéfice de celle-ci, mais, aussi, au bénéfice de la quête de vérité⁶⁸⁷. Les moyens de défense offerts à la personne mise en cause sont de deux types : la défense orale et la défense écrite (a) où se trouve le minimum commun des procédures de sanctions et la participation à l'instruction (b) qui n'est pas toujours admise de la même façon.

⁶⁸⁵ « Il convient de parler ici de l'exercice d'un droit d'être entendu (...) – on pourrait dire d'une procédure auditive- », Olivier GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Bibliothèque de droit public, t. 151, L.G.D.J., Paris, 1988, p. 54.

⁶⁸⁶ La procédure contradictoire suppose « l'échange d'arguments préalable à la décision à prendre », *idem*.

⁶⁸⁷ C.E.f. 14 janvier 1916, *Camino, Rec.*, p. 15.

a. La défense orale et la défense écrite

La possibilité d'être entendu avant le prononcé de la sanction constitue la manifestation la plus simple du droit de la défense. La version des faits livrée par la personne concernée est un témoignage d'exception qui permet à cette personne d'exposer aussi ses impressions et ses arguments. Or, le droit d'être entendu n'a pas toujours connu un caractère général ni en France ni en Colombie.

En France, la possibilité de demander son audition est généralement exclue pendant l'enquête où la personne objet de la procédure n'est pas nécessairement au courant de l'existence de cette procédure préliminaire⁶⁸⁸. La personne chargée de l'enquête est parfois autorisée à entendre la personne concernée, au même titre qu'il peut auditionner toute autre personne dont le témoignage peut servir à l'enquête. Il s'agit d'une audition admise au titre de l'efficacité de l'enquête, et non des droits de la défense, car aucune inculpation n'a encore été formulée. L'exclusion de la personne concernée pendant l'enquête ne compromet pas le caractère équitable de l'ensemble de la procédure dans la mesure où la personne concernée pourra exercer sa défense à partir de la notification des griefs⁶⁸⁹. Or, après la formulation des griefs, l'audition de la personne mise en cause n'était admise que si un texte le prévoyait expressément⁶⁹⁰. Cela s'expliquait dans le contexte de procédures essentiellement écrites permettant de présenter sa défense par ces moyens⁶⁹¹. Néanmoins, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, a reconnu un droit général de se faire entendre avant le prononcé d'une décision devant être motivée⁶⁹², dont les sanctions restent l'exemple phare. Cette norme ne s'applique pas lorsqu'il existe des procédures contradictoires spéciales⁶⁹³, ce qui signifie que les droits de la défense seront mieux garantis par cette procédure spéciale. L'audition ne pourra être rejetée que

⁶⁸⁸ L'enquête « est antérieure à l'ouverture de la procédure disciplinaire », Le fonctionnaire pendant enquête n'a pas droit de se faire entendre : C.E.f. 30 janv. 1953, *Sieur Lubin, Rec.*, p. 44. L'enquête n'est pas contradictoire : C.E.f. 17 déc. 1993, *Centre hospitalier de Cholet*, req. n° 126524

⁶⁸⁹ « (...) le caractère contradictoire de la procédure disciplinaire suffit à purger le défaut de contradictoire lors de l'enquête préalable (...) », Mattias GUYOMAR, concl. sur C.E.f. 31 mars 2004, *Société Etna Finance*, n° 243579, P.A. 29 juillet 2005, n°150, p. 14.

⁶⁹⁰ Le principe était qu'aucune « disposition, ni aucun principe général ne faisait obligation au rapporteur de l'affaire d'entendre le requérant », C.E.f. 4 oct. 1978, *Rec.*, p. 346. Cf. C.E.f. 13 mars 1981, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, Rec.*, p. 135 ; D. 1981, p. 418, note GAVALDA ; *Gaz. Pal.* 1982, I, p. 280, note GOHIN ; R.D.P. 1981, p. 1428, note GAUDEMET ; C.E.f. 23 nov. 1994, *Association Expressions Maghrébines au Féminin, Gaz. Pal.*, 28-29 juillet 1995, n° 209-210, p. 87 ; C.E.f. 18 mai 1998, *Société Info Première « Réussir FM »*, R.F.D.A. 1998, p. 893.

⁶⁹¹ « En France, nous sommes un pays de droit écrit : les nouveaux venus à la vie politique doivent produire un acte d'état civil, et nous n'admettrions pas qu'on puisse dire : « j'existe, donc je suis » », Jean ROMIEU, conclusions sur C.E.f. 2 déc. 1982, *Mogambury, Rec.*, p. 837.

⁶⁹² « Exception faite des cas où il est statué sur une demande, les décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1^{er} et 2^e de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 (...) n'interviennent qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales (...) L'autorité administrative n'est pas tenue de satisfaire les demandes d'audition abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique (...) », art. 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.

⁶⁹³ La dernière partie de l'art. 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dispose : « Les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables : 1° En cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles ; 2° Lorsque leur mise en œuvre serait de nature à compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales ; 3° Aux décisions pour lesquelles des dispositions législatives ont instauré une procédure contradictoire particulière ». Aucune raison d'urgence ne pourrait justifier la négation du droit d'être entendu avant l'adoption d'une sanction ; il ne s'agit pas de mesures conservatoires. En revanche, la question des raisons d'ordre public pourrait se poser, par exemple, lorsque l'audition d'une personne peut objectivement provoquer des désordres en raison de circonstances particulières de l'affaire. Or, même dans ce cas, l'audition pourrait se dérouler autrement, sans avoir à faire déplacer la personne si l'on considère que son déplacement pourrait troubler l'ordre public.

lorsqu'elle est considérée comme abusive, ce qui ne saurait jamais être une première demande d'audition. En outre, cette norme ne signifie pas un bouleversement quant à l'exclusion de principe de l'audition de la personne pendant l'enquête, dans la mesure où l'audition demandée doit être réalisée avant l'adoption de la sanction, ce qui veut dire qu'elle intervient normalement après la formulation des griefs. Visant le caractère utile de la défense, il est reconnu le droit de parler en dernier en matière disciplinaire⁶⁹⁴, devant le Conseil de discipline⁶⁹⁵. Ainsi, la possibilité de parler en dernier avant le délibéré est un bon moyen de permettre à la personne mise en cause de répondre à l'ensemble des arguments exposés à l'audience⁶⁹⁶.

En droit colombien, il n'existe pas un droit spécial concernant la possibilité de se faire auditionner avant l'adoption des sanctions, sauf des normes spéciales⁶⁹⁷; mais, cette possibilité est couverte par le droit de la défense de la procédure régulière du droit⁶⁹⁸. La procédure disciplinaire montre la portée donnée par le juge constitutionnel à la possibilité de se faire auditionner comme l'un des droits de la défense. La Cour constitutionnelle a censuré des dispositions de l'ancien Code disciplinaire unique prévoyant que la personne concernée pouvait discrétionnairement être entendue pendant l'enquête préliminaire⁶⁹⁹ et que son audition pendant l'enquête formelle, avant la formulation des griefs, était une compétence discrétionnaire du fonctionnaire chargé de l'instruction, qui était seulement possible lorsqu'il existait des doutes quant à l'auteur de la faute disciplinaire ou quant à sa responsabilité⁷⁰⁰. Pour la Cour, rien ne s'oppose sérieusement à la négation du droit de livrer sa version libre des

⁶⁹⁴ Le droit de parler en dernier a été reconnu avant l'influence de la Conv. E.D.H., lors d'examen *in concreto* du respect des droits de la défense, visant à établir si la personne mise en cause avait été en mesure de répondre aux « éléments nouveaux », C.E.f. 30 sept 1983, *Barré, Rec.*, p. 394.

⁶⁹⁵ « Ils doivent être invités à présenter d'ultimes observations avant que le conseil ne commence à délibérer », art. 5, al 5 du décret n°84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État. Cf. C.A.A. Paris, 28 oct. 2005, *B.*, *A.J.D.A.* 2006, p. 165.

⁶⁹⁶ Lors de l'audience de la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, « le président de la formation saisie peut faire entendre toute personne dont il estime l'audition utile. Dans tous les cas, la personne mise en cause et, le cas échéant, son conseil doivent pouvoir prendre la parole en dernier », art. R. 621-40, II du Code monétaire et financier. Le droit de parler en dernier est expressément reconnu aussi devant la C.N.I.L. art. 77 du décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005; pour les sanctions prononcées par la C.A.D.A. art. 24 du décret n°2005-1755 du 30 décembre 2005. Pour les sanctions prononcées par l'Autorité de régulation des mesures techniques en matière de droits d'auteur: art. R. 331-21, I, al. 3 du Code de la propriété intellectuelle; en matière de lutte contre le dopage sportif: art R. 232-86 du Code du sport, Article Annexe II-2, art. 23, al 2.

⁶⁹⁷ Par exemple, en matière disciplinaire le droit d'être entendu en tout moment, avant la décision de premier ressort, est l'un des droits de la personne objet d'une enquête formelle: art. 92, relatif aux droits de la personne enquêtée, n° 3.

⁶⁹⁸ C.c.c. Sentence C-175-01, 14 fév. 2001, M.R. Alfredo BELTRAN.

⁶⁹⁹ L'art. 140 de la loi n° 200 du 28 juillet de 1995 disposait que « Pour les finalités de l'enquête préliminaire (...) le serviteur public pourra être entendu si cela est nécessaire pour l'individualisation des auteurs du comportement enquêté », Le caractère facultatif de l'audition pendant l'enquête préliminaire a été déclaré contraire à la Const.c., car cela « constitue pour cette personne, l'exercice légitime de son droit de la défense en tant que personne éventuellement enquêtée et, par conséquent, cette audition ne peut être laissée au discrétionnaire de l'enquêteur », C.c.c. Sentence C-892-99, 10 nov. 1999, M.R. Alfredo BELTRAN.

⁷⁰⁰ L'art. 147 al. 1^{er} de la loi n° 200 du 28 juillet 1995 disposait: « lorsque la personne prend connaissance de l'existence d'une enquête disciplinaire à son encontre et avant l'adoption des griefs, elle pourra demander d'être entendue de façon spontanée. Cette audition sera acceptée lorsque le fonctionnaire chargé de l'enquête considère qu'il existe des doutes quant à l'identification de l'auteur de la faute. Si ce n'est pas le cas, l'audition sera refusée ». Les parties soulignées ont été déclarées contraires à la Constitution: C.c.c. Sentence C-430-97, 4 sept. 1997, M.R. Antonio BARRERA. De plus, cette décision a confirmé le droit d'être entendu pendant l'enquête préliminaire. Le nouveau C.D.U. (art. 150 al. 5) avait reproduit le caractère facultatif de l'audition de la personne enquêtée. La Cour constitutionnelle a déclaré à nouveau cette prérogative comme contraire à la Const.c.: C.c.c. Sentence C-1076-02, 5 déc. 2002, M.R. Clara VARGAS.

faits pendant l'enquête préliminaire⁷⁰¹ et, *a fortiori*, l'audition de la personne enquêtée ne peut rester dans le discrétionnaire de l'enquêteur pendant l'enquête conduisant à la formulation des griefs. Il est question, néanmoins, de rappeler qu'avant la formulation des griefs, la participation de la personne concernée n'est pas à titre contentieux ; mais, il s'agit d'une des situations dans lesquelles la personne est associée à la décision afin d'améliorer cette dernière. Dans ce cas, la personne pourra viser à éviter la formulation des griefs alors que la fonction contentieuse de l'administration n'existe qu'à partir de l'inculpation. La procédure générale pour l'adoption de sanctions administratives, prévue dans le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif, ne prévoit pas le droit d'être entendu. Néanmoins, il est à prévoir que ce droit sera reconnu par la voie jurisprudentielle dans la mesure où le droit de la défense est un droit fondamental qui pourra être l'objet d'une action en tutela.

Excepté l'audition de la personne concernée par la procédure, la défense de la personne mise en cause en France, comme en Colombie, se manifeste de façon écrite, par la réponse donnée aux griefs. En France, la possibilité de répondre par écrit aux griefs est un droit général en matière de sanction. En Colombie, la réponse écrite aux griefs est de l'essence des droits de la défense⁷⁰². En droit disciplinaire, il est aussi reconnu le droit de présenter un mémoire de défense conclusif, juste avant le délibéré⁷⁰³, de même que dans la procédure sanctionnatrice générale⁷⁰⁴. Puisque les griefs sont essentiellement un document écrit, porté à la connaissance de la personne qui est désormais mise en cause, sa réponse écrite est logiquement attendue et cela représente le noyau dur des droits de la défense⁷⁰⁵.

b. La participation à l'instruction

La charge de prouver la réalisation des infractions et la participation de la personne mise en cause correspond, en règle générale, à l'autorité sanctionnatrice⁷⁰⁶. L'instruction est ainsi une opération menée d'office, inquisitoire, même dans les cas où la procédure a été engagée à la suite d'une saisine, d'une plainte ou d'une dénonciation. Néanmoins, il est de

⁷⁰¹ « (...) le droit de la défense doit être garanti de façon permanente, c'est-à-dire pendant les étapes d'enquête préliminaire, d'enquête formelle et de décision. Dès lors, il n'existe pas de justification à la restriction faite au droit d'être entendu pendant l'enquête préliminaire », C.c.c. Sentence C-430-97, 4 sept. 1997, M.R. Antonio BARRERA.

⁷⁰² Le nouveau C.P.A.C.A. régulant la procédure sanctionnatrice générale dispose que *Les personnes enquêtées pourront, dans les quinze jours postérieurs à la notification des griefs, déposer un mémoire en réponse* », art. 47 al 3. En matière disciplinaire, il s'agit du « droit de réponse ou droit de contester un par un, tous les éléments sur lesquels l'administration s'appuie pour formuler l'accusation », Jorge RINCON, *Derecho administrativo laboral, op. cit.*, p. 583.

⁷⁰³ « La personne enquêtée a le droit de: (...) 5. Déposer un mémoire en réponse aux griefs (...) 8. Déposer un mémoire conclusif, avant la décision de premier ressort ou de ressort unique », art. 92 du C.D.U.

⁷⁰⁴ « À la fin du délai d'instruction, la personne mise en cause aura un délai de dix jours pour déposer des allégations conclusives », art. 48 du C.P.A.C.A.

⁷⁰⁵ La modification des griefs doit dès lors être portée à la discussion : C.E.D.H. 25 mars 1999, *Pélessier et Sassi c/ France, Rec.*, 1999-II, § 51 ; D. 2000. 357, note ROETS ; R.T.D.H. 2000. 281, obs. FLECHEUX et MASSIS. Certes, la décision porte sur la procédure juridictionnelle pénale, mais le principe de la défense à l'égard des griefs est le même ; « (...) peu importe qu'il ait été cité directement devant les instances judiciaires, technique de poursuite visant à la simplification de la procédure, dès lors qu'il eut pleinement l'occasion de discuter des accusations portées contre lui (...) », C.E.D.H. 11 janvier 2000, *Le Meignen c/ France*, déc. n° 41.544/98.

⁷⁰⁶ C.E.f. 8 juin 1966, *Banse, Rec.*, t., p. 1011. En droit disciplinaire colombien, l'art. 128 du C.D.U. dispose que « Toutes les décisions préparatoires et la décision sur le fond doivent être motivées sur des preuves régulièrement introduites à la procédure, par la demande d'un sujet de la procédure ou par décision d'office. La charge de la preuve incombe à l'État ».

l'intérêt de la personne concernée par l'instruction d'y participer afin d'apporter les éléments nécessaires à sa défense ou, du moins, à veiller à ce que l'instruction ne se déroule pas de façon irrégulière à son encontre. La participation à l'instruction consiste ainsi en la possibilité de faire parvenir des preuves à l'appui de sa défense, de demander le recueil de preuves dont la personne mise en cause ne dispose pas personnellement et de participer activement au déroulement du recueil des preuves, pouvant intervenir et contester sa régularité et sa portée.

En droit français, la question de la participation de la personne mise en cause à l'instruction ne se pose pas dans des termes d'un éventuel droit à la preuve de la personne mise en cause, tel qu'il est reconnu en droit privé⁷⁰⁷. En matière de sanctions administratives, l'instruction des affaires n'est pas, souvent, une recherche approfondie de preuves ; l'instruction se termine lorsque l'autorité sanctionnatrice se considère comme suffisamment éclairée⁷⁰⁸. La question du droit à la preuve, ou plutôt de la possibilité d'apporter des éléments de preuve à l'appui de sa défense, se pose principalement quant à l'audition des témoins, quant à la possibilité d'interroger ceux présentés en charge⁷⁰⁹ et, le cas échéant, de les confronter. Or, la possibilité de faire auditionner des témoins n'est un droit, en matière sanctionnatrice, que dans le cas où un texte le reconnaît⁷¹⁰. En matière disciplinaire, la citation des témoins est prévue par les textes, ainsi que la possibilité de les interroger et de les confronter⁷¹¹. Les droits de la défense impliquent que les témoins soient auditionnés en présence de la personne mise en cause⁷¹² ; mais, la confrontation des témoins n'est pas obligatoire⁷¹³. Plus largement, la possibilité d'apporter des preuves et de demander le recueil de preuves à l'appui de sa défense, par exemple, la visite des lieux, matérialise la possibilité d'exercer une défense efficace. Ces formes d'instruction sont prévues par des normes spéciales, notamment lorsqu'il est possible de faire appel à des experts à la demande de la personne mise en cause⁷¹⁴. Il revient au juge de déterminer, au cas par cas, si dans les faits de

⁷⁰⁷ La Cour de cassation a tout d'abord reconnu l'existence d'un droit à la preuve prévue au Code de procédure civile (C.cass. comm. 24 mars 1987, *Sté inter salaisons*, n° 85-15.571) ; ensuite, le droit à la preuve prévu au Code de procédure pénale (C.cass. crim. 17 juin 1998, *X...Charles*, 97-81.729) ; enfin, le droit à la preuve issu de l'art. 6 § 1 de la Conv. E.D.H. (C.cass. comm. 17 juillet 2001, *M.X.*, n° 98-23.453, tout en précisant la filiation du droit à la preuve avec le droit au juge : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal, ce qui implique qu'elle ait le droit à la preuve et que ce droit soit garanti par le juge », C.cass. civile, chambre sociale, 6 oct. 2010, *Mme X*, n° 08-45.106 08-70.296.

⁷⁰⁸ « De ce point de vue, la forme de l'action administrative est identique pour les matières répressives et les matières non répressives », Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, op. cit., p. 337.

⁷⁰⁹ L'art. 6 § 3, d, de la Conv. E.D.H. reconnaît le droit d'« interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge »

⁷¹⁰ C.E.f. 23 oct. 1931, *Lota, Rec.*, p. 886 ; C.E.f. 12 nov. 1948, *De Mazières, Rec.*, p. 421 ; C.E.f. 19 mars 1954, *Lettré, Rec.*, p. 806 ; C.E.f. 30 sept. 1983, *Barré, Rec.*, p. 394 ; C.E.f. 2 mars 1984, *Fédération des affaires sociales, Rec.*, p. 658 ; D.A. 1984, n° 169 ; R.A. 1984, p. 589, note PACTEAU ; C.E.f. 9 déc. 1988, *Kessler, Rec.*, p. 436.

⁷¹¹ « Le conseil de discipline entend séparément chaque témoin cité. À la demande d'un membre du conseil, du fonctionnaire poursuivi ou de son ou de ses défenseurs, le président peut décider de procéder à une confrontation des témoins, ou à une nouvelle audition d'un témoin déjà entendu. Le fonctionnaire et, le cas échéant, son ou ses défenseurs peuvent, à tout moment de la procédure devant le conseil de discipline, demander au président l'autorisation d'intervenir afin de présenter des observations orales. Ils doivent être invités à présenter d'ultimes observations avant que le conseil ne commence à délibérer », art. 5 al 3, 4, 5 du décret n°84-961 du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État. Le droit de faire auditionner des témoins est reconnu dans la procédure de la fonction publique hospitalière (art. 83, al. 3 Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986). L'audition des témoins et la possibilité de confrontation sont aussi prévues lors de la procédure disciplinaire des fonctionnaires territoriaux (art. 9, al. 2 du décret 89-677 du 18 sept. 1989).

⁷¹² C.E.f. 30 nov. 1949, *Sieur de Saint-Thibault, Rec.*, p. 516 ; C.E.f. 2 juin 1954, *Sieur Peyrethon, Rec.*, p. 325 ; C.E.f. 5 déc. 1958, *Dupré, Rec.*, p. 617.

⁷¹³ C.E.f. 30 janvier 1953, *Lubin, Rec.*, p. 44.

⁷¹⁴ La personne mise en cause peut demander à faire appel à un expert lors d'une procédure de sanction devant l'Autorité de la concurrence (art. L. 463-8 du Code de commerce). L'Autorité des marchés financiers peut avoir

l'espèce, la négative de recueillir un certain élément de preuve porte une atteinte matérielle aux droits de la défense.

En droit colombien, la procédure administrative générale matérialise un véritable droit à la preuve : les administrés ont la possibilité, dans l'ensemble des procédures administratives, d'apporter et de demander le recueil de preuves⁷¹⁵. Cette norme s'applique aux procédures sanctionnatrices ne prévoyant pas de normes spéciales en matière d'instruction de l'affaire⁷¹⁶. Le droit d'apporter et de demander le recueil de preuves, de participer à son recueil et de les contredire est expressément reconnu en matière disciplinaire⁷¹⁷ et le nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif reconnaît expressément le droit à la preuve en matière de sanctions administratives⁷¹⁸ qui pourra être exercé pendant l'instruction de l'affaire⁷¹⁹. En droit colombien, la personne mise en cause a le droit à la preuve, dans ses trois composantes : tout d'abord, elle a droit d'apporter et de demander le recueil de tous les moyens de preuve, à la condition que l'élément de preuve demandé soit considéré comme pertinent et nécessaire⁷²⁰. Ensuite, le droit à la preuve emporte la possibilité de contredire les preuves qui sont recueillies en charge. Enfin, le droit à la preuve exige que les preuves apportées ou demandées par la personne mise en cause soient prises en considération au moment du délibéré⁷²¹. Le droit à la preuve a un fondement constitutionnel dans le droit fondamental à la procédure régulière du droit applicable en matière administrative⁷²² et, par

recours à des experts (art. L. 621-9-2, n° 2) ; mais, rien n'indique que cette mesure d'instruction puisse être demandée par la personne mise en cause.

⁷¹⁵ « Lors des procédures administratives, il est possible de demander le recueil de preuves et de les apporter, sans avoir à réaliser de démarches spéciales. Les preuves peuvent être recueillies d'office ou sur la demande de l'intéressé », art. 34 du C.C.A. Cette norme correspond à l'art. 40 du C.P.A.C.A qui précise : « La personne intéressée aura l'opportunité de contester les preuves recueillies, avant l'adoption de la décision du fond ». Les normes colombiennes reconnaissant le droit à la preuve se rapprochent de la situation existant dans d'autres systèmes, notamment en Espagne, aux États-Unis, en Allemagne et en Italie : cf. Frank MODERNE, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, op. cit., p. 304.

⁷¹⁶ Les procédures administratives régulées par des lois spéciales ne seront régulées par ce Code que dans les sujets non prévus par les lois spéciales », art. 1^{er}, al. 2 du C.C.A. Cette norme correspond à l'art. 2, al. 3 du C.P.A.C.A.

⁷¹⁷ « La personne objet de la procédure disciplinaire a le droit de : (...) 4. Apporter ou demander le recueil de preuves, contester les preuves recueillies et participer au recueil des preuves », art. 92 du C.D.U.

⁷¹⁸ La personne enquêtée peut « (...) apporter ou demander le recueil des preuves qu'il prétend utiliser pour sa défense (...) », art. 47 al 3 du C.P.A.C.A.

⁷¹⁹ Pour le recueil des preuves il devra être fixé un délai non supérieur à 30 jours. Dans le cas où les enquêtés sont trois ou plus ou que les preuves seront recueillies à l'étranger, cette période ne pourra pas dépasser 60 jours. Après la période de recueil des preuves, la personne enquêtée dispose d'un délai de 10 jours pour présenter un mémoire en réponse », art. 48 du C.P.A.C.A.

⁷²⁰ « (...) les preuves impertinentes, celles dépourvues de force démonstrative pour les faits de l'espèce et les preuves superflues seront rejetées par une décision motivée. Les preuves recueillies illégalement ne sont pas prises en compte », art. 47 al 3 du C.P.A.C.A. La même norme est prévue à l'art. 132 du C.D.U. Pour la Cour constitutionnelle, « La demande de recueil de preuves doit être examinée objectivement par l'enquêteur. Il doit prendre en considération que le rejet d'une preuve utile, constitue une méconnaissance grave du droit de la défense et de la procédure régulière du droit. Le droit d'apporter et de demander des preuves et de contredire celles recueillies en charge est un droit constitutionnel fondamental (...) pour décider une demande en matière de preuves, l'enquêteur doit être extrêmement prudent et, en cas de hésitation, il doit autoriser le recueil de la preuve », C.c.c. Sentence T-393-94, 3 sept. 1994, M.R. Antonio BARRERA. Cf. C.c.c. Sentence SU-201-94, 21 avril 1994, M.R. Antonio BARRERA.

⁷²¹ « Le droit à la preuve ne se satisfait pas seulement du recueil de la preuve et de son examen ; ce droit exige que la preuve recueillie ait une incidence logique, conformément à son importance à l'égard des autres éléments de preuve, lors de la décision sur le fond », C.c.c. Sentence T-555-99, 2 août 1999, M.R. José HERNANDEZ.

⁷²² « D'après l'art. 29 de la Const., la personne inculpée a le droit de la défense et, partant, cette norme qui répond à un principe de justice, contient aussi le droit constitutionnel de contredire les preuves à son encontre, d'apporter des preuves et de demander le recueil de celles à l'appui de sa défense », C.c.c. Sentence T-555-99, 2 août 1999, M.R. José HERNANDEZ.

conséquent, il peut être l'objet de la protection juridictionnelle rapide de l'action en tutela⁷²³. Le droit à la preuve peut être exercé avant la formulation des griefs visant à éviter l'engagement de la procédure de sanction proprement dite⁷²⁴. Il est même possible de contredire les preuves en charge, avant la formulation des griefs⁷²⁵. Néanmoins, l'exercice du droit constitutionnel de prouver, d'apporter et de demander le recueil de preuves, est un véritable moyen de défense lorsque les griefs ont été formulés⁷²⁶.

2. L'assistance à la personne mise en cause

L'efficacité de la défense est souvent mise à l'épreuve, lorsque la personne mise en cause ne dispose pas des connaissances et des habilités nécessaires pour répondre efficacement aux inculpations. C'est dans ces circonstances que la possibilité d'être assisté par une personne de son choix devient un élément essentiel de la défense, afin de permettre la discussion utile des griefs. Dans cette matière, le droit français et le droit colombien présentent des différences quant à la portée du droit d'avoir un conseil.

En droit français, comme en droit colombien, la possibilité d'être représenté par un avocat est une garantie fondamentale de la procédure pénale, à un point tel qu'il existe des mécanismes subsidiaires visant à garantir ce droit. En droit français et en droit colombien, lorsque la personne ne dispose pas d'un avocat, il est nommé un avocat commis d'office qui devra garantir les droits de l'inculpé. À l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme, l'assistance d'un avocat est exigée dès les phases administratives de l'accusation en matière pénale et la méconnaissance de cette garantie n'est pas rattrapable par une intervention ultérieure d'un avocat⁷²⁷. En outre, en droit français, il existe la possibilité de se voir attribuer l'aide juridictionnelle⁷²⁸, un moyen non réservé à la procédure pénale. Il s'agit d'un instrument lié aux droits de la défense lors d'une instance juridictionnelle et, par conséquent, le Conseil d'État refuse d'élargir le champ d'application de l'aide juridictionnelle aux procédures administratives de sanction⁷²⁹, ce qui n'est pas exempté de critiques, pour

⁷²³ « L'action en tutela est possible lorsque les preuves n'ont pas été examinées ou lorsque certains éléments de preuve ont été ignorés, ainsi que dans le cas où le droit à la preuve est refusé à l'une des parties ou lorsqu'il existe des éléments de preuve conduisant objectivement à une conclusion qui est, pourtant, ignorée par une erreur manifeste ou par négligence », C.c.c. Sentence T-555-99, 2 août 1999, M.R. José HERNANDEZ.

⁷²⁴ L'art. 92 du C.D.U. relatif aux droits de la personne enquêtée et mise en cause dispose que l'un des droits est celui de « demander le recueil de preuves ou apporter des preuves et participer au recueil », n°4. Il ne s'agit pas d'un droit réservé à la personne mise en cause dans la mesure où la formulation des griefs, en droit disciplinaire colombien, est le résultat d'une instruction menée avec la participation de la personne concernée. Les griefs seront arrêtés « quand il existe des éléments de preuve permettant la formulation de griefs », art. 161 du C.D.U. c'est-à-dire « quand l'existence de la faute est objectivement démontrée et que les preuves mettent en cause à la personne enquêtée », art. 162 du C.D.U.

⁷²⁵ « Les sujets de la procédure pourront contredire les preuves dès le moment où ils ont accès à la procédure disciplinaire », art. 138 du C.D.U.

⁷²⁶ « Quand lors de l'enquête formelle, il existe des éléments de preuve sur l'existence de la faute et mettant en cause la personne, il est possible d'ouvrir l'étape d'examen de l'affaire. Ici, des griefs seront formulés, ils seront notifiés à la personne mise en cause qui aura un délai pour répondre et pour demander des preuves. Cette étape se termine par une décision déclarant la responsabilité ou l'absence de responsabilité, qui peut être contestée par des recours administratifs ou l'objet d'une mesure de révocation directe », C.c.c. Sentence C-430-97, 4 sept. 1997, M.R. Antonio BARRERA.

⁷²⁷ Concernant les enquêtes préliminaires : C.E.D.H. 21 avril 1998, *Daud c Portugal Rec II*, p. 750, § 43.

⁷²⁸ L'aide juridictionnelle est reconnue par la loi 91-64 du 10 juillet 1991 qui a été modifiée par l'ordonnance 2005-1526 du 8 décembre 2005.

⁷²⁹ « (...) le droit à l'assistance gratuite d'un avocat relève des (...) procédures juridictionnelles ; que, par suite, sa méconnaissance ne peut utilement être invoquée par des requérants à l'encontre d'une décision de ces

considérer qu'il s'agit d'une décision formaliste et anachronique⁷³⁰. En droit colombien, il existe un mécanisme semblable à l'aide juridictionnelle, attribué lorsque la pauvreté de la personne ne lui permet pas de faire face aux dépenses liées à l'instance⁷³¹. Cette mesure s'accompagne de la désignation d'un avocat pour représenter au bénéficiaire du dispositif d'aide processuelle aux personnes pauvres⁷³². Or, cette possibilité qui s'applique par extension à toutes les procédures juridictionnelles dont celles de la justice arbitrale⁷³³, comme un instrument lié au droit d'accès à la juridiction⁷³⁴, ne concerne pas les procédures administratives de sanction.

Lorsqu'il s'agit de procédures administratives, le principe consiste en la possibilité d'agir sans avocat⁷³⁵. En matière de sanctions, en droit français, des textes spéciaux reconnaissent la possibilité de choisir un conseil qui ne sera pas nécessairement un avocat⁷³⁶. Le droit de se faire assister a été reconnu, de façon générale, au titre des droits de la défense⁷³⁷ ; mais, ce droit n'a pas, pourtant, un caractère absolu dans la mesure où il peut être expressément exclu par des normes spéciales⁷³⁸. Lorsque la possibilité d'avoir un conseil n'est pas exclue, il n'est obligatoire pour l'autorité notifiant les griefs de rappeler le droit de se faire assister par un conseil que si un texte le dispose expressément⁷³⁹ et, cela, alors même que la sanction pouvant être prononcée est de celles devant respecter les garanties prévues à l'article 6 § 3⁷⁴⁰ de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁷⁴¹.

En droit colombien, la possibilité de se faire assister par un conseil est un droit lié au droit constitutionnel à la procédure régulière du droit en matière administrative et, par

organismes », C.E.f. Sect., 27 oct. 2006, *M. PARENT et Autres c/ AMF*, n° 276069, 277198, 277460 ; *R.F.D.A.* 2006, p. 1277.

⁷³⁰ « *Le refus du Conseil d'État de reconnaître l'inconventionnalité de la Loi (...) relative à l'aide juridique, en ce qu'elle ne s'applique pas à l'AMF, apparaît ainsi en décalage avec le souci de garantir la pleine application du principe du contradictoire dès la phase administrative de la procédure de sanction* », Martin COLLET, « *Autorités de régulation et procès équitable* », *A.J.D.A.* 2007, p. 80.

⁷³¹ Art. 160 du C.P.C.c.

⁷³² « *Dans la même décision concédant le mécanisme de protection à la pauvreté, le juge désigne l'avocat qui représentera la personne bénéficiant de la protection à la pauvreté, sauf si cette personne a déjà nommé un défenseur* », art. 163, al. 2 du C.P.C.c.

⁷³³ C.c.c. Sentence C-330-00, 22 mars 2000, M.R. Carlos GAVIRIA.

⁷³⁴ C.E.c. Section 4, Ordonnance du 19 avril 2007, affaire n° 16377, C.R. María ORTIZ.

⁷³⁵ « (...) *en principe, les démarches réalisées devant les autorités administratives n'exigent pas la représentation d'un avocat, sauf des exceptions prévues par la loi* », C.c.c. Sentence T-467-95, 18 oct. 1995, M.R. Vladimiro NARANJO.

⁷³⁶ « *Toute personne convoquée a le droit de se faire assister ou représenter par un conseil de son choix* », art. L. 612-38 du Code monétaire et financier. Ce droit est aussi reconnu pendant l'étape dite de composition administrative (art. R. 621-37-1 du Code monétaire et financier) ; devant le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, « *La personne poursuivie est entendue et peut se faire assister d'un avocat* », art. R. 321-47 du Code de commerce ; devant l'Autorité de la concurrence, les personnes poursuivies « *peuvent se faire assister d'un conseil* », Article R. 464-9-1, al. 2 du Code de commerce.

⁷³⁷ C.E.f. 8 nov. 1963, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Lacour*, *D.* 1964, p. 492, note MAESTRE.

⁷³⁸ C.E.f. 23 mars 1962, *Mast*, *Rec.*, p. 203 ; *A.J.D.A.* 1962, p. 310 ; C.E.f. 30 nov. 1962, *Guignon*, *D.A.* 1962, n° 424 ; L'exclusion peut être faite par « *les dispositions statutaires régissant les personnes intéressées* », C.E.f. 8 nov. 1963, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Lacour*, *D.* 1964, p. 492, note MAESTRE ; C.E.f. 24 avril 1964, *Babel*, *Rec.*, p. 927.

⁷³⁹ C.A.A. Lyon, 6^e chambre - formation à 3, 9 juin 2011, *Clinique de Chandiot*, n° 10LY01329. L'obligation d'informer du droit de se faire assister par un conseil est notamment prévue à l'art. 1^{er} du décret n° 84-961 du 25 oct. 1984.

⁷⁴⁰ L'art. 6 § 3, c, de la Conv. E.D.H. reconnaît le droit de « *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ».

⁷⁴¹ C.E.f. 26 juin 2008, *Société Norelec*, n° 288583, *R.J.F.* 8-9 2008, n°981 ; *D.F.* n° 28 2008, n°411 concl. SENERS.

conséquent, l'exclusion expresse du droit de se faire conseiller est exclue. Cependant, à la différence de la procédure pénale, ce conseil ne doit pas nécessairement être un avocat⁷⁴². Pour l'adoption de sanctions administratives, l'autorité administrative n'est pas obligée de garantir la présence d'un avocat⁷⁴³. Le choix du conseil est libre et la Cour constitutionnelle veille au respect de cette liberté, en censurant des dispositions déterminant, en matière de sanctions disciplinaires, les qualités devant être remplies par le représentant de la personne mise en cause⁷⁴⁴. En matière disciplinaire générale, il est reconnu un droit de désigner un défenseur⁷⁴⁵ dès la communication de l'engagement de l'enquête disciplinaire⁷⁴⁶. Il s'agit d'un des cas où, par exception, il existe la possibilité de se voir nommer un avocat commis d'office⁷⁴⁷. Or, le défenseur commis d'office peut être un étudiant en dernière année de droit⁷⁴⁸.

Sanctionner n'est pas, en soi, une fonction contentieuse. La fonction contentieuse s'exerce lorsque le litige est créé par l'inculpation préalable et la discussion des griefs. Le respect des droits de la défense n'est pas, par conséquent, seulement une garantie, mais aussi, un élément structurant le contentieux. Au-delà de l'existence du contentieux en matière de sanctions, il existe d'autres garanties liées à ce contentieux.

Sous-section 2. Les garanties du contentieux

L'étude des garanties en matière de sanctions administratives n'est pas une tâche aisée, dans la mesure où la diversité de la catégorie des sanctions administratives ne concerne pas exclusivement les destinataires de la sanction, mais elle s'accompagne, pour le cas français, de l'absence d'une régulation uniforme, de base, quant à la procédure administrative

⁷⁴² « Le défenseur en matière pénale n'est pas le même que le défenseur dans d'autres matières dans la mesure où, en matière pénale, il doit être nécessairement un avocat, sauf les cas exceptionnels d'étudiants en droit, alors qu'en matière du droit du travail, civil, administratif, etc., le législateur peut déterminer les cas où cette condition n'est pas exigée », C.c.c. Sentence C-071-95, 23 fév. 1995, M.R. Carlos GAVIRIA.

⁷⁴³ « Le droit à la défense technique est constitutionnellement limité au procès pénal et cela ne concerne pas d'autres procès, notamment celui de responsabilité pour des dommages causés au patrimoine public », C.c.c. Sentence C-131 de 2002, 26 fév. 2002, M.R. Jaime CORDOBA.

⁷⁴⁴ « Lors de la procédure disciplinaire, la personne a tous les droits et garanties du droit pénal, notamment le droit de la défense, sans aucune limitation spéciale. Le porte-parole doit être une personne inspirant la confiance de l'inculpé (...) Le porte-parole, dans sa qualité de représentant de l'inculpé, doit avoir les mêmes prérogatives que l'inculpé, notamment, son choix doit être libre. Par conséquent, ces normes méconnaissent le droit de la défense prévu à l'art. 29 de la Const., disposant que l'inculpé a le droit de se voir assister par un avocat choisi par lui-même », C.c.c. Sentence C-195-93, 20 mai 1993, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁷⁴⁵ « La personne objet de la procédure disciplinaire a le droit de: (...) 2. Nommer un défenseur », art. 92 du C.D.U.

⁷⁴⁶ « L'engagement de l'enquête disciplinaire doit être notifié à la personne objet de la procédure, tout en précisant qu'il dispose du droit de nommer un défenseur », art. 155 du C.D.U.

⁷⁴⁷ « La personne objet de la procédure disciplinaire a le droit de défense matérielle et à nommer un avocat. À sa demande, il sera nommé un avocat commis d'office. Quand il ne se présente pas à la procédure, il sera nommé un avocat commis d'office qui pourra être un étudiant de dernière année de droit, des universités autorisées », art. 17 du C.D.U. Cette norme a été déclarée conforme à la Constitution en raison du fait que « (...) la loi a laissé le libre choix au sujet de la procédure de décider s'il veut ou non être représenté par un avocat », C.c.c. Sentence C-328-03, 29 avril 2003, M.R. Manuel CEPEDA.

⁷⁴⁸ Cette possibilité prévue à l'art. 17 du C.D.U. a été déclarée comme conforme à la Constitution dans la mesure où « (...) les étudiants de dernière année de droit des universités autorisées peuvent exceptionnellement être autorisés à agir comme défenseurs dans des procès pénaux. De même, ils peuvent être autorisés à plaider dans d'autres types d'instances sans que cela constitue une méconnaissance du droit de la défense prévue à l'art. 29 de la Const. Par ailleurs, le droit à la défense technique d'un avocat n'est constitutionnellement reconnu qu'en matière pénale », C.c.c. Sentence C-948 de 2002, 6 nov. 2002, M.R. Álvaro TAFUR.

sanctionnatrice, telle qu'elle existe en Colombie⁷⁴⁹ et dans d'autres pays, notamment l'Espagne⁷⁵⁰. La diversité s'accroît, en droit français, pour l'application des garanties issues de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme à certaines sanctions administratives et pour les exigences du Conseil constitutionnel, ne portant que sur une partie des sanctions administratives. Or, la diversité concerne aussi les autorités disposant du pouvoir de sanction, notamment le supérieur hiérarchique soumis lui aussi au niveau hiérarchique supérieur et chargé de toutes les démarches pour prononcer une sanction et, aussi, des autorités spécialisées et indépendantes séparant les différentes étapes de la procédure et offrant de sérieuses garanties pour la personne mise en cause. La question de l'application des garanties des droits répressifs (§ 1) explique, en partie, la diversité des garanties offertes par l'organe sanctionneur (§ 2).

§ 1. L'application des garanties des droits répressifs

Accepter qu'il existe de garanties propres aux droits répressifs signifie la négation que ces garanties aient une nature pénale. Quand une autorité autre que le juge pénal est contrainte au respect de ces garanties, elle n'applique pas le droit pénal⁷⁵¹ ; cette autorité agit dans le socle commun des droits répressifs. En conséquence, l'expression « droit pénal administratif »⁷⁵² ne saurait signifier que la partie du droit pénal relatif aux délits commis contre l'administration publique et, dès lors, il est question, en réalité, lorsqu'il s'agit des sanctions administratives, du droit administratif sanctionneur⁷⁵³. De même, les garanties des droits répressifs ne sont pas exclusivement juridictionnelles⁷⁵⁴ et le processus de reconnaissance de garanties aux sanctions administratives ne saurait pas être conçu comme une juridictionnalisation⁷⁵⁵. Concernant les sanctions administratives, les garanties des droits répressifs font l'objet d'une application partielle en droit français (A), alors qu'ils sont l'objet d'une application uniforme en droit colombien (B).

⁷⁴⁹ Le chapitre III du nouveau C.P.A.C.A. régit la procédure administrative générale en matière de sanctions. De surcroît, il existe, en matière disciplinaire, un Code disciplinaire unique.

⁷⁵⁰ La loi n° 30 du 26 nov. 1992, relative au régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative commune, consacre tout le titre IX à la prérogative de sanction administrative et, notamment, l'art. 134 précise les garanties.

⁷⁵¹ C.E.f. 12 mai 1950, *Marcaillou, Rec.*, p. 280 ; C.E.f. 30 janv 1981, *Jacquesson, Rec.*, p. 39.

⁷⁵² Le terme est adopté par des sentences colombiennes: C.E.c. Section 2, Sentence du 13 avril 1998, affaire n° 276, M.R. Alvaro LECOMTE et par Carlos GOMEZ, *Dogmática del derecho disciplinario, op. cit.*, p. 150 ; Jairo HERNANDEZ, « El derecho penal administrativo en Colombia », *loc. cit.*, p. 45. Or, « Dans la plupart des systèmes contemporains le développement des sanctions administratives est le résultat d'une politique de « dépenalisation ». Par conséquent, il est paradoxal que ce qui a été dépenalisé soit considéré comme relevant d'un "Droit pénal administratif" », Claudia JIMENEZ, « Represión administrativa y organismos de vigilancia y control. Análisis de derecho comparado colombo-francés », *loc. cit.*, p. 58.

⁷⁵³ « Le droit administratif sanctionneur est une nouvelle branche du droit qui suppose une rupture avec le principe classique de la séparation triadique du pouvoir, d'après laquelle la répression était confiée exclusivement au juge pénal », C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY. Dans ce sens: C.c.c. Sentence C-830-01, 8 août 2001, M.R. Jaime ARAUJO. Cf. Nilson PINILLA, « Fundamentos de Derecho administrativo sancionatorio », *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 11, n° 39, Universidad Externado de Colombia, sept.-déc. 1989, p. 75.

⁷⁵⁴ « Lorsque la fonction de l'organe administratif équivaut à celle des tribunaux, la procédure administrative est similaire à la procédure judiciaire (...) », Hans KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État*, Russell & Russell, New York, 1945, traduit en français par Béatrice Laroche, Bruylant-.L.G.D.J. Paris-Bruxelles, 1997, p. 324.

⁷⁵⁵ Jaime OSSA, « La jurisdiccionalización del derecho disciplinario », *Revue Estudios de derecho*, Universidad de Antioquia, vol. LV, n° 125-126, 1996, p.166. L'auteur parle même d'une « *judiciarisation de la procédure administrative* », *idem*.

A. L'application partielle en droit français

En droit français, l'application des garanties des droits répressifs aux sanctions administratives est une question majeure : elle signifie l'abandon de la conception des sanctions administratives comme un moyen entièrement conçu pour renforcer l'autorité d'une administration⁷⁵⁶ ; pour concevoir la sanction administrative de cette façon, l'infraction est définie *a posteriori* par l'autorité détenant le pouvoir de sanction ; elle n'est soumise à aucun délai de prescription des fautes⁷⁵⁷, elle peut sanctionner sans avoir à respecter la personnalité des sanctions⁷⁵⁸ ; et, elle n'est pas toujours obligée de vérifier l'existence de l'élément moral de la faute. Mise à part la contribution essentielle du Conseil d'État pour la reconnaissance des droits de la défense, l'exigence du respect des garanties pour l'exercice du *jus puniendi* a, en France, deux sources différentes. D'un côté, il s'agit de la condition de la constitutionnalité d'une partie des sanctions administratives (1). D'un autre côté, le caractère équitable de la procédure (2) est exigé à l'égard d'une partie des sanctions administratives.

1. La condition de la constitutionnalité d'une partie des sanctions administratives

Depuis presque trente ans, le Conseil constitutionnel français a recours à l'expression « *sanctions ayant le caractère d'une punition* »⁷⁵⁹ pour déterminer les garanties qui doivent être respectées pour qu'un pouvoir de sanction soit conforme à la Constitution. Le mot *punition* n'était pas méconnu par la jurisprudence du Conseil d'État, pour faire référence notamment à certaines sanctions de la discipline militaire⁷⁶⁰. La *punition* pouvait ainsi être assimilée à la sanction. Or, la jurisprudence du Conseil constitutionnel signifie, *a contrario*, qu'il existe des sanctions n'ayant pas le caractère d'une punition. Néanmoins, cette catégorie reste introuvable. Ainsi, les garanties exigées pour l'imposition des sanctions–punitions (a) ne peuvent pas laisser de côté la question de la portée réelle de la catégorie des sanctions–punitions (b).

⁷⁵⁶ « (...) l'indépendance de l'administration serait compromise si elle ne disposait d'aucune prérogative coercitive ou si elle ne pouvait pas exiger, par elle-même, le respect de ses décisions (...) Le pouvoir législatif délègue à l'administration cette partie des fonctions propres de l'ordre judiciaire, afin de renforcer et de compléter son pouvoir (...) », Manuel COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, t. I, Librería de don Ángel Calleja editor, Madrid et Santiago, Casa de los señores Calleja, Lima, 1850, p. 26.

⁷⁵⁷ C.E.f. Ass. 27 mai 1955, *Sieur Deleuze*, *Rec.*, p. 296 ; C.E.f. 7 fév. 1958, *Secrétaire d'État aux affaires économiques c/ Sieur Moulin*, *Rec.*, p. 84 ; C.E.f. 23 avril 1965, *Ducroux*, *Rec.*, p. 231 ; *R.D.P.* 1965, p. 1188, concl. GALABERT ; C.E.f. 14 juin 1991, *Aliquot*, *Rec.*, t. p. 1022. « (...) il paraît préférable de prévoir en principe un délai de prescription d'une durée adaptée aux faits qu'il s'agit de réprimer », CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, *op. cit.*, p. 67

⁷⁵⁸ C.E.f. Sect. 22 novembre 2000, *Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*, n° 207697 *Rec.* p. 537 ; *C.J.E.G.* 2001, p. 68, concl. SEBAN ; *A.J.D.A.* 2000, p. 1069, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *J.C.P. G.* 2001, II, 10531, note SALOMON ; *R.F.D.A.* 2001, p. 251.

⁷⁵⁹ L'expression apparaît pour la première fois en 1982, pour exiger le respect du principe de non-rétroactivité : C.c.f. Décision n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Rec.*, p. 88, p. 4034, § 33- 34.

⁷⁶⁰ C.E.f. 20 fév. 1989, M. Jean-Jacques MOLLARET, n° 64764.

a. Les garanties exigées pour l'imposition des sanctions–punitions

C'est dans une logique d'assimilation de certaines sanctions administratives à des sanctions pénales, que le Conseil constitutionnel exprime l'idée qu'il existe des sanctions ayant le caractère d'une punition. Cela a permis d'élargir le champ d'application de garanties traditionnellement conçues comme naturellement liées aux peines, et dont la dénomination suffit pour mettre cette filiation traditionnelle en évidence : la non-rétroactivité de la loi pénale, la légalité des délits et des peines, la nécessité des peines...Ce sont des garanties que la Révolution de 1789 a voulu élever au rang d'un des droits de l'homme et du citoyen : « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* »⁷⁶¹. Pour le Conseil constitutionnel, cette norme s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition ; même si le législateur a choisi de confier sa décision à une autorité autre que le juge⁷⁶² et que les sanctions-punitions sont constitutionnelles à la condition de respecter ces garanties.

Le considérant relatif aux garanties devant être respectées par toute sanction ayant le caractère d'une punition a connu peu de variations substantielles : deux garanties sont invariablement requises : les droits de la défense et la légalité⁷⁶³ des délits et des peines⁷⁶⁴, même s'il serait plus logique de parler de la légalité des infractions et des sanctions. Souvent, l'énumération se complète avec la nécessité des peines, c'est-à-dire des sanctions⁷⁶⁵. La non-rétroactivité de la loi « *pénale* » plus contraignante ou plus sévère est parfois ajoutée à la liste des trois⁷⁶⁶ ; mais, aussi, elle peut figurer seule à côté de la catégorie des sanctions ayant le caractère d'une punition⁷⁶⁷. Il existe, en outre, une série de garanties qui sont seulement prises en considération pour reconnaître la constitutionnalité du pouvoir de sanction⁷⁶⁸, mais qui sont aussi exigées pour toutes les sanctions ayant le caractère d'une punition, au titre de concrétisations des trois garanties de base : il s'agit de la motivation de la sanction⁷⁶⁹ qui est nécessaire à l'exercice efficace de la défense ultérieure ; de l'interdiction de *reformatio in pejus*, issue aussi des droits de la défense ; de la prescription⁷⁷⁰, de la proportionnalité et de

⁷⁶¹ Art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

⁷⁶² C.c.f. Décision n° 82-155 DC, 30 déc. 1982, *Rec.*, p. 88, § 33.

⁷⁶³ Pour un exemple où le respect de la légalité a été contrôlé *in concreto* : C.c.f. Décision n°2006-535 DC, 30 mars 2006, *Rec.*, p. 50, §37.

⁷⁶⁴ Il est des cas où ce sont les deux garanties exigées, notamment : C.c.f. Décision n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Rec.*, p. 50, §3 6 ; C.c.f. Décision n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Rec.*, p. 107 § 14.

⁷⁶⁵ C.c.f. Décision n° 97-389 DC, 22 avril 1997, *Rec.*, p. 45, § 30 ; C.c.f. Décision n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Rec.*, p. 121, § 50.

⁷⁶⁶ C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18, § 35 ; C.c.f. Décision n° 92-307 DC, 25 fév. 1992, *Rec.*, p. 48, §25 ; C.c.f. Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Rec.*, p. 224, § 47.

⁷⁶⁷ C.c.f. Décision n° 82-155 DC, 30 déc. 1982, *Rec.*, p. 88, § 33.

⁷⁶⁸ Notamment, l'indépendance qui a été prise en considération pour déclarer la constitutionnalité (C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18, § 27) ; mais, ensuite, le Conseil constitutionnel a laissé de côté l'indépendance pour valider le pouvoir de sanction administrative (C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* p. 71, § 6).

⁷⁶⁹ C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18, § 30 ; la motivation n'est constitutionnellement obligatoire que dans le cas d'une sanction ayant le caractère d'une punition : C.c.f. Décision n° 2004-497 DC, 1^{er} juillet 2004, *Rec.*, p. 107, § 14.

⁷⁷⁰ C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18, § 29 ; C.c.f. Décision n° 92-307 DC, 25 fév. 1992, *Rec.*, p. 48, § 29.

l'exclusion des sanctions automatiques⁷⁷¹ et du *non bis in idem*⁷⁷², les quatre découlant du principe de nécessité des sanctions. En outre, le Conseil constitutionnel, cherchant à rapatrier au niveau constitutionnel la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme, considère que les sanctions ayant la nature d'une punition doivent respecter le droit au procès équitable issu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷⁷³.

L'énumération des « *mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* »⁷⁷⁴ est « *digne de Prévert* »⁷⁷⁵; elle signifie, de prime abord, que lorsque la sanction administrative n'a pas le caractère d'une punition, l'autorité sanctionnatrice n'est pas obligée au respect du principe de légalité, de nécessité, de non-rétroactivité et des droits de la défense, d'un point de vue constitutionnel⁷⁷⁶. Pour ne pas aborder directement la question de la portée de cette limitation de l'application des garanties en matière de sanction, il suffit d'examiner le droit disciplinaire au regard de cette jurisprudence. En matière de légalité, il n'existe pas une définition préalable des fautes ou, du moins, de l'ensemble des obligations dont la méconnaissance constituerait une faute. Concernant la nécessité de la sanction, elle ne pourrait pas être examinée *ex ante*, faute d'une définition préalable des fautes; c'est l'autorité disciplinaire, munie de son pouvoir discrétionnaire, qui examine l'opportunité, voire la nécessité de la sanction, sous le contrôle juridictionnel de l'erreur manifeste d'appréciation. L'application non rétroactive ne pourrait pas être respectée, car en définissant la faute, au moment de l'appliquer, l'autorité disciplinaire sanctionne, nécessairement, une faute rétroactive. Du moins, les droits de la défense sont respectés. Face à ce panorama, il faudrait conclure que la sanction disciplinaire n'a pas le caractère d'une punition, soit en adoptant l'explication donnée par le professeur Michel DEGOFFE, c'est-à-dire que cette mesure ne sanctionne pas l'infraction à une liberté⁷⁷⁷, soit en considérant que la sanction disciplinaire n'a pas le caractère d'une punition parce qu'elle ne respecte pas les garanties propres aux punitions ou, plus précisément, parce que le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'opportunité d'affirmer que c'est une sanction ayant le caractère d'une punition⁷⁷⁸.

⁷⁷¹ C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18, § 30; C.c.f. Décision n° 92-307 DC, 25 fév. 1992, *Rec.*, p. 48, § 28; C.c.f. Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Rec.*, p. 224, § 49; C.c.f. Décision n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Rec.*, p. 121, § 52.

⁷⁷² C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Rec.* p. 18, § 30.

⁷⁷³ « (...) aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : " Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution " ; que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition », C.c.f. Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Rec.*, p. 88, § 11.

⁷⁷⁴ C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* p. 71, § 6.

⁷⁷⁵ Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, 1989, n° 50, p. 197.

⁷⁷⁶ Les garanties de l'art. 8 de la déclaration de 1789 ne s'appliquent qu'aux sanctions ayant le caractère d'une punition : C.c.f. Décision n° 2011-114 QPC, 1^{er} avril 2011, *J.O.* 2 avril 2011, p. 5894, § 4.

⁷⁷⁷ « (...) il y a punition soit parce que la sanction réprime un abus à une liberté, soit parce que la sanction est étrangère par son contenu à la réglementation qu'elle tend à faire respecter », Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁷⁸ Une décision de 1985 a examiné la constitutionnalité de la sanction disciplinaire prononcée par une Commission nationale à l'égard des administrateurs judiciaires (C.c.f. Décision n° 84-182 DC, 18 janvier 1985, *Rec.*, p. 27). Certes, la décision n'affirme pas qu'il s'agit d'une sanction ayant la nature d'une punition; mais, elle ne le nie pas non plus. Par ailleurs, c'est seulement à partir de 1989 que cette jurisprudence est souvent utilisée.

b. La question de la portée réelle de la catégorie des sanctions–punitions

La catégorie des sanctions ayant le caractère d'une punition existe dans la mesure où elle est constamment rappelée par le Conseil constitutionnel, et même le Conseil d'État a adopté ce langage lorsqu'il filtre les questions prioritaires d'inconstitutionnalité⁷⁷⁹ et, aussi, quand il est juge d'élections⁷⁸⁰. Or, la portée de la catégorie des sanctions ayant le caractère d'une punition est pour le moins incertaine.

La jurisprudence n'a jamais précisé les critères pour considérer qu'une sanction a le caractère d'une punition, c'est-à-dire les critères pour exiger, constitutionnellement, le respect des garanties qui sont aussi exigées aux sanctions pénales. La systématisation de la catégorie est le fait de la doctrine, principalement du professeur Michel DEGOFTE qui, face aux non-dits de la jurisprudence⁷⁸¹, a interprété que la sanction-punition est celle qui ressemble fortement à la sanction du juge pénal, c'est-à-dire celle qui vise à punir des débordements dans l'exercice d'une liberté, et non la méconnaissance de devoirs spécifiques issus de réglementations. Cette interprétation s'est vu raffermir par la clarification de la compétence de la loi et du règlement dans la création des sanctions : lorsque l'activité n'a pas été l'objet de réglementations, la sanction ne peut être créée que par une loi⁷⁸². La décision du Conseil d'État n'a pas dit explicitement que la raison de cette réserve législative était le fait qu'il s'agissait de sanctions ayant le caractère d'une punition ; mais, il faut accepter que, dans les faits, elle convient qu'une partie des sanctions administratives doivent être créées de la même façon que les sanctions pénales⁷⁸³.

Or, la portée réelle de la catégorie des sanctions ayant le caractère d'une punition est mise en doute dans la mesure où le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État n'ont jamais montré une sanction n'ayant pas le caractère d'une punition. Certes, à plusieurs reprises il est affirmé que la mesure examinée n'a pas le caractère d'une sanction ayant le caractère d'une punition. Cependant, dans tous les cas il s'agit de mesures qui n'ont même pas le caractère d'une sanction, faute de finalité punitive⁷⁸⁴. Ainsi, ce n'est pas une sanction et, *a fortiori*, n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition la mesure ayant une finalité préventive⁷⁸⁵ ;

⁷⁷⁹ C.E.f. 26 juillet 2011, *M. Manuel B*, n° 347208 ; C.E.f. 26 juillet 2011, *M. Olivier A*, n° 347547 ; C.E.f. 18 juillet 2011, *M. Jean-Guy A*, n° 349168 ; C.E.f. 15 juin 2011, *Association justice pour toutes les familles*, n° 347581 ; C.E.f. 2 mars 2011, *Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendants*, n° 339595 ; C.E.f. 4 oct. 2010, *Mme Véronique REPLINGER*, n° 341845.

⁷⁸⁰ C.E.f. 9 nov. 2011, *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP)*, n° 344255 ; C.E.f. 4 juillet 2011, *Marie-Christine ARNAUTO*, n° 338033. Dans l'espèce, cela a permis l'application de la loi plus douce.

⁷⁸¹ « Une telle affirmation peut paraître suspecte, car le juge constitutionnel ne s'est que fort peu prononcé sur les sanctions non punitives », Michel DEGOFTE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 71.

⁷⁸² C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou*, R.F.D.A. 2004, p. 915 ; C.E.f. Sect., 18 juill. 2008, n° 300304, *Fédération de l'hospitalisation privée*, A.J.D.A. 2008, p. 1812, chron. GEFFRAY et LIEBER.

⁷⁸³ Michel DEGOFTE, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit. p. 41 et 134.

⁷⁸⁴ Une mesure qui « n'a pas pour objet de sanctionner le manquement à une obligation fixée par la loi ou le règlement (...) ne constitue donc pas une sanction ayant le caractère d'une punition », C.c.f. Décision n° 2009-578 DC, 18 mars 2009, *Rec.*, p. 73, § 4 ; C.E.f. 18 juillet 2011, *M. Jean-Guy A*, n° 349168 ; n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition la cotisation conçue pour « développer l'effort de construction », C.c.f. Décision n° 2010-84 QPC, 13 janvier 2011, *J.O.* 14 janvier 2011, p. 812, § 4.

⁷⁸⁵ Par exemple, la mesure de police ayant une finalité préventive : C.c.f. Décision n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, *J.O.* 17 juin 2011, p. 10306, § 52 ; De même, la rétention de sûreté qui « a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité (...) n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition », C.c.f. Décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Rec.*, p. 89, § 9

celle qui a une finalité exclusivement fiscale⁷⁸⁶ ; celle qui a une finalité réparatrice⁷⁸⁷ ; celle qui est la conséquence automatique d'une condamnation pénale⁷⁸⁸ ; le retrait symétrique d'un agrément pour ne plus remplir les conditions exigées, ainsi que les conséquences négatives de ce retrait⁷⁸⁹, ainsi que le refus de rembourser des sommes, pour ne pas remplir les conditions exigées pour procéder au remboursement⁷⁹⁰ et l'incompatibilité pour accéder à une fonction qui a pour fonction non de punir, mais de garantir la moralité des membres⁷⁹¹. Il est des cas où la décision n'affirme pas expressément que la mesure est ou non une sanction ayant le caractère d'une punition ; néanmoins, compte tenu du fait que les garanties de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sont réservées aux sanctions ayant la nature d'une punition⁷⁹², il faut conclure que la mesure est considérée comme telle quand la proportionnalité et l'individualisation de la sanction sont contrôlées⁷⁹³.

Cette jurisprudence met en évidence, qu'à présent, le seul critère jurisprudentiel pour considérer qu'une sanction a le caractère d'une punition consiste à considérer qu'il s'agit d'une sanction. L'un des très rares cas où la jurisprudence a expliqué pourquoi une sanction avait le caractère d'une punition, est celui qui s'est borné à affirmer que la raison était la finalité punitive⁷⁹⁴. Pour le moment, la portée de la catégorie des sanctions-punitions reste à établir. Dans l'idéal, la protection des destinataires du *jus puniendi* ne devrait pas être l'objet de garanties à différents niveaux ; mais, il faut craindre que le jour arrive où le Conseil constitutionnel finira par reconnaître qu'une véritable sanction, n'est pas, pour autant, une sanction ayant le caractère d'une punition.

2. Le caractère équitable de la procédure

L'application des exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, en matière de procès équitable, aux autorités administratives n'a pas été pacifique. C'est précisément la sanction administrative qui a permis, tant au juge européen qu'aux juges nationaux, d'élargir le champ d'application de ces normes conçues, en principe, pour les

⁷⁸⁶ C.c.f. Décision n° 2010-70 QPC, 26 novembre 2010, *J.O.* 27 nov. 2010, p. 21118, § 5.

⁷⁸⁷ « Cette indemnité a pour objet d'assurer une réparation minimale du préjudice subi (...) ne constitue pas une sanction ayant le caractère d'une punition », C.c.f. Décision n° 2011-111 QPC, 25 mars 2011, *J.O.* 26 mars 2011, p. 5407, § 4.

⁷⁸⁸ C.c.f. Décision n° 2009-590 DC, 22 oct. 2009, *Rec.*, p. 179, § 22

⁷⁸⁹ « Le licenciement auquel est tenu de procéder l'employeur, en application de la disposition contestée, n'est qu'une conséquence directe du retrait d'agrément. Il ne saurait, dès lors, être regardé comme une sanction ayant le caractère d'une punition », C.c.f. Décision n° 2011-119 QPC, 1^{er} avril 2011, *J.O.* 2 avril 2011, p. 5895, § 3.

⁷⁹⁰ C.c.f. Décision n° 2011-117 QPC, 8 avril 2011, *J.O.* 9 avril 2011, p. 6362, § 10

⁷⁹¹ C.c.f. Décision n° 2011-114 QPC, 1^{er} avril 2011, *J.O.* 2 avril 2011, p. 5894, § 5 ; C.c.f. Décision n° 2011-132 QPC, 20 mai 2011, *J.O.* 21 mai 2011, p. 8891, § 6 ; « (...) ainsi qu'il a été jugé par le Conseil constitutionnel, les incapacités édictées dans un but déontologique, qui ont pour objet de garantir la moralité des membres qui composent les organes d'un ordre professionnel dont la mission est notamment de veiller au maintien des principes de moralité dans tous les actes de la profession, ne constituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition », C.E.f. 2 mars 2011, *Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendants*, n° 339595.

⁷⁹² Rien ne fait obstacle au respect de ces garanties par des mesures autres que les sanctions "ayant le caractère d'une punition" ; mais, cela n'est pas constitutionnellement obligatoire : C.c.f. Décision n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, *Rec.*, p. 145, § 40.

⁷⁹³ C.c.f. Décision n° 2010-103 QPC, 17 mars 2011, *J.O.* 18 mars 2011, p. 4934, § 5-6 ; C.c.f. Décision n° 2010-104 QPC, 17 mars 2011, *J.O.* 18 mars 2011, p. 4935, § 4 ; C.c.f. Décision n° 2010-105/106 QPC, 17 mars 2011, *J.O.* 18 mars 2011, p. 4935, § 7.

⁷⁹⁴ « L'interdiction d'inscription sur la liste électorale (...) vise notamment à réprimer plus sévèrement certains faits (...) Elle constitue une sanction ayant le caractère d'une punition », C.c.f. Décision n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010, *J.O.* 12 juin 2010, p. 10849, § 5.

juridictions⁷⁹⁵. Or, l'application du droit au procès équitable aux autorités administratives (a) n'emporte pas respect de l'ensemble des garanties prévues par la Convention. Dès lors, l'intérêt se cible sur le noyau dur du procès équitable (b).

a. L'application des garanties du procès équitable aux sanctions administratives

Le droit au procès équitable a, en France, une valeur constitutionnelle, fondée sur un texte ayant été prononcé plus de deux siècles auparavant⁷⁹⁶. Malgré l'importance indéniable de cette décision, elle ne saurait occulter qu'il s'agit d'un droit issu de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cet article reconnaît une série de garanties liées à la décision de contestations sur des droits et obligations de caractère civil ou des accusations en matière pénale. Les sanctions administratives ne concernent pas, *stricto sensu*, des accusations en matière pénale et beaucoup moins des contestations sur des obligations et des droits civils. Cependant, l'effectivité des garanties ne pourrait pas être mise en échec lorsque le droit interne confie la sanction d'un comportement à une autorité administrative plutôt qu'au juge. Aussi, la sanction administrative peut-elle avoir des conséquences sur des droits civils, semblables à celles d'une décision juridictionnelle.

La sanction administrative s'apparente plus facilement à une accusation en matière pénale qu'à la décision d'une contestation sur une obligation ou un droit civil. Pour déterminer quand une compétence relève matériellement⁷⁹⁷ du volet pénal du droit au procès équitable, la Cour européenne des droits de l'homme a recours à différents indices⁷⁹⁸. La qualification donnée par le droit interne est indicative, mais non définitive de l'accusation en matière pénale⁷⁹⁹. La nature du comportement et la gravité de la mesure sont prises en compte⁸⁰⁰. Notamment, la privation administrative de la liberté est une sanction dont la gravité justifie l'exigence du respect des garanties du procès équitable⁸⁰¹. La sanction pécuniaire est le principal exemple de l'application de cet indice⁸⁰². Aussi, la finalité de la mesure, punitive et

⁷⁹⁵ « *Son application à l'administration est en quelque sorte contre nature, mais elle est justifiée par les fonctions répressives de l'administration nouvelle* », Jean-François BRISSON, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 859.

⁷⁹⁶ C.c.f. Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Rec.*, p. 88, § 11.

⁷⁹⁷ L'identification du tribunal décidant des accusations en matière pénale : C.E.D.H. 27 fév. 1980, *Deweert c/ Belgique*, Série A, n° 35.

⁷⁹⁸ Les indices sont analysés dans leur ensemble et, par conséquent, ils peuvent être tous réunis (C.E.D.H. 24 févr. 1994, *Benedoun c/ France*, G.A.C.E.D.H. 6^e éd., p. 46, J.C.P. 1995, II, 22372, note FROMMEL ; *Gaz. Pal.*, 27-28 sept. 1995, p. 19, note PETTITI) ou seulement certains, ce qui suffit pour déterminer, selon le cas, l'accusation en matière pénale (C.E.D.H. 25 août 1987, *Lutz c/ Allemagne*, Série A, n° 23, § 55). Il s'agit de l'application de la technique du « faisceau d'indices », Frédéric SUDRE, note sous C.cass. Com. 29 avril 1997, *Ferreire*, J.C.P. G. 1997, I, 22935, p. 466.

⁷⁹⁹ C.E.D.H. 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays-Bas*, Série A, n° 22, p. 24, § 80 et 82. C.E.D.H. 27 février 1980, *Deweert*, Série A, n° 35

⁸⁰⁰ Les sanctions disciplinaires en matière militaire sont des accusations en matière pénale, hormis les sanctions dépourvues d'une certaine importance : C.E.D.H. 28 déc. 2000, *João José Brandão Ferreira c/ Portugal*, n° 41921/98

⁸⁰¹ « (...) dans une société attachée à la prééminence du droit, lorsque la peine qu'encourait le requérant (...) se traduit par une privation de liberté, il convient de présumer que les accusations dirigées contre lui revêtaient un caractère « pénal » », C.E.D.H. Grande chambre, 10 févr. 2009, *Zolotouchine c/ Russie*, n°14939/03, §56 ; D. 2009, p. 2014, note PRADEL, il s'agit de la sanction d'une sanction prévue dans le Code russe des infractions administratives.

⁸⁰² L'amende fiscale est une accusation en matière pénale en raison de son importance : C.E.f. 3^e et 8^e ss-sect., 26 mai 2008, *Sté Norelec*, *concl. F. Séners*, n° 288583, D.F. n° 28, 10 juillet 2008, comm. 411, note PIERRE.

dissuasive, est-elle indicative⁸⁰³. À ces indices s'ajoute un élément déterminant de l'accusation en matière pénale : la généralité des destinataires de la mesure⁸⁰⁴, ce qui fait conclure que les sanctions administratives s'adressant à un groupe déterminé de personnes ne sont pas considérées comme des accusations en matière pénale⁸⁰⁵.

Quant à l'exigence du respect du droit au procès équitable, en matière de sanctions administratives, les juridictions nationales ont connu une évolution entamée d'abord par la juridiction judiciaire⁸⁰⁶ et suivie par la juridiction administrative qui, depuis 1999, reconnaît que des autorités administratives puissent être considérées comme des tribunaux au sens de la Convention, c'est-à-dire des tribunaux non juridictionnels⁸⁰⁷, et contraintes au respect du droit au procès équitable, eu égard à trois critères : leur nature, leur composition et leurs pouvoirs⁸⁰⁸. La jurisprudence est néanmoins silencieuse quant à l'explication de ces critères⁸⁰⁹. De l'examen des cas où elle a reconnu que les moyens issus de l'article 6, § 1, 2 et 3 étaient opérants, il est possible de conclure qu'il s'agit d'autorités administratives collégiales disposant d'un pouvoir de sanction administrative d'une certaine importance⁸¹⁰. En conséquence, un nombre non négligeable d'autorités indépendantes sont obligées au respect du procès équitable pour l'exercice de leur pouvoir de sanction⁸¹¹. Or, la jurisprudence interne

⁸⁰³ Les critères ont été établis par : C.E.D.H. 8 juin 1976, *Engel et a. c/Pays-Bas*, Série A, n° 22, p. 24 ; C.E.D.H. 21 fév. 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, Série A, n° 73.

⁸⁰⁴ Les sanctions fiscales s'adressant à l'ensemble des citoyens imposables sont des accusations en matière pénale : C.E.D.H. 24 fév. 1994, *Benedoun c/ France*, J.C.P. 1995, II, 22372, note FROMMEL ; *Gaz. Pal.*, 27-28 sept. 1995, p. 19, note PETTITI. Le critère de la généralité des destinataires n'était pas pourtant nouveau. L'arrêt *Oztürk* considérait déjà que la sanction des infractions routières était une accusation en matière pénale dans la mesure où elle « ne s'adresse pas à un groupe déterminé à statut particulier à la manière, par exemple, du droit disciplinaire, mais à tous les citoyens en leur qualité d'usagers de la route ; elle leur prescrit un certain comportement et assortit cette exigence d'une sanction punitive qui cherche à dissuader au même temps qu'à réprimer », C.E.D.H. 21 fév. 1984, *Oztürk c/ Allemagne*, Série A, n° 73, § 53

⁸⁰⁵ C.E.D.H. 23 juillet 2002, *Janosevic c/ Suède*, Rec. 2002-VII, § 68 ; C.E.D.H. 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, n° 73053/01, J.C.P. 2007, I, 106, n° 4, obs. SUDRE ; R.T.D.H. 2008, p. 239, obs. COSTEA.

⁸⁰⁶ C.cas, Com., 9 avril 1996, *Haddad*, Bull. Civ. IV, n° 115 ; Bull. Joly Bourse, 1996, p. 305, § 47 note, PELTIER, confirmé par l'arrêt C.cas, Com., 18 juin 1996, *Conso*, Bull. Civ., IV n° 179. La première sanction pour méconnaissance de la Conv. E.D.H. par la C.O.B. : C.A.P. Arrêt du 7 mai 1997, *Oury*, confirmé par C.cass. com., 1^{er} déc. 1998, *Oury*, J.C.P. 1999, II, 10057, note GARAUD et C.cas, Ass. Plén., 5 février 1999, *Oury c/ COB*, *Gaz. Pal.* 24-25 fév. 1999, p. 8 concl. LAFORTUNE ; Bull. Joly bourse, 1999, p. 139. ; P.A. 10 février 1999, n° 29, p. 3, note P.M. ; J.C.P. 1999, II, 10060, note MATSOPOULOU. Le Conseil de la concurrence a aussi été obligé au respect des garanties du procès équitable (C.E.D.H. 27 fév. 1992, *Sténuît c/ France*, Série A, n° 323A ; C.cass. 5 oct. 1999, *Campanon Bernard SGE*, Bull. Civ., IV, n° 158, p. 133 ; J.C.P. 2000, II, 10255, note CADOU).

⁸⁰⁷ « Il s'agit du développement de l'étrange figure juridique que constituent les tribunaux non juridictionnels », Fabrice MELLERAY, « Les catégories du droit de l'acte unilatéral et de la procédure administrative non juridictionnelle », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Jean-Bernard AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 672.

⁸⁰⁸ C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec. p. 399 ; A.J.D.A. 2000, p. 126, chron. GUYOMAR et COLLIN ; R.F.D.A. 2000, p. 1060, note SERMENT ; C.E.f. 28 oct. 2002, *Laurent*, Rec., p. 361 ; A.J.D.A. 2002, p. 1492, note COSTA ; R.D.P. 2002, p. 1607, note PRETOT.

⁸⁰⁹ Dans l'arrêt de Section *Société Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*, il est précisé que l'application était possible « eu égard en particulier à la mission de régulation (...) », C.E.f. Sect. 22 novembre 2000, *Crédit agricole Indosuez Cheuvreux*, n° 207697 Rec. p. 537 ; C.J.E.G. 2001, p. 68, concl. SEBAN ; A.J.D.A. 2000, p. 1069, chron. GUYOMAR et COLLIN ; J.C.P. G, 2001, II, 10531, note SALOMON ; R.F.D.A. 2001, p. 251.

⁸¹⁰ Il est pris en considération « la composition collégiale de l'autorité administrative, la procédure applicable devant elle, le large pouvoir dont elle dispose dans l'appréciation des infractions et enfin la nature et la gravité des sanctions qu'elle peut prononcer », Mattias GUYOMAR, « Le principe vu par le Conseil d'État », in A.J.D.A. 2001, « Le droit au juge indépendant et impartial », 2001, p. 521. Pour le vice-président du Conseil d'État il s'agit d'autorités dont « leur nature, leur composition et leurs attributions sont proches de celles des juridictions », Jean-Marc SAUVE, « Les sanctions administratives en droit public français. État des lieux, problèmes et perspectives », A.J.D.A. n° spécial 2001, p. 20.

⁸¹¹ Notamment, le C.M.F. (C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec. p. 399 ; C.E.D.H. 27 août 2002, *Jean-Louis Didier c/ France*, n° 58188/00, J.C.P. n° 46, 12 nov. 2003, II, 10177, p.1997, chron. GONZALEZ) ; l'A.R.T. (C.E.f. 28 juillet 2000, *Sté Copper Communication*, n° 199773) ; le C.S.A. (C.E.f. 29 juillet 2002, *Assoc. Radio Deux couleurs*, A.J.D.A.2003, p. 475, étude THIÉLLAY) ; la C.C.A. (C.E.f. 28 oct. 2002, *Laurent*, A.J.D.A.2002, p. 1492, note COSTA) ; le C.D.G.F. (C.E.f. 31 mars 2004, *Sté Etna Finance*, n° 243579 ; C.E.f. 10 mai 2004, *Crédit du Nord*, n°

a aussi reconnu l'application des garanties du procès équitable à des sanctions qui ne sont pas prononcées par des autorités collégiales, en raison de la finalité de la sanction⁸¹².

Il est vrai que le prononcé de sanctions administratives peut s'apparenter, selon les cas, à la décision d'accusations en matière pénale, au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cependant, certaines sanctions administratives peuvent relever aussi du volet civil de l'article 6 de la Convention. De même que pour la détermination des accusations en matière pénale, la détermination des « *contestations sur les droits et obligations de caractère civil* » relève d'une démarche matérielle qui dépasse les catégories formelles de chaque État⁸¹³. Le volet civil du procès équitable concerne « (...) *toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé (...)* »⁸¹⁴. Ainsi, une sanction administrative doit respecter les garanties du procès équitable lorsqu'elle comporte des effets sur l'existence, la portée ou l'exercice d'un droit civil⁸¹⁵. Le caractère personnel et patrimonial⁸¹⁶ du droit concerné est un critère déterminant pour identifier l'existence d'un droit civil⁸¹⁷, au sens des critères pouvant être utilisés⁸¹⁸. En principe, la procédure disciplinaire n'est pas considérée, dans son ensemble, comme déterminant des droits ou des obligations de caractère civil⁸¹⁹, de même que les mesures prononcées par les autorités administratives indépendantes⁸²⁰. Or, par exception, une mesure disciplinaire peut être considérée comme déterminant un droit ou une obligation civile, en raison de son effet réel⁸²¹ sur la possibilité d'exercer une profession⁸²², notamment le retrait d'un agrément nécessaire pour exercer la profession, la suspension ou la radiation⁸²³. Néanmoins, en matière de fonction publique, les conséquences patrimoniales de la sanction ne suffisent pas pour déterminer l'application de l'article 6 lorsque le destinataire de la sanction est un

241587) ; l'A.M.F. (C.E.f. 4 févr. 2005, *Sté GSD Gestion et M. YX*, n° 269001, P.A. 26 avril 2005, n°82, p. 10 ; R.F.D.A. 2005, p. 1174, note COSTA) ; l'A.C.N.U.S.A. (C.E.f. 23 avril 2009, *Compagnie Blue Line*, n° 314918, *Gaz. Pal.* 4 déc. 2009, n° 338-339, p. 38, note HOUEDANOU.

⁸¹² « (...) *présente le caractère d'une punition tendant à empêcher la répétition des agissements qu'elle vise et n'a pas pour objet la seule réparation pécuniaire d'un préjudice, appartient à la "matière pénale" au sens des stipulations précitées de l'article 6-1 de la convention européenne* », C.E.f. 28 juillet 1999, *Groupement d'intérêt économique Mumm-Perrier-Jouet*, n° 188973, A.J.D.A.1999, p. 835 ; même revue, p. 783, chron. FOMBEUR et GUYOMAR.

⁸¹³ « *L'esprit de la convention commande de ne pas prendre ce terme dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle ; la version anglaise de l'article 6, § 1, n'en renferme du reste pas le pendant (« In the determination of his civil rights and obligations (...)* »), C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43, § 45.

⁸¹⁴ C.E.D.H. 16 juillet 1971, *Ringeisen c/ Autriche*, Série A, n° 13, p. 39, § 94.

⁸¹⁵ C.E.D.H. 23 oct. 1985, *Bentham c/ Pays-Bas*, Série A, n° 97, § 32.

⁸¹⁶ C.E.D.H. 2 sept. 1997, *Nicodemo c/ Italie*, Rec. 1997-V, § 18 ; C.E.D.H. 30 oct. 2001, *Devlin c/ Royaume-Uni*, n° 29545/95 ; C.E.D.H. 18 nov. 2003, *Loseau c/ France*, Rec. 2003-XII, D. 2004, somm. p. 990, obs. BIRSAN.

⁸¹⁷ C.E.D.H. 26 mars 1992, *Éditions Periscope c/ France*, Série A, n° 234B, § 40.

⁸¹⁸ La méthode du bilan consiste en l'identification des éléments publics et privés du droit concerné afin de les combiner et d'établir la nature du droit : C.E.D.H. 29 mai 1986, *Feldbrugge c/ Pays-Bas*, Série A, n° 99, § 30 ; C.E.D.H. 27 fév. 1987, *Deumeland c/ R.F.A.*, Série A, n° 100.

⁸¹⁹ « *Les poursuites disciplinaires ne conduisent pas en général à une contestation sur des « droits et obligations de caractère civil » au sens de l'article 6-1* », C.E.D.H. 10 fév. 1983, *Albert et Le Compte*, Série A, n° 58 ; C.E.f. 21 juillet 1995, *Capel*, n° 151 765, Rec., p. 874. C.E.f. 28 sept. 1998, *Notin*, n° 159 236, Rec., p. 993.

⁸²⁰ C.E.f. Ass. 3 déc. 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bains-Tresboeuf*, Rec., p. 397, sur la C.N.I.L. Lorsque le retrait d'un agrément prononcé par l'ancienne C.O.B. n'était pas fait au titre de sanction, le procès équitable ne doit pas être non plus respecté au titre du volet civil : C.E.f. 22 juin 2001, *Sté Athis*, R.F.D.A. 2002, p. 509, concl. LAMY.

⁸²¹ C.E.D.H. 6 avril 2000, *Athanassoglou c/ Suisse*, n° 27644/95, § 54.

⁸²² C.E.D.H. 28 juin 1978, *König*, Série A, vol. 13 ; C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/Belgique*, Série A, n° 43 ; C.E.D.H. 10 fév. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, Série A, n° 58

⁸²³ C.E.D.H. 28 juin 1978, *König c/ Allemagne*, Série A, n° 27 et C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43, § 49.

fonctionnaire participant à l'exercice de la puissance publique ou de sauvegarde des intérêts généraux⁸²⁴.

b. Le noyau dur du procès équitable

La jurisprudence relative au droit au procès équitable ne méconnaît pas que l'efficacité est l'une des raisons principales du recours aux sanctions administratives et elle a reconnu que des « *impératifs d'une bonne administration de la justice* »⁸²⁵, ainsi que « *des impératifs de souplesse et d'efficacité* »⁸²⁶, compatibles avec le droit au procès équitable, peuvent justifier la compétence administrative, à la condition que ces décisions puissent être l'objet d'un recours devant un organe ayant des pouvoirs de pleine juridiction à l'égard de cette décision et respectant l'ensemble des garanties prévues par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁸²⁷. De ce point de vue, l'intervention ultérieure de l'organe pleinement respectueux de la convention permet de rattraper les garanties qui n'ont pas été offertes par l'autorité administrative. Les pouvoirs de pleine juridiction permettent ainsi de purger les défauts liés à une procédure pas suffisamment protectrice, mais, efficace.

Néanmoins, la jurisprudence reconnaît qu'il existe des garanties dont l'intervention ultérieure d'un autre organe ne saurait suffire pour rattraper son absence. L'ensemble de la procédure est définitivement affecté quand elles ne sont pas respectées dès l'origine⁸²⁸. Il s'agit de garanties minimales, essentielles, dont aucun argument de souplesse ou d'efficacité ne peut justifier sa méconnaissance. En particulier, en matière de sanctions administratives, l'autorité doit garantir le respect des droits de la défense⁸²⁹, la contradiction⁸³⁰, ainsi que

⁸²⁴ C.E.D.H. 8 déc. 1999, *Pellegrin c/ France*. ; A.J.D.A. 2000, p. 530, chron. FLAUSS ; J.C.P. 2000, I, n° 203, p. 195, chron. SUDRE ; R.F.D.A. 2000, p. 1268, chron. KISSANGOULA ; C.E.f. 23 févr. 2000, *L'Hermite*, n° 192480, J.C.P. 2000, II, 10371, comm. MONIOLLE ; C.E.f. 5 juillet 2000, *Syndicat Force ouvrière du personnel du ministère des Affaires étrangères* ; C.E.f. Ass. 11 juillet 2001, *Min. défense c/ Préaud*, n° 219312, A.J.D.A. 2001, p. 841, chron. GUYOMAR et COLLIN ; R.F.D.A. 2001, p. 1047, concl. BERGEAL Or, la C.E.D.H. n'a pas complètement abandonné le critère patrimonial : C.E.D.H. Grande chambre, 19 avril 2007, Vilho Eskelinen et a. c/ Finlande, n° 63235/00, R.F.D.A. 2007 n° 5, p. 1031, comm. GONZALEZ. Dans ce sens : C.E.f. 12 déc. 2007, *Siband, Rec.*, p. 928 ; P.A. 29 avril 2008, concl. GUYOMAR.

⁸²⁵ C.E.D.H. 21 février 1984, *Oztürk*, Série A, vol. 73, § 49.

⁸²⁶ C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n 43, § 51 ; C.E.D.H. 26 mars 1982, *Adolf c/ Autriche*, Série A n° 49, § 40.

⁸²⁷ « (...) la Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la « décriminalisation » existant sous des formes diverses - dans les États membres ». La sanction administrative « ne se heurte pas à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 », C.E.D.H. 21 février 1984, *Oztürk*, Série A, vol. 73, § 49 ; C.E.D.H. 26 septembre 1996, *Mialhe c/ France (n° 2)*, *Rec.*, 1996-IV.

⁸²⁸ « D'autres exigences de l'article 6, et notamment de son paragraphe 3, peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge du fond si et dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès », C.E.D.H. 24 nov. 1993, *Imbrioscia c/ Suisse*, Série A, n° 275, § 36. Il s'agit d'une exception et non d'un revirement de jurisprudence : « La Cour rappelle (...) Que d'après sa jurisprudence constante, une violation de l'article 6-1 de la Convention ne peut être fondée sur le manque allégué d'indépendance ou d'impartialité (...) si la décision rendue était soumise au contrôle subséquent d'un organe judiciaire doté de la plénitude de juridiction et offrant les garanties de l'article 6 », C.E.D.H. 19 déc. 1997, *Helle c. / Finlande*, n° 157/1996/776/977, § 46.

⁸²⁹ « (...) que, cependant et alors même que l'Acnusa n'est pas une juridiction au regard du droit interne, ce pouvoir de sanction doit être aménagé de telle façon que soient assurés le respect des droits de la défense de la personne mise en cause », C.A.A. Paris, 20 juin 2006, *Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires (Acnusa) c/ Sté Scandinavian Airlines System*, n° 06PA00310.

⁸³⁰ C.E.f. Sect., 27 oct. 2006, *M. PARENT et Autres c/ A.M.F.*, n° 276069, 277198, 277460, R.F.D.A. Nov.-déc. 2006, p. 1277.

l'impartialité de la procédure⁸³¹. Ces garanties minimales, conformant le noyau dur du procès équitable, sont exigées par le juge interne lorsque la procédure administrative de sanction doit respecter le droit au procès équitable⁸³². En revanche, d'autres garanties dont la publicité des audiences⁸³³ et l'assistance d'avocat⁸³⁴, peuvent légitimement être absentes dans la phase administrative du procès équitable.

Les raisons de souplesse et d'efficacité de la sanction ayant motivé le recours à la sanction administrative seraient trahies si la procédure devant être respectée par l'autorité administrative était identique à la procédure menée devant les juridictions ou même plus lourde que la procédure suivie par les juridictions⁸³⁵. Le respect des garanties minimales se montre ainsi comme une solution de compromis.

En droit français, l'application des garanties traditionnellement associées à la répression pénale, aux sanctions administratives, est soumise à différents critères conduisant au même résultat : l'existence de sanctions à différents niveaux de garanties pour la personne mise en cause. La jurisprudence constitutionnelle ne saurait être le facteur d'uniformisation, dans la mesure où elle continue à maintenir dans la réserve la possibilité d'identifier des sanctions n'ayant pas le caractère d'une punition. La jurisprudence relative au droit au procès équitable ne concerne qu'une partie des sanctions administratives et, dès lors, même les garanties minimales ne sont pas exigées à l'égard de toute sanction administrative. Cette application conditionnée des garanties, en droit français, contraste avec l'application uniforme en droit colombien.

B. L'application uniforme en droit colombien

La constitutionnalisation du droit colombien est le fait tant de la portée du texte constitutionnel, disposant des prévisions normatives pour un nombre important de matières, que de la jurisprudence constitutionnelle se prononçant non seulement sur la constitutionnalité des lois, mais aussi sur la protection individuelle des droits fondamentaux, par la voie de l'action en tutela. Concernant les garanties applicables au prononcé de sanctions administratives, la constitutionnalisation joue un rôle de premier rang : la Constitution et des

⁸³¹ Le défaut d'impartialité ne pourra pas être rattrapé par le contrôle juridictionnel ultérieur : C.E.f. 4 avril 1999, *GIE Oddo-Futures*, n° 182421. L'impartialité reconnue par l'art. 6 n° 6 est un moyen opérant à l'égard des autorités administratives : C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec.*, p. 399 ; *A.J.D.A.* 2000, p. 126, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *R.F.D.A.* 2000, p. 1060, note SERMENT.

⁸³² C.cas, Ass. Plén., 5 février 1999, *Oury c/ COB*, *Gaz. Pal.* 24-25 fév. 1999, p. 8 concl. LAFORTUNE ; *Bull. Joly bourse*, 1999, p. 139. ; *P.A.* 10 février 1999, n° 29, p. 3, note P.M. ; *J.C.P.* 1999, II, 10060, note MATSOPOULOU ; C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec.* p. 399 ; *A.J.D.A.* 2000, p. 126, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *R.F.D.A.* 2000, p. 1060, note SERMENT ; C.E.f. 28 oct. 2002, *Laurent*, *Rec.*, p. 361 ; *A.J.D.A.* 2002, p. 1492, note COSTA ; *R.D.P.* 2002, p. 1607, note PRETOT ; C.E.f. 31 mars 2004, *Société Etna Finance e M. Parent c/ AMF* ; *P.A.*, 29 juillet 2005, n°150 p. 14.

⁸³³ C.E.f. 4 avril 1999, *GIE Oddo-Futures*, n° 182421.

⁸³⁴ C.E.f. sect., 27 oct. 2006, *M. PARENT et Autres c/ AMF*, n° 276069, 277198, 277460 in, *R.F.D.A.* nov-déc. 2006, p. 1277.

⁸³⁵ Par ailleurs, il affirme que « infliger une sanction, c'est plus délicat, et je dirai plus risqué, par exemple pour l'Autorité des marchés financiers, que de rendre une ordonnance pénale. Il y a un luxe de procédures, de garanties à respecter,... qu'on ne retrouve pas dans l'instruction pénale, comme si la seule intervention du juge qui est la différence même entre la sanction pénale et la sanction administrative, constituait une garantie si forte qu'elle pouvait dispenser l'autorité investie du pouvoir de sanction d'un luxe de garanties qui pèsent et qui pèseront de plus en plus sur la répression administrative », Matias GUYOMAR, « Les sanctions administratives », *P.A.* 12 janvier 2006, n° 9, p. 9.

normes intégrées au bloc de constitutionnalité prévoient des garanties processuelles applicables en matière de sanctions administratives. Ces normes font partie d'un droit fondamental pouvant être l'objet de protection juridictionnelle. Le bloc de constitutionnalité en matière punitive (1) s'intègre au droit à la procédure régulière du droit pour la décision des sanctions administratives (2).

1. Le bloc de constitutionnalité en matière punitive

La Constitution colombienne intègre dans son corps une énumération de droits fondamentaux qui n'est pas exhaustive : non seulement le juge peut reconnaître l'existence d'un droit fondamental, inhérent à la personne humaine et non expressément reconnu⁸³⁶ ; mais, aussi, les traités internationaux en matière des droits de l'homme dont la Colombie fait partie, sont d'application prioritaire dans le droit interne et ils sont un critère général d'interprétation du droit⁸³⁷. En termes de garanties pour l'exercice du pouvoir de sanction, la Colombie a notamment souscrit deux engagements en matière des droits de l'homme :

La Colombie a adopté le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966⁸³⁸, disposant dans son article 14 une série de garanties relatives aux tribunaux et aux cours de justice⁸³⁹. En particulier, il est reconnu l'égalité devant le juge indépendant et impartial, la publicité, la présomption d'innocence, le droit d'être entendu, le droit de se défendre personnellement ou d'avoir un avocat, le droit d'interroger les témoins, etc.⁸⁴⁰. Il s'agit d'un instrument proche de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cependant, cet instrument ne dispose pas d'une instance internationale, notamment d'une Cour chargée de son application et, dès lors, les termes utilisés n'ont pas été interprétés comme comprenant aussi les sanctions administratives.

En revanche, la Convention américaine des droits de l'homme, souscrite le 22 novembre 1969 et ratifiée aussi par la Colombie⁸⁴¹ dispose, quant à elle, de la Cour

⁸³⁶ « L'énumération des droits et des garanties contenus dans la Constitution et dans les conventions internationales en vigueur ne saurait signifier la négation d'autres droits ou d'autres garanties, ne figurant pas dans ces textes ; mais, étant inhérents à la personne humaine », art. 94 de la Const.c.

⁸³⁷ « Les traités et les conventions internationales ratifiés par le Congrès, reconnaissant des droits de l'homme et prohibant sa limitation dans des périodes d'exception, sont d'application prépondérante dans l'ordre interne. Les droits et les devoirs prévus dans cette Constitution seront interprétés conformément aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, ratifiés par la Colombie », art. 93, al. 1-2 de la Const.c.

⁸³⁸ Résolution n° 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale de l'O.N.U. La ratification colombienne a été réalisée par la loi n° 74 du 26 déc. 1968.

⁸³⁹ La France a adhéré au Pacte le 4 novembre 1980, tout en formulant des réserves. Quant à cet article, « Le gouvernement de la République française émet une réserve concernant les articles 9 et 14 en ce sens que ces articles ne sauraient faire obstacle à l'application des règles relatives au régime disciplinaire dans les armées », réserve n° 3.

⁸⁴⁰ « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : a. être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle ; b. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix (...) » L'énumération continue.

⁸⁴¹ Loi n° 16 du 30 déc. 1972.

interaméricaine qui a élargi l'application des « *garanties judiciaires* »⁸⁴² à toute décision pouvant léser les droits des personnes. En effet, bien qu'elle ait exigé le respect des garanties prévues à l'article 8 de la Convention américaine en raison de la gravité des conséquences⁸⁴³, l'ensemble de la jurisprudence ne réserve pas les garanties au prononcé de mesures d'une certaine gravité. La Cour détermine que les garanties « *judiciaires* » doivent être respectées quand un organe de l'État exerce des fonctions dites matériellement juridictionnelles⁸⁴⁴, ce qui signifie, dans ses propres termes, qu'elle adopte une décision lézant des droits de la personne⁸⁴⁵ et qu'elle conduit une instance processuelle⁸⁴⁶. De même, la Cour ne réserve pas le terme « *procès* » aux juridictions et reconnaît un droit au procès régulier du droit en matière de sanctions administratives⁸⁴⁷. En particulier, la procédure disciplinaire est concernée par le respect des garanties de l'article 8 de la Convention américaine et la Cour rejette tous les arguments pouvant justifier une répression disciplinaire dépourvue de garanties⁸⁴⁸. La Cour interaméricaine a aussi précisé qu'en dehors de la compétence de sanction administrative, le respect de la Convention se satisfait des garanties minimales « *visant à assurer que la décision ne sera pas arbitraire* »⁸⁴⁹, notamment la motivation⁸⁵⁰. De prime abord, la jurisprudence de la

⁸⁴² « Article 8. Garanties judiciaires : 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties nécessaires, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine. 2. Toute personne accusée d'un délit est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. Pendant l'instance, elle a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : a. Droit de l'accusé d'être assisté gratuitement d'un traducteur ou d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ou au tribunal ; b. notification préalable et détaillée à l'accusé des charges portées contre lui (...) ».

⁸⁴³ « Il n'est pas douteux qu'en raison des graves conséquences entraînées par une telle sanction, l'État a dû garantir au travailleur les garanties de la procédure régulière du droit aux termes de la Convention américaine », C.I.D.H. Sentence du 2 fév. 2001, affaire *Baena Ricardo et autres c. Panama*, Série C, n° 72, § 134.

⁸⁴⁴ « (...) tout organe étatique exerçant des fonctions matériellement juridictionnelles a l'obligation de prendre des décisions respectant les garanties de la procédure régulière du droit, aux termes de l'art. 8 de la Convention américaine », C.I.D.H. Sentence du 31 janvier 2001, affaire du Tribunal constitutionnel c/ Pérou, §71 ; C.I.D.H. Sentence du 6 fév. 2001, affaire *Ivcher Bronstein c/ Pérou*, § 102.

⁸⁴⁵ « Tous les organes exerçant des fonctions matériellement juridictionnelles doivent prendre des décisions justes, respectant pleinement les garanties de la procédure régulière du droit, établies par l'article 8 de la Convention américaine (...) et cela s'applique aussi lorsqu'une autorité publique non judiciaire, émet des décisions lézant les droits de la personne », C.I.D.H. Sentence du 23 juin 2005, affaire *Yatama c/ Nicaragua*, § 149 ; C.I.D.H. Sentence du 22 nov. 2005, affaire *Palamara Iribarne c/ Chili*, § 164. 149.

⁸⁴⁶ L'article 8 de la Convention concerne « (...) l'ensemble des garanties devant être respectées dans les instances processuelles », C.E.D.H. *Garantías judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Avis consultatif OC-9/87 du 6 octobre 1987, Série A, n° 9, § 27 ; C.I.D.H. Sentence du 31 janvier 2001, affaire du Tribunal constitutionnel c/ Pérou, § 69.

⁸⁴⁷ « Cela veut dire que toute action ou omission des organes étatiques dans un procès, administratif de sanction ou juridictionnel, doit respecter la procédure régulière du droit », C.I.D.H. Sentence du 2 fév. 2001, affaire *Baena Ricardo y Otros c/ Panamá*. Série C, n° 72, § 124. . Confirmé par C.I.D.H. Sentence du 6 fév. 2001, affaire *Ivcher Bronstein c/ Pérou*, § 102 et C.I.D.H. Sentence du 6 déc. 2001, affaire *Las Palmeras c/ Colombie*, § 16 et C.I.D.H. Sentence du 23 juin 2005, affaire *Yatama c/ Nicaragua*, § 147. Dans le système interaméricain, le droit d'accès à la justice « concerne tant le respect des garanties judiciaires (procédure régulière du droit dans toutes les procédures, judiciaires ou administratives, déterminant la reconnaissance, la protection ou l'exercice d'un droit) que la décision conforme au droit, obtenue dans un délai raisonnable », Paola ACOSTA, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, *Temas de derecho público*, n° 77, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007, p. 19.

⁸⁴⁸ « Dans n'importe quelle matière, même du travail et administrative, la compétence discrétionnaire de l'administration a des limites intangibles, notamment le respect des droits de l'homme. L'activité administrative doit être régulée, ne pouvant pas alléguer l'ordre public pour diminuer discrétionnairement les garanties des administrés. Par exemple, l'administration ne peut pas sanctionner sans garantir la procédure régulière du droit (...) Les États ne peuvent pas prétendre être exclus de l'obligation de respect des garanties de l'article 8 lorsqu'ils prennent des sanctions disciplinaires et non pénales. Admettre cette interprétation équivaldrait à laisser à la volonté de chaque État le respect du droit de toute personne à la procédure régulière du droit », C.I.D.H. Sentence du 2 fév. 2001, *Baena Ricardo et autres c. Panama*, Série C, n° 72, § 126 et 129.

⁸⁴⁹ C.I.D.H. Sentence du 19 septembre 2006, affaire *Claude Reyes et autres c/ Chili*, Série C, n° 151, § 119.

⁸⁵⁰ « La Cour a établi que les décisions des organes étatiques pouvant léser les droits de l'homme doivent être suffisamment motivées car, au cas contraire, la décision serait arbitraire (...) Dans les faits de l'espèce, l'autorité

Cour interaméricaine, en matière d'application des garanties dites judiciaires aux sanctions administratives, est beaucoup moins développée que celle de la Cour européenne, établissant des indices et des critères pour considérer qu'une sanction administrative est une accusation en matière pénale, au sens de la Convention européenne ; mais, paradoxalement, le faible conditionnement de l'application de ces garanties permet de conclure sur une protection beaucoup plus générale, au moins dans les termes utilisés par la Cour interaméricaine.

La Cour constitutionnelle colombienne a expressément reconnu que tant le Pacte international des droits civils et politiques que la Convention américaine des droits de l'homme font partie des instruments internationaux que l'article 93 de la Constitution colombienne fait prévaloir dans l'ordre interne⁸⁵¹. L'interprétation extensive de la Convention américaine permet ainsi, à tout citoyen colombien, d'invoquer dans l'ordre interne le respect des garanties reconnues par l'article 8 de la Convention *in abstracto* et *in concreto*. *In abstracto*, la méconnaissance des garanties prévues par ces instruments internationaux peut être utilisée comme argument pour la demande citoyenne de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi⁸⁵². *In concreto*, lors des procédures de sanction, la personne mise en cause peut demander le respect de ces garanties par la voie de l'action en tutela⁸⁵³, mécanisme aussi rapide qu'efficace⁸⁵⁴. Quant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, rien n'empêche que le juge interne interprète que, malgré ses termes restrictifs, celui-ci s'applique aux sanctions administratives. Or, cela ne signifierait pas nécessairement l'application immédiate de l'ensemble des garanties aux sanctions administratives, car la jurisprudence interne a précisé que certaines garanties, notamment, le droit à la défense d'un avocat, sont réservées aux sanctions pénales⁸⁵⁵. De surcroît, c'est la question de l'indépendance du « juge », appliquée aux autorités administratives, qui aurait la possibilité de donner lieu à une jurisprudence déterminant soit l'exclusion de cette garantie à l'égard des sanctions administratives, soit l'adoption de critères pour l'exigence d'indépendance de

administrative chargée de décider la demande d'information n'a pas pris une décision écrite et motivée qui aurait pu permettre de connaître les motifs et les normes qui ont justifié la décision négative. Cela aurait permis de déterminer si la restriction était compatible avec la Convention et, par conséquent, la décision a été arbitraire », C.I.D.H. Sentence du 19 septembre 2006, affaire Claude Reyes et autres c/ Chili., § 120 et 122.

⁸⁵¹ « Concernant la présomption d'innocence, les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, ratifiés par la Colombie, font partie du bloc de constitutionnalité dans la mesure où la présomption d'innocence est un droit de l'homme qui ne peut pas être limité dans des situations exceptionnelles. Si le droit à la procédure régulière du droit et le principe de légalité ne peuvent pas être limités, conformément à l'art. 27 de la loi n° 16 de 1972, ratifiant la Convention américaine relative aux droits de l'homme, à plus forte raison la présomption d'innocence qui est à la base des garanties de légalité et de procédure régulière du droit », C.c.c. Sentence C-774/01, 25 juillet 2001, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁸⁵² « L'examen de la constitutionnalité doit être réalisé non seulement à l'égard du texte formel de la Constitution, mais aussi à l'égard d'autres dispositions qui conformément à la Constitution ont le niveau constitutionnel (bloc de constitutionnalité stricto sensu) », C.c.c. Sentence C-774/01, 25 juillet 2001, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁸⁵³ « Par l'action en tutela, toute personne pourra demander aux juges, en tout moment et en tout endroit, la protection de ses droits constitutionnels fondamentaux, lorsque ceux-ci sont méconnus ou menacés par l'action ou l'omission d'une autorité publique. Le procès de tutela sera bref et instruit avant tout autre procès en cours. Afin de protéger les droits fondamentaux, le juge pourra prononcer une injonction de faire ou de ne pas faire. La décision sera immédiatement exécutoire (...) La demande de tutela devra être décidée avant l'expiration du délai de dix jours. (...) », art. 86 Const.c.

⁸⁵⁴ L'action en tutela permet une « protection renforcée face à la violation ou à la menace à l'égard de ce droit fondamental. Elle permet un accès réel, opportun et effectif à l'administration de la justice, car dans un délai de 10 jours et non de 10 ans, la personne obtient une sentence qui, le cas échéant, ordonne le rétablissement in nature du droit protégé », Sergio GONZALEZ, « Constitucionalización del procedimiento administrativo en Colombia », *loc. cit.*, p. 944.

⁸⁵⁵ C.c.c. Sentence C-131 de 2002, 26 fév. 2002, M.R. Jaime CORDOBA.

l'organe, ainsi que la détermination de la portée de l'exigence d'indépendance à l'égard des autorités administratives. La possibilité réelle reste, pour le moment, théorique dans la mesure où il n'existe pas de jurisprudence dans la matière⁸⁵⁶.

2. La procédure régulière du droit pour l'imposition de sanctions administratives

L'essentiel des garanties prévues à l'article 29 de la Constitution colombienne de 1991 a été d'abord reconnu à la procédure pénale⁸⁵⁷ et les juridictions refusaient de réaliser par elles-mêmes une application extensive de l'ensemble des garanties reconnues dans la procédure pénale, à la sanction administrative⁸⁵⁸. Lorsque la Constituante de 1990 envisage d'élargir le champ d'application de ces garanties à l'administration, c'est à la sanction administrative qu'elle pense en premier lieu, en la considérant comme matériellement identique à la sanction pénale, ce qui justifierait, dès lors, de l'entourer de garanties semblables⁸⁵⁹. Avec l'adoption de la Constitution, il a été acquis que toute la procédure administrative sanctionnatrice ou non sanctionnatrice doit respecter la procédure régulière du droit. Cependant, ce sont dans les sanctions administratives que le droit constitutionnel fondamental à la procédure régulière du droit trouve son application la plus exigeante, grâce à la jurisprudence constitutionnelle et administrative.

La jurisprudence colombienne dans la matière se construit à partir de l'unité du pouvoir punitif de la puissance publique, ou *jus puniendi*, qui peut adopter diverses formes⁸⁶⁰, notamment la forme d'une sanction pénale et la forme d'une sanction administrative⁸⁶¹. Cette unité ontologique du pouvoir punitif de l'État permet d'affirmer que les garanties de la procédure régulière du droit, en matière punitive, ne s'associent pas à la juridiction pénale, mais à toutes les manifestations du *jus puniendi*. La jurisprudence a ainsi nié que l'administration exerce des fonctions juridictionnelles lorsqu'elle sanctionne, alors même qu'elle administre la justice⁸⁶². En conséquence, il est inexact d'affirmer que, lorsque

⁸⁵⁶ Certes, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a fait application directe des exigences d'indépendance et d'impartialité à l'égard des autorités administratives colombiennes, mais dans le cadre de l'exercice de fonctions juridictionnelles : C.c.c. Sentence C-1071-02, 3 déc. 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE, § 9.

⁸⁵⁷ Cela était l'idée des constitutions colombiennes antérieures à celle de 1991, notamment la première (Constitution de l'État fédéré de Cundinamarca de 1811, art. 16 et 17) et la dernière (Constitution nationale de la République de Colombie, de 1886, art. 26).

⁸⁵⁸ Certes, le C.C.A. de 1984 avait néanmoins prévu des droits procéduraux dont le droit à la défense. Mais, « (...) il existait d'autres garanties qui n'étaient pas refusées ; mais, non plus affirmées, notamment la légalité, le non bis in idem, la reformatio in pejus et le principe d'application de la loi moins sévère », C.E.c. Section 3, Sentence du 10 nov. 2005, affaire n° 14157, C.R. Alier HERNANDEZ.

⁸⁵⁹ « La nature de l'organe chargé de sanctionner n'altère pas la nature de l'acte punitif. Il n'existe certainement aucune différence ontologique entre les sanctions qui sont décidées par l'organe juridictionnel et celles qui résultent d'une décision administrative, puisque les deux décisions lèsent des intérêts essentiels de la personne, notamment sa liberté personnelle ou son patrimoine économique (...) Par conséquent, les principes qui régulent le droit punitif des délits, notamment celui de la culpabilité, doivent nécessairement s'élargir, dans leur application, aux autres disciplines punitives qui n'ont pas été développées par la doctrine », Hernando LONDOÑO, débat sur l'article 29 de la Constitution à l'Assemblée nationale Constituante, *Gaceta Constitucional*, n° 84, p. 8.

⁸⁶⁰ « Toutes les infractions ont une même nature, indépendamment du fait qu'elles soient sanctionnées par une autorité administrative ou juridictionnelle ou des différences formelles. Dès lors, les principes processuels doivent être appliqués à tout type de sanction », C.c.c. Sentence T-011-92, 22 mai 1992, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁸⁶¹ « (...) le droit pénal n'est qu'une des espèces du droit sanctionnateur et ses principes s'appliquent mutatis mutandi à toutes les formes du droit sanctionnateur », C.c.c. Sentence C-1161-00, 6 sept. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ.

⁸⁶² C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY. Pour la Cour, « Les autorités disciplinaires exercent une activité dont le contenu matériel est celui de l'administration de la justice », C.c.c. Sentence C-014-04, 20

l'administration exerce son pouvoir punitif, elle met en place un procès administratif de type juridictionnel⁸⁶³. Il s'agit d'un procès ou d'une procédure administrative du type exigé pour l'exercice de toutes les formes du pouvoir punitif de la puissance publique. Les garanties de la procédure régulière du droit sont une limite commune des formes du *jus puniendi*⁸⁶⁴ et ces garanties ont été reconnues comme le fondement constitutionnel même des sanctions administratives⁸⁶⁵. Par conséquent, il n'est pas possible d'établir des critères au sein de la sanction administrative visant à exclure des garanties de la procédure régulière du droit⁸⁶⁶, notamment la sanction ayant ou non le caractère d'une punition ou la sanction constituant ou non une accusation en matière pénale⁸⁶⁷. Le respect des garanties a été exigé, même en matière de sanctions au sein de l'école⁸⁶⁸. Or, le respect de l'ensemble des garanties ne signifie pas une rigueur identique à celle exigée en matière pénale⁸⁶⁹, comme l'application directe des normes pénales à la procédure administrative de sanction⁸⁷⁰.

La procédure régulière du droit, en matière punitive, consiste en des droits et des garanties devant être respectées pour l'imposition d'une sanction⁸⁷¹. Ainsi, la jurisprudence exige que la sanction administrative respecte la légalité des incriminations et des sanctions⁸⁷², l'égalité, la proportionnalité de la sanction, et la responsabilité du fonctionnaire pour

janvier 2004, M.R. Jaime CORDOBA ; il s'agit d'« une procédure administrative remplissant matériellement la fonction d'administrer la justice », C.c.c. Sentence SU-901-05, 1^{er} sept. 2005, M.R. Jaime CORDOBA.

⁸⁶³ « (...) le procès disciplinaire est administratif quant à ses formes, mais juridictionnel quant au respect de la procédure régulière du droit », Carlos GOMEZ, *Dogmática del derecho disciplinario*, op. cit., p. 158.

⁸⁶⁴ « Le législateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour organiser le pouvoir punitif de l'État. Néanmoins, il ne pourrait pas méconnaître des droits fondamentaux, dont la procédure régulière du droit, qui sont composés par des garanties substantielles et processuelles visant à protéger la liberté et les autres droits des personnes », C.c.c. Sentence C-782-05, 28 juillet 2005, M.R. Alfredo BELTRAN.

⁸⁶⁵ « Il est vrai que la fonction sanctionnatrice de l'administration n'a pas un fondement explicite dans la Constitution. Mais, celle-ci en fait une référence implicite : l'art. 29 de la Const.c. dispose que la procédure régulière du droit doit être garantie dans toutes les activités judiciaires comme administratives. Cela veut dire que les mêmes garanties sont exigées en matière de sanctions administratives. Ainsi, la Constitution reconnaît implicitement la prérogative de sanction administrative », C.c.c. Sentence C-506-02, 3 juillet 2002, M.R. Marco MONROY.

⁸⁶⁶ Avant la Constitution de 1991, l'on pouvait encore affirmer qu'« il n'est pas possible d'appliquer les règles du droit pénal aux sanctions financières car ces sanctions cherchent à protéger l'ordre public économique et exigent rapidité et objectivité », Enrique LAW, « Policía administrativa y actividad financiera », loc. cit., p. 8.

⁸⁶⁷ « Dans le constitutionnalisme moderne n'existent pas d'espaces exclus du droit : les principes d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire qui ont longtemps été appliqués dans le droit disciplinaire, ont dû laisser la place au principe de légalité », Carlos GOMEZ, *Dogmática del derecho disciplinario*, op. cit., p. 155.

⁸⁶⁸ « Les écoles ne sont pas exonérées du respect de la procédure régulière du droit. Personne ne peut être sanctionné sans avoir eu la possibilité de se défendre, avec les garanties de la procédure régulière du droit. Toutes les personnes ont droit à la présomption d'innocence qui ne peut pas être démentie sans avoir entendu la personne et lui donner la possibilité de s'expliquer, de présenter et de contredire les preuves », C.c.c. Sentence T-500-92, 21 août 1992, M.R. José HERNANDEZ. (...) Ce n'est pas suffisant que les sanctions soient justifiées ou raisonnables. Elles doivent être décidées lors d'une procédure garantissant la procédure régulière du droit », C.c.c. Sentence T-713-10, 8 sept. 2010, M.R. María CALLE.

⁸⁶⁹ « Les principes du droit pénal, paradigme des garanties du *jus puniendi*, s'appliquent, avec des nuances, à toutes les formes de l'activité sanctionnatrice de l'État », C.E.c. Section 4, Sentence du 3 déc. 1999, n° 9625, C.R. Delio GOMEZ.

⁸⁷⁰ C.E.c. Section 4, 20 sept. 1994, affaire n° 5658, C.R. Jaime ABELLA ; C.E.c. Section 1^{re}, 20 mars 1997, affaire n° 3993, C.R. Libardo RODRIGUEZ.

⁸⁷¹ « La procédure régulière du droit c'est l'ensemble des droits qui l'intègrent », C.E.c. Section 3, Sentence du 10 nov. 2005, affaire n° 14157 ; C.R. Alier HERNANDEZ.

⁸⁷² « Le droit à la procédure régulière du droit a des niveaux d'évolution semblables au droit pénal : tous les droits de ce droit s'appliquent pleinement à la sanction disciplinaire ; même la défense d'un avocat et la légalité des fautes et des sanctions », C.E.c. Section 3, Sentence du 10 nov. 2005, affaire n° 14157 ; C.R. Alier HERNANDEZ.

l'adoption de la sanction⁸⁷³. De même, l'impartialité, la publicité et la contradiction sont exigées⁸⁷⁴. La présomption d'innocence est reconnue comme une garantie essentielle : la clef de voûte de la procédure régulière du droit en matière punitive⁸⁷⁵, justifiant et irradiant l'ensemble des garanties⁸⁷⁶, notamment les droits de la défense et le droit à la preuve, à présenter et à contredire des preuves.

Il est vrai que la jurisprudence constitutionnelle a affirmé que le droit de la défense est le noyau dur de la procédure régulière du droit⁸⁷⁷. Celui-ci est constitué principalement par la possibilité d'être entendu et de garder le silence afin de ne pas s'auto-inculper⁸⁷⁸. Néanmoins, cette affirmation relative au noyau dur ne signifie pas la possibilité de méconnaître les autres exigences qui sont systématiquement exigées. Par ailleurs, le Conseil d'État a aussi affirmé l'existence d'un noyau dur en matière de sanctions administratives dont l'application se réalise dans des termes identiques en matière pénale et en matière administrative. Il s'agit, pour le Conseil d'État, de la sanction par une autorité préalablement établie et disposant de compétence pour adopter cette décision ; du délai raisonnable ; du droit de la défense ; du droit à la preuve et à contredire les preuves ; du *non bis in idem* ; de l'application de la loi la moins sévère ; de la *non reformatio in pejus* et de la légalité de l'infraction et de la sanction⁸⁷⁹. Cette différence entre les jurisprudences constitutionnelle et administrative montre, qu'en droit colombien, l'idée d'un noyau dur ne signifie pas l'existence de garanties minimales, mais des garanties dont l'importance est majeure, alors même que les autres garanties ne peuvent pas, non plus, être méconnues.

Les droits de la défense ne sont pas réservés aux sanctions juridictionnelles ou administratives. L'association de la sanction administrative à la sanction pénale permet de

⁸⁷³ « L'exercice du jus puniendi doit respecter la stricte légalité, la présomption d'innocence, la proportionnalité, la raison suffisante, l'égalité et la responsabilité pour l'adoption de la décision », C.c.c. Sentence C-205-03, 11 mars 2003, M.R. Clara VARGAS.

⁸⁷⁴ « Le pouvoir punitif de l'État en matière administrative et disciplinaire ne peut pas méconnaître les principes de légalité, d'impartialité, de publicité, de la présomption d'innocence, de la défense et de la contradiction », C.c.c. Sentence T-097-94, 7 mars 1994, M.R. Eduardo CIFUENTES. « (...) dans les procédures administratives punitives, la personne intéressée doit avoir l'opportunité de s'exprimer avant de décider, comme un moyen de garantir le droit fondamental à la procédure régulière (art. 29 Constitution) afin de rendre effectifs les droits à la défense et à la contradiction », C.E.c. Sentence du 9 juillet 1998, affaire n° 13.900, citée par : C.E.c. Section 3, Sentence du 17 juillet 2003, affaire n° 24.707, C.R. Alier HERNANDEZ. Dans le même sens : C.c.c. Sentences T-442-92, 3 juillet 1992, M.R. Simón RODRIGUEZ ; SU-219-03, 13 mars 2003, M.R. Clara VARGAS ; C-1201-03, 9 déc. 2003, M.R. Marco MONROY.

⁸⁷⁵ La présomption d'innocence c'est un « principe cardinal de notre droit qui n'admet pas d'exceptions et qui impose le déroulement d'une procédure régulière du droit pour la contredire », C.c.c. Sentence C-774/01, 25 juillet 2001, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁸⁷⁶ Toutes ces garanties se fondent sur la présomption d'innocence qui, pour pouvoir décider des sanctions administratives ou pénales, doit être contredite par l'État», C.c.c. Sentence T-520-92, 16 sept. 1992, M.R. José HERNANDEZ.

⁸⁷⁷ « Le droit de la défense est le noyau dur de la procédure régulière du droit. Celui-ci se compose du droit d'être entendu avec des pleines garanties constitutionnelles, ainsi que le droit à garder le silence et à livrer sa propre version des faits. Cela se traduit par le droit de ne pas s'auto-inculper ou inculper son conjoint, son concubin ou ses familiers les plus proches », C.c.c. Sentence C-782-05, 28 juillet 2005, M.R. Alfredo BELTRAN.

⁸⁷⁸ Le droit à ne pas s'auto-inculper est reconnu à l'art. 33 de la Const.c. « Dans d'autres constitutions ce droit était reconnu et il était nécessaire de le maintenir. C'est immoral d'obliger une personne à déclarer contre lui-même ou contre ses familiers les plus proches, dans n'importe quelle matière, criminelle, correctionnelle ou de police », Francisco de Paula PEREZ, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5^e éd., Lerner, Bogota, 1962, p. 177.

⁸⁷⁹ Le Conseil d'État différencie les garanties dont l'application est identique à la matière pénale et celles qui admettent une application différente, mais non d'exclusion. Dans le premier groupe on trouve : le droit à n'être enquêté et sanctionné que par une autorité compétente ; au respect des formes processuelles ; à obtenir une décision dans un délai raisonnable ; à la présomption d'innocence ; la possibilité de contredire les preuves et d'exclure les preuves recueillies irrégulièrement ; le droit de la défense ; de contester la décision ; le *non bis in idem* ; l'application de la loi la moins sévère et le *non reformatio in pejus* », C.E.c. Section 3, Sentence du 10 nov. 2005, affaire n° 14157, C.R. Alier HERNANDEZ.

reconnaître aussi à la sanction administrative une série de garanties substantielles et processuelles, originalement conçues pour la répression pénale. En France, l'application de ces garanties à la sanction administrative est soumise à des critères et à des conditions issues de la jurisprudence, alors qu'en Colombie, aucune des garanties dont dispose le juge pénal n'est refusée, par principe, aux autorités administratives dans l'exercice de son *jus puniendi*. Certes, l'application de ces garanties à la sanction administrative peut être soumise à des nuances ; mais, cela ne peut pas aller jusqu'au point d'exclure une sanction administrative des garanties constitutionnelles. Or, l'application des garanties de la procédure régulière du droit aux autorités administratives n'a pas posé de problèmes en raison du fait que l'indépendance de l'autorité sanctionnatrice ne fait pas partie des garanties expressément reconnues par l'article 29 de la Constitution en matière de procédure régulière du droit. Cela pose la question des garanties offertes par l'organe sanctionnateur.

§ 2. Les garanties offertes par l'organe sanctionnateur

Les organes chargés de décider des sanctions administratives sont tout aussi divers que les sanctions administratives qu'ils appliquent. En France, les organes sanctionneurs disposent de degrés variables de dépendance ou d'indépendance et l'application des garanties des droits répressifs à une partie des sanctions administratives est l'une des causes principales de la diversité, à côté de la volonté spontanée du Parlement d'octroyer le pouvoir de sanction à des administrations indépendantes. En Colombie, les différences quant à l'indépendance des autorités chargées de la sanction ne sont pas le résultat de l'application jurisprudentielle des garanties des droits répressifs, mais de la volonté politique du constituant. Même si en France comme en Colombie toutes les autorités administratives sont obligées au respect de l'impartialité, les garanties d'impartialité offertes par les organes sont aussi variables. L'indépendance ne caractérise pas la sanction administrative (**A**), alors que l'impartialité est une garantie générale (**B**) de l'action administrative.

A. L'indépendance ne caractérise pas la sanction administrative

Le renouveau de la sanction administrative s'est opéré par la voie de l'octroi du pouvoir de sanction à des autorités administratives libérées des liens de contrôle, hiérarchiques ou de tutelle. En France, le pouvoir de sanction est venu compléter les divers pouvoirs dont sont souvent munis des organes chargés d'une mission de régulation. L'indépendance de l'organe sanctionnateur, caractéristique jadis réservée à la juridiction⁸⁸⁰, rend caduques les critiques émises auparavant à l'égard des sanctions administratives telles que les auteurs les avaient

⁸⁸⁰ « L'indépendance est réservée par la Constitution à l'autorité judiciaire, et l'on sait d'ailleurs combien elle est relative », Guy BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », *Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1998, p. 708. « Si cette indépendance les distingue radicalement des autres structures administratives, elle les rapproche des juridictions », Jean DOUVRELEUR et Olivier DOUVRELEUR, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 325. En raison de l'indépendance, il était soutenu qu'il s'agissait d'autorités « indépendantes, certes, mai, pas administratives puisqu'elles sont soustraites à toute intervention de l'exécutif alors qu'une autorité « administrative » en dépend nécessairement », Roland DRAGO, « Le Conseil de la concurrence », *J.P.C.* 1987, I, 3300, n°7.

connues, c'est-à-dire prononcées par des organes dépendants⁸⁸¹. Dans un premier temps, la jurisprudence constitutionnelle française prend en considération l'indépendance de l'organe afin de valider la constitutionnalité des pouvoirs de sanction⁸⁸². L'argument *a contrario*, très souvent utilisé pour interpréter une jurisprudence aussi circonspecte, signifiait que seule la sanction adoptée par des organes indépendants était conforme à la Constitution. Cependant, le Conseil constitutionnel a su valider la constitutionnalité de la sanction administrative, sans considérer l'indépendance de l'organe⁸⁸³. En Colombie, l'administration indépendante est exceptionnelle et, en matière de sanction, les organes ayant pour fonction le contrôle sont ceux qui disposent d'un pouvoir de sanction avec des garanties d'indépendance. Il est vrai que les garanties de l'administration indépendante (1) en matière de sanction améliorent la situation processuelle de la personne mise en cause. Or, les garanties de l'administration classique (2) montrent que le pouvoir de sanction de l'administration hiérarchisée ne signifie pas l'arbitraire.

1. Les garanties de l'administration indépendante

L'indépendance du juge est une garantie essentielle en matière pénale⁸⁸⁴. En France comme en Colombie, l'indépendance de la juridiction pénale est constitutionnellement garantie⁸⁸⁵. En ce qui concerne l'administration, l'indépendance n'est exigée ni par les droits internes des deux États ni par les engagements internationaux. Le respect du caractère équitable de la procédure n'exige pas l'éclatement des structures hiérarchisées ou l'effacement des contrôles de tutelle à la condition que la décision puisse être l'objet d'un contrôle de pleine juridiction devant un tribunal pleinement indépendant et ayant des pouvoirs de pleine juridiction⁸⁸⁶. En Colombie, l'indépendance de l'organe administratif n'est exigée par la jurisprudence que dans les cas où celle-ci est directement reconnue par la Constitution⁸⁸⁷. En France, sans contrainte constitutionnelle, l'indépendance a été reconnue à

⁸⁸¹ « Si la sanction administrative en elle-même est difficilement compatible avec les principes fondamentaux du droit public français, il est un moyen d'atténuer l'opposition : c'est de considérer la décision portant sanction comme un acte susceptible de recours pour excès de pouvoir et, éventuellement, de prévoir la possibilité d'une indemnisation en cas d'illégalité de la sanction », Claude DURAND et Jacques MOREAU, « Théorie des sanctions administratives », *loc. cit.*, p. 8. Cf. Marcel WALINE, *Droit administratif*, 9^e éd., *op. cit.*, p. 550-551.

⁸⁸² C.c.f. Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Rec.*, p. 18, § 27 ; C.c.f. Décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 99, § 15.

⁸⁸³ C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.*, p. 71, § 6.

⁸⁸⁴ L'absence d'indépendance est incompatible avec le caractère de tribunal : C.E.D.H. 4 juin 2002, *Chevrol c/ France* n° 49639, p. 6, *D.* 2002, somm. P. 2567, obs. RENUCCI ; C.E.D.H. 13 fév. 2003, *Chevrol c/France*, *Rec.* 2003-III, § 83, *A.J.D.A.* 2003, p. 308, obs. de MONTECLER et p. 606, *chron.* FLAUSS ; *D.* 2003, p. 931, note MOUTOUH ; *J.C.P.* 2003, I, 160, n° 4, obs. SUDRE

⁸⁸⁵ L'indépendance de l'autorité judiciaire est confiée à la garde du Président de la République : art. 64 Const.f. Il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle : C.c.f. Décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *R.D.P.* 1980, p.1658, note FAVOREU. Les décisions des juridictions colombiennes sont « indépendantes » (art. 228 Const.c.) puisque les juges ne sont « soumis qu'à l'imperium de la loi » (art. 230 Const.c.).

⁸⁸⁶ C.E.D.H. 23 juin 1981, *Le compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, Série A, n° 43. Cf. Catherine MAMONTOFF, « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », *R.F.D.A.* 1999, p. 1004 ; Romain TINIERE, « La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », *R.F.D.A.* 2009, p. 729. En Colombie, la jurisprudence n'a pas encore eu à se prononcer sur la garantie d'indépendance du tribunal, reconnue par des instruments internationaux, notamment l'art. 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, lorsque cela concerne des autorités administratives.

⁸⁸⁷ C.c.c. Sentence C-445-97, 18 sept. 1997, M.R. Hernando HERRERA ; C.c.c. Sentence C-554-07, 25 juillet 2007, M.R. Jaime ARAUJO.

de nombreuses autorités administratives⁸⁸⁸. Seul le Défenseur des droits a une existence constitutionnelle⁸⁸⁹ ; mais, celui-ci ne dispose pas d'un pouvoir propre de sanction⁸⁹⁰. En revanche, en Colombie, la Constitution a créé directement des autorités indépendantes disposant de pouvoirs de sanction administrative : le procureur général de la nation, chargé du pouvoir disciplinaire prioritaire et dont l'indépendance est reconnue par la Constitution⁸⁹¹ ; la Commission nationale de Télévision⁸⁹², même si celle-ci s'est vu récemment enlever le statut constitutionnel⁸⁹³ en vue de sa suppression, ainsi que les corporations autonomes régionales chargées de l'exécution de la politique en matière environnementale dont l'autonomie est reconnue par la Constitution⁸⁹⁴ et dont celle du « *Río Grande la Magdalena* » a été directement créée par la Constitution⁸⁹⁵. L'indépendance est une garantie qui concerne les relations corporatives de l'autorité administrative et les relations individuelles des personnes faisant partie de l'autorité. Ainsi, l'indépendance de l'organe (a), s'accompagne de l'indépendance des membres de l'autorité (b).

a. L'indépendance de l'organe

L'indépendance de l'organe chargé du pouvoir de sanction garantit à la personne mise en cause que la poursuite et la sanction qu'elle risque ne seront pas déterminées par des facteurs étrangers à la procédure qui, par nature, ne sont pas portés à sa connaissance et à sa discussion. Face à un organe indépendant, la personne mise en cause sait que sa défense doit être dirigée à convaincre l'organe ayant, à lui seul, la compétence réelle pour adopter une

⁸⁸⁸ Sans un recensement officiel actualisé, il est possible d'affirmer qu'aujourd'hui, les autorités indépendantes, administratives indépendantes et publiques indépendantes, dépassent le nombre de quarante et une proportion importante de celles-ci dispose du pouvoir de sanction. Cependant, « *il n'y a pas de dogme selon lequel une autorité administrative indépendante ne pourrait exercer son activité que si elle dispose d'un pouvoir de sanction* », Emmanuel PWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.* 2010, p. 915.

⁸⁸⁹ Art. 71-1 de la Const.f., introduit par l'art. 41 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

⁸⁹⁰ Le défenseur des droits peut saisir l'autorité disposant du pouvoir disciplinaire (art. 29 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011). De même, il peut recommander à l'autorité ayant agréé ou disposant un pouvoir de sanction à l'égard de l'auteur d'actes de discrimination, de faire usage de ses pouvoirs de sanction (art. 30 de la même loi).

⁸⁹¹ La « *Procuraduría general de la nación* » est un organe constitutionnellement autonome, prévue à l'art. 275 de la Const.c. Son autonomie est confirmée par l'art. 1^{er} du décret-loi n° 262 du 22 fév. 2000. Elle fait partie des organes constitutionnels de contrôle (titre X de la Const.c.) et, par conséquent, elle ne fait partie d'aucune des branches du pouvoir. Néanmoins, la jurisprudence a reconnu qu'il s'agit d'un organe administratif autonome qui n'est pas introduit dans la branche exécutive du pouvoir : C.c.c. Sentence C-244-96, 30 mai 1996, M.R. Carlos GAVIRIA ; C.c.c. Sentence C-1121-05, 1^{er} nov. 2005, M.R. Humberto SIERRA.

⁸⁹² La Cour constitutionnelle a interprété que l'indépendance de la Commission nationale de télévision (C.N.T.V.) ne pouvait être conçue que dans le respect de la loi : C.c.c. Sentence C-351-04, 20 avril 2004. M.R. Marco MONROY. « *Ainsi, la Commission nationale de la télévision est un organisme d'exécution et de développement de la politique fixée par la loi. À partir de la loi, elle dirige et régule la télévision en tant qu'autorité autonome* », C.c.c. Sentence C-564-95, M.R. José HERNANDEZ. Les pouvoirs de sanction de la C.N.T.V. sont prévus à l'art. 5, b, d et n de la loi n° 182 du 20 janvier 1995. « *Les prérogatives de sanction de la C.N.T.V. sont constitutionnellement justifiées par le besoin qu'elle puisse exercer ses fonctions d'exécution de la politique en matière de télévision et ses fonctions d'inspection, de surveillance et de contrôle avec des instruments juridiques suffisants à l'égard des particuliers* », C.c.c. C-726-09, 14 oct. 2009, M.R. Jorge PRETEL.

⁸⁹³ L'acte n° 2 de réforme de la Constitution, du 21 juin 2011, a abrogé l'article 76 de la Constitution colombienne.

⁸⁹⁴ « *Le Congrès fait les lois. Par cette voie, il doit (...) régler la création et le fonctionnement des Corporations autonomes régionales dans un contexte d'autonomie* », art. 150, n° 7 de la Const.c. La portée de l'autonomie des C.A.R. est déterminée par assimilation à l'autonomie des collectivités territoriales dont l'article 287 de la Const.c. dispose : « *Les collectivités territoriales sont autonomes pour la gestion de leurs intérêts, dans les limites de la Constitution et de la loi. À cette fin, elles ont le droit de : 1. Se gouverner par des autorités propres. 2. Exercer leurs compétences. 3. Administrer leurs ressources et établir des impôts nécessaires pour l'accomplissement de leurs fonctions. 4. Recevoir une partie des recettes nationales* ».

⁸⁹⁵ Art. 331 de la Const.c.

décision sur le fond. En d'autres termes, l'indépendance permet de connaître tant l'organe décidant effectivement la sanction que les raisons déterminantes de celle-ci.

L'indépendance de l'organe sanctionnateur cherche à éviter les pressions⁸⁹⁶ afin d'exercer librement sa compétence⁸⁹⁷. À l'égard du législateur, l'indépendance est relative, notamment lorsque l'indépendance de l'organe n'est pas constitutionnellement garantie et, dans ce cas, l'autorité peut se voir menacée d'une modification législative de son statut ou même d'une disparition⁸⁹⁸. Or, en France, le Conseil constitutionnel pourrait sanctionner la suppression d'une autorité indépendante lorsqu'elle signifie une atteinte aux garanties légales des exigences constitutionnelles⁸⁹⁹. À l'égard des particuliers, notamment des entreprises, l'indépendance peut être garantie par l'incompatibilité de l'exercice d'une activité privée avec la participation à l'autorité sanctionnatrice⁹⁰⁰, ce qui n'est pas possible lorsque sa participation dans l'autorité est autorisée justement en raison de son appartenance à un secteur de l'économie ou à une profession⁹⁰¹. À l'égard de l'administration, l'indépendance fonctionnelle signifie l'absence de relations hiérarchiques ou de tutelle, pouvant influencer le sens de la décision par la voie d'instructions, de recommandations ou de directives ou disposant du pouvoir de modifier ou de rapporter la décision prise⁹⁰². Ainsi, les décisions de l'organe

⁸⁹⁶ Pour déterminer l'existence d'un « tribunal », la C.E.D.H. prend en considération « (...) l'existence d'une protection contre les pressions extérieures », C.E.D.H. 22 juin 1989, *Lanborger c/ Suède*, Série A, n° 155, § 32.

⁸⁹⁷ La Cour constitutionnelle colombienne a précisé que l'indépendance cherche à éviter les pressions politiques et économiques, ainsi que celles issues du gouvernement : C.c.c. Sentence C-497-95, 7 nov. 1995 M.R. Eduardo CIFUENTES ; C.c.c. Sentence C-351-04, 20 avril 2004, M.R. Marco MONROY.

⁸⁹⁸ L'exemple colombien de la Commission nationale de la télévision montre que l'existence constitutionnelle ne fait qu'alourdir la procédure de disparition de l'autorité. En effet, l'acte n° 2 de réforme de la Constitution, du 21 juin 2011, a abrogé l'article 76 de la Constitution, en enlevant ainsi le statut constitutionnel à la Commission nationale de la télévision. L'art. 3 de l'acte de réforme créa un article transitoire donnant un délai de six mois au parlement pour voter une loi concernant la régulation de la télévision et attribuant la compétence de la Commission à d'autres autorités administratives. Cette loi a été votée le 16 décembre 2011. Elle a distribué les fonctions de la Commission nationale de la télévision entre une Agence nationale de télévision, la Commission de régulation des communications, l'Agence nationale du spectre électromagnétique et la Surintendance de l'industrie et du commerce.

⁸⁹⁹ La théorie connue sous le nom de l'effet cliquet avait été formulée ainsi : « s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle », C.c.f. Décision n° 84-181, 10-11 oct. 1984, *Rec. p. 78, § 37*. Dans cette jurisprudence, le Conseil constitutionnel a considéré que « la substitution à la Haute autorité de la communication audiovisuelle (...) de la Commission nationale de la communication et des libertés n'a pas, à elle seule, pour effet de priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel », C.c.f. Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Rec.*, p. 141, § 5. Néanmoins, cette technique de contrôle est en retrait, au moins dans la doctrine : Dominique CHAGNOLLAUD, « Sherlock Holmes et le mystère de l'effet cliquet (après la décision n° 2003-485 DC du Conseil constitutionnel du 4 décembre 2003) », *P.A.* n° 38, 23 fév. 2004, p. 3 ; « l'effet cliquet : vie et mort d'un concept ? Construction d'un "mur constitutionnel" », Guillaume DRAGO, *Contentieux Constitutionnel français*. 3^e éd. P.U.F., Paris, 2011, p. 400.

⁹⁰⁰ Par exemple, « Les fonctions de membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont incompatibles avec tout mandat électif, tout emploi public et toute autre activité professionnelle. Sous réserve des dispositions de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, les membres du conseil ne peuvent, directement ou indirectement, exercer de fonctions, recevoir d'honoraires, sauf pour des services rendus avant leur entrée en fonction, ni détenir d'intérêts dans une entreprise de l'audiovisuel, du cinéma, de l'édition, de la presse, de la publicité ou des télécommunications. Toutefois, si un membre du conseil détient des intérêts dans une telle entreprise, il dispose d'un délai de trois mois pour se mettre en conformité avec la loi », art. 5, al.1-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

⁹⁰¹ Des exemples de membres nommés en raison de leur expérience dans le secteur ou dans la profession peuvent se trouver dans la composition de l'Autorité de la concurrence (art. L. 461-1, n° 3 du Code de commerce) et dans le collège de l'A.M.F (art. L. 621-2, n° 8-9 du Code monétaire et financier).

⁹⁰² Il n'est pas nécessaire que l'absence de subordination des autorités administratives françaises soit expressément déclarée puisque « le principe de non-subordination va de soi car il est, par définition, au cœur même de l'existence des autorités administratives indépendantes », Jean DOUVRELEUR et Olivier DOUVRELEUR, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », *loc. cit.*, p. 335.

indépendant ne peuvent pas être l'objet d'un recours en appel⁹⁰³ ou modifiées d'office par une autre autorité⁹⁰⁴. De surcroît, la présence d'un représentant du gouvernement au sein de l'autorité sanctionnatrice⁹⁰⁵ ne porte pas atteinte à l'indépendance de celle-ci, à la condition que sa participation respecte les compétences propres de l'autorité⁹⁰⁶. La présence d'un Commissaire du gouvernement « (...) ne signifie pas le déclin de l'indépendance du régulateur par rapport au gouvernement ; mais, le fait que le Gouvernement peut, comme les autres, faire valoir ses arguments et ses intérêts auprès du régulateur »⁹⁰⁷.

L'indépendance des autorités administratives peut être renforcée par l'autonomie dont ne disposent pas individuellement les juges. L'autonomie peut être juridique et financière. L'autonomie juridique signifie la possibilité de se donner ses propres règles de fonctionnement⁹⁰⁸, même si parfois le règlement est soumis à l'approbation ultérieure⁹⁰⁹. L'autonomie financière⁹¹⁰ permet à l'autorité sanctionnatrice de disposer de ressources propres⁹¹¹ et, le cas échéant, d'être exclue du contrôle des dépenses engagées⁹¹². Par

⁹⁰³ Le recours en appel des décisions des C.A.R. colombiennes, qui était prévu devant le ministre, était contraire à l'autonomie constitutionnelle de ces organes : C.c.c. Sentence C-554-07, 25 juillet 2007, M.R. Jaime ARAUJO.

⁹⁰⁴ En raison de l'indépendance dont jouissait en Colombie la Commission nationale de la télévision, la Cour constitutionnelle a déclaré comme contraires à la Constitution les compétences données au ministre pour modifier une décision de la Commission : C.c.c. Sentence C-445-97, 18 sept. 1997, M.R. Hernando HERRERA

⁹⁰⁵ Par exemple, il existe un commissaire du gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence (art. L. 461-2, al. 5 du Code de commerce). Malgré l'autonomie de la Commission nationale de la télévision colombienne, le ministre des Communications siège dans la Commission ; mais, il est dépourvu de voix délibérative (art. 2 de la loi n° 335 du 20 déc. 1996).

⁹⁰⁶ Le commissaire du gouvernement auprès le Conseil des marchés financiers avait la possibilité de demander un deuxième délibéré ; mais, « *Ce pouvoir n'a jamais été utilisé* », Philippe MARINI, *Rapport n° 206, fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation (1) sur le projet de loi de sécurité financière, session ordinaire 2002-2003*, p. 69, in <http://www.senat.fr/rap/102-206/102-2061.pdf> consulté le 6 déc. 2011. Dans l'A.M.F., « *Le directeur général du Trésor ou son représentant siège auprès de toutes les formations de l'Autorité des marchés financiers, sans voix délibérative. Les décisions de la commission des sanctions sont prises hors de sa présence. Il peut, sauf en matière de sanctions, demander une deuxième délibération dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* », art. L. 621-3, I du Code monétaire et financier. De même, le directeur général du Trésor siège auprès de toutes les formations de l'Autorité de contrôle prudentiel ; mais, il ne participe pas au délibéré des sanctions (art. L. 612-11 du Code monétaire et financier). Il est ainsi affirmé que la C.N.I.L. « *est surveillée par un commissaire du gouvernement* », Guy BRAIBANT, « *Droit d'accès et droit à l'information* », *loc. cit.*, p. 709.

⁹⁰⁷ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les contours de l'Autorité des marchés financiers », *Droit bancaire et financier, Revue Banque édition*, Paris, 2004, p. 173.

⁹⁰⁸ Disposent du pouvoir d'édicter son propre règlement, notamment, le C.S.A. (art. 4 dernier alinéa de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986) ; l'A.R.C.E.P. (art. D. 288 du Code des postes et des communications électroniques) ; A.M.F. (art. L. 621-6, al. 1 du Code monétaire et financier) et l'Autorité de contrôle prudentiel (art. L. 612-12 du Code monétaire et financier).

⁹⁰⁹ Le règlement de l'A.M.F. doit être homologué par le ministre chargé de l'économie (art. L. 621-6, al. 1 du Code monétaire et financier)

⁹¹⁰ Par ex. « *L'Autorité des marchés financiers dispose de l'autonomie financière. Son budget est arrêté par le collège sur proposition du secrétaire général* », art. L. 621-5-2, I, du Code monétaire et financier. En Colombie, les corporations autonomes régionales disposent d'une autonomie financière et d'un patrimoine propre (art. 23 de la loi n° 99 du 22 déc. 1993). De même, la Procuraduría dispose de l'autonomie financière et budgétaire (décret-loi n° 262 du 22 fév. 2000).

⁹¹¹ « *Les ressources de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes comprennent des rémunérations pour services rendus et des taxes et redevances dans les conditions fixées par les lois de finances ou par décret en Conseil d'Etat* », art. 133, al 1 du Code des postes et des communications. « (...) *ce mode de financement n'est pas incompatible avec l'indépendance de la commission* », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.*, p. 71, § 14. Concernant l'A.M.F. « *Elle perçoit le produit des taxes établies à l'article L. 621-5-3* », art. L. 621-5-2, al. 2 du Code monétaire et financier ; de même, l'A.R.J.E.L. « *perçoit des redevances fiscales prévues à l'art. 1012 du Code général des impôts* », art. 7, al 3 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. En Colombie, les corporations autonomes régionales (C.A.R.) disposent des ressources propres composées notamment par des contributions des collectivités territoriales, des redevances pour l'octroi de licences et autorisations, des amendes et un pourcentage de certains impôts perçus par les collectivités territoriales de leur région (art. 46 de la loi n° 99 du 22 déc. 1993). L'autonomie financière de la Commission nationale de la télévision colombienne était garantie par ses sources de financement, notamment les redevances et tarifs devant être payés par les concessionnaires de la télévision et par les amendes imposées : art. 16 de la loi n° 182 du 20 janvier 1995.

conséquent, elle est libérée de la négociation pour l'obtention des ressources nécessaires à son fonctionnement et des repréailles budgétaires en raison des décisions prises.

b. L'indépendance des membres de l'autorité

Quant à ses membres, la composition collégiale de l'autorité sanctionnatrice est une garantie de son indépendance. Même si une autorité composée d'un seul membre peut disposer de garanties suffisantes pour la placer en dehors des possibles manipulations, le risque d'influence extérieure sur la décision est atomisé lorsque la décision est confiée à un organe collégial. La délibération oblige à l'expression de raisons et d'arguments soumis au débat. Dans le cas où la composition du collège exige la participation de membres d'une certaine profession, le risque d'influence de la part des membres de cette profession, à l'égard d'une affaire en particulier, est amoindri en raison de la participation des autres membres à la prise de la décision. En outre, lorsque l'autorité dispose d'une formation chargée exclusivement de l'exercice du pouvoir de sanction, l'indépendance de cette formation est aussi garantie au sein de l'autorité indépendante, notamment par l'interdiction de double appartenance : à la formation chargée du pouvoir de sanction et au collège de l'autorité⁹¹³.

La forme de nomination des membres du collège de l'autorité sanctionnatrice matérialise l'indépendance ou la dépendance de ces personnes. Excepté les membres de droit des autorités collégiales⁹¹⁴, la nomination des membres de l'autorité indépendante est souvent confiée à une autorité exécutive⁹¹⁵, ce qui fait penser à une subordination implicite entre la personne nommée et l'autorité ayant décidé sa nomination⁹¹⁶. Or, l'existence de périodes fixes⁹¹⁷, surtout lorsqu'elles sont assez longues⁹¹⁸, et non renouvelables⁹¹⁸ exclut la tentation de

⁹¹² « La loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées n'est pas applicable » à la gestion de l'Autorité de la concurrence (art. L. 461-4 al 6 du Code de commerce), de l'A.M.F. (art. L. 621-5-2, I, du Code monétaire et financier), de l'A.R.J.E.L. (art. 33, III, de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010). En Colombie, il n'existe pas de contrôle préalable des dépenses. Le contrôle est ultérieur et sélectif (art. 267, al. 2 Const.c.) et cela concerne aussi les autorités indépendantes, notamment les corporations autonomes régionales (art. 48 de la loi n° 99 du 22 déc. 1993).

⁹¹³ A.M.F. « Les fonctions de membre de la commission des sanctions sont incompatibles avec celles de membre du collège », art. L. 621-2, IV, al. 8 du Code monétaire et financier ; la même disposition concerne la Commission des sanctions de l'A.R.J.E.L. (art. 41, al. 5 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010) et la Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (art. L. 612-9, al. 6 du Code monétaire et financier)

⁹¹⁴ Par exemple, le président du Conseil national de la comptabilité siège au collège de l'A.M.F. (art. L. 621-2, n° 6 du Code monétaire et financier) ; en Colombie, les représentants légaux des collectivités territoriales siègent de plein droit dans l'assemblée corporative des corporations autonomes régionales de leur région (art. 25 de la loi n° 99 du 22 déc. 1993).

⁹¹⁵ Le pouvoir de nomination peut aussi être partagé. Ainsi, les membres de l'A.R.C.E.P. sont nommés : « Deux membres sont nommés par décret. Deux membres sont nommés par le président de l'Assemblée nationale et deux par le Président du Sénat », art. L. 130, al. 1 du Code des postes et des communications électroniques. Les membres du C.S.A. « Trois membres sont désignés par le Président de la République, trois membres sont désignés par le président de l'Assemblée nationale et trois membres par le président du Sénat », art. 4 al 1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

⁹¹⁶ Pour la C.E.D.H. la nomination par l'exécutif ne fait pas obstacle à l'indépendance du « tribunal » à la condition qu'elles disposent d'un mandat long et fixe : C.E.D.H. 22 oct. 1984 *Sramek c/ Autriche*, Série A, n° 84 ; C.E.D.H. 23 avril 1987, *Ettl c/ Autriche*, Série A, n° 177.

⁹¹⁷ Par exemple, sont nommés pour une période de six ans les membres du C.S.A. (art. 4, al. 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986) et de l'A.R.J.E.L. (art. 35, II, al. 3 et art. 42, II de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010). Pour une période de cinq ans, les membres de l'Autorité de la concurrence (art. L. 461-1, II du Code de commerce), de l'A.R.C.E.P. (art. L. 130 du Code des postes et des communications électroniques) et de la Commission des sanctions de l'A.M.F. ; le directeur général des corporations autonomes régionales colombiennes est nommé pour

se soumettre à des exigences de la part de cette autorité pour assurer le renouveau de sa période⁹¹⁹. L'indépendance est aussi garantie par l'impossibilité de révocation⁹²⁰. L'absence de pouvoir de révocation disciplinaire ou non place le membre de l'autorité administrative dans une situation semblable à l'inamovibilité du juge. Dès lors, exception faite de la théorie générale, l'autorité chargée de la nomination ne peut pas y revenir et, par ailleurs, elle ne dispose pas du pouvoir disciplinaire à l'égard de la personne nommée.

Le cas colombien du Procureur général de la nation est spécial quant à l'indépendance à l'égard de l'administration. Disposant du pouvoir disciplinaire prioritaire à l'égard des serviteurs publics, le Procureur est élu pour une période de quatre ans par le Sénat de la République, à partir des candidats proposés par le Président de la République, la Cour suprême de justice et le Conseil d'État⁹²¹. Même si la possibilité d'être élu encore pour une nouvelle période n'est ni prévue ni exclue par la Constitution, dans la pratique le Procureur a déjà été l'objet d'une réélection⁹²². L'indépendance de l'ensemble de l'organe (la *Procuraduría* générale de la Nation) est renforcée par le système de carrière administrative⁹²³ garantissant qu'une partie importante des personnes chargées de l'instruction et, le cas échéant, de la décision des sanctions disciplinaires, sont des fonctionnaires publics dont l'accès aux fonctions et la permanence ne sont déterminés que par leurs qualités, en étant ainsi protégés des révocations ou des mesures discrétionnaires pour influencer sur le sens des décisions.

2. Les garanties de l'administration classique

La sanction administrative, dans sa forme la plus classique, est un pouvoir reconnu à

une période de 4 ans (art. 28 de la loi n° 99 du 22 déc. 1993). Les membres de la Commission nationale de la télévision colombienne sont nommés pour une période de deux ans (art. 6 de la loi n° 182 du 20 janvier 1995).

⁹¹⁸ Par exemple, n'est pas renouvelable la période des membres du C.S.A. (art. 4, al. 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986), de l'A.R.C.E.P. (art. L. 130, al. 6 du Code des postes et des communications électroniques), du collège de l'A.R.J.E.L. (art. 35, II, al. 3 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010) de même que la période du président de l'A.M.F. (art. L. 621-2, II, al. 13 du Code monétaire et financier). En revanche, sont renouvelables pour une fois, les périodes des membres de la Commission des sanctions et du collège de l'A.M.F. (art. L. 621-2, II, al. 14 et IV, al. 10 du Code monétaire et financier), de la Commission des sanctions de l'A.R.J.E.L. (art. 41, II de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010), de la Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (art. L. 612-9, al. 6 du Code monétaire et financier) et de la Commission nationale de la télévision colombienne (art. 6 de la loi n° 182 du 20 janvier 1995), ainsi que la période du président de l'Autorité de la concurrence (art. L. 461-1 du Code de commerce). Il n'existe pas de limite à la rénovation de la période des autres membres de l'Autorité de la concurrence (art. L. 461-1 du Code de commerce) et du directeur des corporations autonomes régionales colombiennes ; mais, son élection est confiée au Conseil directif de la C.A.R. ce qui empêche les pressions externes (art. 28 de la loi n° 99 du 22 déc. 1993).

⁹¹⁹ La période fixe et non renouvelable cherche à « garantir l'indépendance et l'autorité du président », C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* p. 71, §9.

⁹²⁰ Le caractère non révocable des membres est expressément reconnu, notamment pour l'A.R.C.E.P. (art. L. 130, al. 3 du Code des postes et des communications électroniques) ; pour les membres du C.S.A. (art. 4, al. 4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986) et de l'A.R.J.E.L. (art. 35, II, al. 3 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010).

⁹²¹ Art. 276 de la Const.c. et art. 3 du décret-loi n° 262 du 22 fév. 2000.

⁹²² Ayant terminé sa période de quatre ans, le procureur Edgardo MAYA a été élu à nouveau pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 déc. 2008. Ayant saisi à tort la Cour constitutionnelle et non le Conseil d'État, juge électoral, la question de la validité de l'élection n'a pas été tranchée : C.c.c. Ordonnance 079-08, 2 avril 2008, M.R. Rodrigo ESCOBAR.

⁹²³ « Qui dit carrière dit en effet permanence du lien entre le fonctionnaire et son employeur. Cette permanence est réputée permettre à l'agent de ne pas être politisé et exiger qu'il ne le soit pas », Fabrice MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, 2^e éd., op. cit., p. 54.

l'administration organisée hiérarchiquement⁹²⁴. La hiérarchie est une technique conçue pour garantir la cohérence et la discipline dans l'action administrative, et non comme un instrument au mépris des droits des administrés. En France, les autorités indépendantes ont connu un essor très important alors que cette forme d'administration reste marginale en Colombie où, mis à part le pouvoir disciplinaire prioritaire du procureur, le pouvoir de sanction est attribué à des organes appartenant à une structure ministérielle, notamment les surintendances⁹²⁵ et les commissions de régulation des services publics, ne jouissant pas d'indépendance et dont la nature est celle d'une unité administrative spéciale⁹²⁶. En France, l'administration classique a souffert, par ricochet, des conséquences du développement des autorités administratives libérées des pouvoirs de contrôle hiérarchique et même de tutelle : le pouvoir de sanction attribué à une autorité administrative sans indépendance est regardé avec suspicion⁹²⁷. Néanmoins, la sanction administrative prononcée par un organe soumis au pouvoir hiérarchique ou à des contrôles de tutelle ne place pas la personne mise en cause dans un risque majeur d'arbitraire.

Tout d'abord, l'indépendance de l'organe chargé du pouvoir de sanction doit aussi être analysée *in concreto* à partir des considérations tant juridiques que pratiques. Cela peut déterminer qu'un organe placé au sein d'une organisation hiérarchique dispose d'une indépendance fonctionnelle quant à l'exercice de son pouvoir de sanction et que, par conséquent, les instructions hiérarchiques ne concernent que la politique générale de l'action administrative, mais non l'exercice particulier du pouvoir de sanction⁹²⁸ dans une affaire concrète⁹²⁹. Il en est ainsi des organes du contrôle interne disciplinaire existant obligatoirement au sein des autorités administratives colombiennes⁹³⁰ : il s'agit d'un organe haut placé dans la hiérarchie de l'autorité⁹³¹, qui dispose d'une autonomie pleine pour la décision de la responsabilité disciplinaire et dont le supérieur hiérarchique de l'autorité ne

⁹²⁴ « (...) la législation de l'an VIII est passée à l'extrême opposé et a adopté un système de centralisation hiérarchique totale dont l'expression « administration napoléonienne » est demeurée synonyme (...) dû, lui aussi, à un axiome de Sieyès : "La confiance vient d'en bas, mais le pouvoir d'en haut" », Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 1, 16^e éd., L.G.D.J. Paris, 2001, p.128.

⁹²⁵ Le paragraphe de l'art. 50 de la loi 489 du 29 déc. 1998 dispose que les surintendances sont attachées aux ministères ou aux départements administratifs.

⁹²⁶ Malgré l'autonomie financière et technique, les commissions de régulation ne sont pas des autorités administratives indépendantes. Il s'agit d'autorités « *adscrites* » à un ministère et une partie de leurs membres est nommé par le Président. Il y a des représentants de l'administration ministérielle qui siègent de plein droit, notamment le Ministre de la matière. Pour la Cour constitutionnelle, l'absence d'indépendance des commissions est normale, dans la mesure où ces fonctions appartiennent constitutionnellement au Président de la République et que, par conséquent, elles doivent rester, d'une certaine manière, sous son contrôle : C.c.c. sentence C-272, du 3 juin 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ. Cf. Jaime VIDAL, « Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana », in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 4, janv.-déc., 2000, p. 436.

⁹²⁷ Les sanctions administratives « *sont donc particulièrement dangereuses (...)* Nous pensons quant à nous qu'elles ne sont acceptables que lorsqu'elles sont infligées par des « *autorités administratives indépendantes* » (...) c'est-à-dire par des autorités administratives soustraites au pouvoir hiérarchique des ministres », Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8^e éd., Sirey, Paris, 2009, p. 177-178.

⁹²⁸ « Si la nomination des membres - sauf le magistrat - incombe au gouvernement du Land, cela ne suffit pas non plus pour jeter un doute sur leur indépendance et leur impartialité : ils sont désignés pour siéger à titre individuel et la loi interdit aux pouvoirs publics de leur donner des instructions », C.E.D.H. 22 oct. 1984, *Sramek c/ Autriche*, Série A, n° 84, § 38.

⁹²⁹ L'appartenance de l'organe à une organisation hiérarchique ne signifie pas nécessairement que cet organe ne soit pas indépendant : « quoique le ministre de l'Intérieur puisse donner aux comités des directives concernant l'exercice de leurs fonctions, il n'a pas à leur adresser des instructions dans le domaine de leurs attributions contentieuses », C.E.D.H. *Campbell et Fell*, Série A, n° 80, § 79.

⁹³⁰ « L'administration publique, dans tous les niveaux, exercera un contrôle interne, conformément à la loi », art. 209, al. 2 de la Const.c. ; art. 76 du C.D.U.

⁹³¹ « Toutes les autorités ou institutions de l'État (...) devront mettre en place une unité ou un organe relevant du niveau le plus élevé dont la structure hiérarchique permette la double instance (...) », art. 76 du C.D.U.

dispose que du pouvoir de décider le recours en appel contre la décision⁹³², mais non d'instruire le bureau de contrôle interne disciplinaire quant à l'exercice de sa fonction punitive. Par ailleurs, lorsque le pouvoir de sanction est expressément attribué à un fonctionnaire public, son supérieur ne pourrait pas se substituer légitimement, afin d'adopter lui-même la sanction, par la voie de l'évocation⁹³³. De surcroît, les garanties du droit répressif ne sont pas limitées aux sanctions prononcées par l'administration indépendante⁹³⁴.

Ensuite, le risque de manipulations extérieures est largement neutralisé par le développement des garanties concernant le fonctionnaire chargé de la décision de la sanction. Le système de carrière administrative place le fonctionnaire dans une relative indépendance pratique à l'égard de son supérieur qui ne dispose pas du pouvoir de nomination et de révocation discrétionnaires⁹³⁵. De plus, les risques d'influence extérieure sont amoindris par la voie de la définition précise et préalable des infractions donnant lieu à des sanctions administratives. La typicité du comportement donne de la sécurité juridique à la personne mise en cause, en même temps qu'elle protège le fonctionnaire de la pression pour l'exercice de son pouvoir de sanction, dans la mesure où il ne saurait déterminer discrétionnairement ce qui constitue ou non une infraction.

Enfin, les sanctions administratives prononcées par l'administration classique sont, de même que celles prononcées par l'administration indépendante, l'objet du contrôle juridictionnel qui n'est pas dans tous les cas porté devant la juridiction administrative⁹³⁶. Par cette voie, il est possible de contrôler la légalité des pressions extérieures exercées sur l'autorité sanctionnatrice visant à déterminer le sens de la décision, le cas échéant, comme une forme du détournement du pouvoir, s'il s'agissait du motif déterminant⁹³⁷.

L'organe chargé du pouvoir de sanction peut être indépendant et autonome. Cette situation peut contribuer à rassurer la personne mise en cause quant à l'absence de pressions concernant la décision de l'accusation. L'indépendance de l'organe est une qualité conçue au-delà du pouvoir de sanction, pour l'exercice de l'ensemble des fonctions dont est chargé l'organe indépendant ; ce n'est pas le pouvoir de sanction administrative qui justifie principalement la création d'un organe indépendant. La sanction administrative précède les organes indépendants ; mais, avec l'attribution à ce genre d'organes de ces prérogatives, le pouvoir de sanction de l'administration ordinaire ne disparaît pas. Même si l'indépendance peut contribuer à l'impartialité de la sanction administrative⁹³⁸, l'impartialité n'est pas une

⁹³² *Le deuxième ressort correspond à l'autorité de nomination, sauf norme contraire. Quand l'organisation hiérarchique ne permet pas d'organiser une double instance interne, celle-ci correspondra au fonctionnaire de la Procuraduría, chargé de sanctionner le fonctionnaire décidant le premier ressort (...)*, art. 76 du C.D.U.

⁹³³ Le pouvoir de substitution doit être expressément prévu, notamment en cas de carence, tel qu'il est prévu en matière d'ordre public où le préfet peut se substituer à l'action du maire : C.c.f. Décision n° 2007-556 DC, 16 août 2007, § 24, *Rec.* p. 319.

⁹³⁴ C.C.f. Décision n° 92-307 DC, 25 fév. 1992, *Rec.*, p. 48, §26.

⁹³⁵ « *En France, la neutralité politique de l'administration est nettement mieux garantie et ne justifie pas autant de précautions* », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 377.

⁹³⁶ Sauf si on considérait que la cour d'appel de Paris est une juridiction administrative : Pierre DELVOLVE, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 47-48.

⁹³⁷ C.E.f. Ass. 13 juillet 1962, *Bréart de Boisanger*, D. 1962, p. 664 ; C.E.f. 5 mai 1972, *Sieur Ferdinand*, *Rec.*, p. 339 ; A.J.D.A. 1973, p. 143.

⁹³⁸ « *On en dira autant de l'exigence d'indépendance des juges, qui est un complément naturel de celle d'impartialité, au point qu'il peut ne pas être explicité* », René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, Paris, 2008, p. 1019.

obligation réservée à l'administration indépendante.

B. L'impartialité est une garantie générale de l'action administrative

La création des autorités indépendantes cherche, entre d'autres finalités, à distancier l'autorité administrative du pouvoir politique, comme une forme de gage de son impartialité⁹³⁹. Cette autorité indépendante est censée décider avec les mêmes critères une sanction à l'égard d'un administré et une sanction à l'égard d'une entreprise publique, sans s'inquiéter, notamment, de favoriser prioritairement la personne publique. Néanmoins, l'autorité administrative n'est pas neutre, dans la mesure où ses pouvoirs existent en raison des missions et des finalités administratives⁹⁴⁰. Cela implique de considérer qu'elle doit être impartiale, nonobstant son absence essentielle de neutralité. Or, l'impartialité est une obligation touchant toutes les autorités administratives, en France comme en Colombie. En France, il s'agit d'un principe général du droit⁹⁴¹, ayant été reconnu constitutionnellement⁹⁴², et la jurisprudence considère que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne fait que rappeler une garantie déjà existante⁹⁴³. En Colombie, c'est un principe constitutionnel de la fonction administrative⁹⁴⁴, confirmé par les codes administratifs⁹⁴⁵ et dont la méconnaissance est considérée comme une faute disciplinaire⁹⁴⁶. Quant à l'impartialité, la différence entre l'administration classique et l'administration indépendante consiste, dès lors, en les garanties d'impartialité qui sont offertes par ces autorités. Cela concerne, d'un côté, les garanties d'impartialité fonctionnelle (1) et, d'un autre côté, les garanties d'impartialité personnelle (2).

1. Les garanties de l'impartialité fonctionnelle

La notion d'impartialité est large et comprend tantôt les garanties de structure et de fonctionnement de l'organe, vouées à exclure le préjugé sur l'affaire en cours, tantôt le

⁹³⁹ « *L'indépendance n'est pas une fin en soi. Elle doit faciliter l'édition d'une décision impartiale* », Michel DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *R.F.D.A.* 1998, p. 712.

⁹⁴⁰ « *Il existe des décisions partiales légales* », Michel DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *loc. cit.*, p. 712.

⁹⁴¹ L'impartialité concerne « *tout organisme administratif* », C.E.f. 7 juillet 1965, *Féd. Nat. des transporteurs routiers*, *Rec.*, p. 413. C'est un PDG : C.E.f. 27 oct. 1999, *Fédération française de football*, *J.C.P.* 2000, n° 10376, note PIASTRA.

⁹⁴² C.c.f. Décision n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, §46, *Rec.*, p. 71, §10.

⁹⁴³ Il s'agit du « *principe d'impartialité rappelé à l'article 6-1 précité* », C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec.* p. 399 ; *A.J.D.A.* 2000, p. 126, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *R.F.D.A.* 2000, p. 1060, note SERMENT.

⁹⁴⁴ « *La fonction administrative est au service des intérêts généraux. Celle-ci s'exerce conformément aux principes d'égalité, de moralité, d'efficacité, d'économie, de célérité, d'impartialité et de publicité et par la voie de la décentralisation, la délégation et la déconcentration des fonctions* », art. 209 Const.c.

⁹⁴⁵ « *Les procédures administratives d'élaboration des actes administratifs devront être guidées par les principes d'économie, de célérité, d'efficacité, d'impartialité, de publicité et de contradiction et conformément à la première partie de ce code* », art. 3, al. 1 du C.C.A. « *Conformément au principe d'impartialité, les autorités devront prendre en considération que la finalité des procédures consiste à assurer et à garantir les droits de toutes les personnes, sans aucune discrimination ; par conséquent, elles devront agir de la même façon à l'égard de tous, tout en respectant l'ordre d'arrivée* », art. 3, al. 6 du C.C.A. Le nouveau code précise que les autorités ne peuvent pas « *prendre en considération des facteurs issus de l'affection ou de l'intérêt ou, en général, toutes les motivations subjectives* », art. 3, n° 3 du C.P.A.C.A.

⁹⁴⁶ L'art. 50 du C.D.U. dispose que la méconnaissance des devoirs est une faute disciplinaire. De son côté, l'art. 34 du C.D.U. dispose que tous les serviteurs publics doivent « *agir de façon impartiale, en assurant et en garantissant les droits de toutes les personnes, sans aucune forme de discrimination. Ils doivent respecter l'ordre d'arrivée ou de réception des demandes ou des pétitions* ».

désintéressement individuel de la personne chargée de décider ou de participer au délibéré de la décision. Dans le langage propre à la jurisprudence relative au droit au procès équitable, l'impartialité objective est opposée à l'impartialité subjective. Cependant, les termes sont imprécis⁹⁴⁷ et, dès lors, il est préférable de parler d'une impartialité fonctionnelle⁹⁴⁸ et d'une impartialité personnelle⁹⁴⁹, même s'il faut avertir que ces termes ne se recourent pas exactement avec la classification traditionnelle⁹⁵⁰.

L'impartialité fonctionnelle vise à exclure le préjugé à l'égard de l'affaire qui pourrait naître du déroulement même de la procédure, c'est-à-dire de la fonction exercée. Il s'agit du préjugé pouvant naître de la saisine (a), ainsi que du préjugé pouvant naître de l'instruction (b).

a. Le préjugé pouvant naître de la saisine

L'auto-saisine des organes administratifs en matière de sanctions n'est exclue, en règle générale, ni en droit français ni en droit colombien. Le pouvoir de sanction est un outil efficace de l'action administrative et il serait mutilé dans le cas où, nonobstant avoir l'information relative à l'existence d'un fait pouvant constituer une infraction administrative, l'autorité administrative se trouvait dans l'impossibilité d'engager, par elle-même, la procédure de sanction, dans l'attente d'être saisie de ces faits de la part d'un tiers. En droit colombien, la jurisprudence ne considère pas que l'impartialité de l'autorité chargée de la décision d'une sanction est compromise en raison de l'engagement d'office de la procédure de sanction. La jurisprudence constitutionnelle colombienne ne se soucie que des hypothèses où l'autorité administrative cumule des fonctions administratives et des fonctions juridictionnelles, afin d'exiger, dans ce cas, que le fonctionnaire chargé de l'exercice des fonctions juridictionnelles n'ait pas connu l'affaire dans l'exercice des fonctions administratives, préservant ainsi son impartialité⁹⁵¹. En dehors de cette situation spéciale où l'administration est un juge, l'auto-saisine n'est pas considérée comme pouvant compromettre l'impartialité. Néanmoins, toutes les autorités administratives exerçant le pouvoir de sanction, doivent veiller au respect permanent de la présomption d'innocence⁹⁵².

⁹⁴⁷ Tout d'abord, l'impartialité peut être identifiée avec l'objectivité. Ensuite, l'impartialité dite objective est examinée par rapport au sentiment ou à l'apparence d'impartialité donnée par l'organe et cette appréciation est subjective. Enfin, l'impartialité subjective doit être prouvée objectivement. Bref, les termes peuvent être trompeurs.

⁹⁴⁸ « (...) *l'impartialité structurelle de l'institution* », C.E.D.H. 28 de septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, Série A, n° 236 ; R.F.D.A. 1996, p. 777-796, note AUTIN et SUDRE ; D. 1996, jurisprudence p. 301, note FLORENCE.

⁹⁴⁹ Cette classification est adoptée par Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 275, l'ayant lui-même adoptée de Renée KOERING-JOULIN, « Le juge impartial », *Justices*, 1998, n° 10, p. 1. L'explication du professeur Olivier GOHIN conforte la classification : « *l'impartialité subjective se rapporte à l'homme et l'impartialité objective à l'institution* », Olivier GOHIN, *Contentieux, administratif*, op. cit., p. 78.

⁹⁵⁰ L'impartialité personnelle concerne tantôt le désintéressement intime de la personne dont la preuve est difficile, tantôt les situations objectives faisant douter de son désintéressement personnel à l'égard de l'affaire, qui ne sont pas liées à la connaissance préalable de l'affaire (impartialité fonctionnelle), ce qui est traditionnellement rangé comme des hypothèses d'impartialité objective.

⁹⁵¹ C.c.c. Sentence C-189-98, 6 mai 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ. C.c.c. Sentence C-1143-00, 30 août 2000, M.R. Carlos GAVIRIA. C.c.c. Sentence C-1641-00, 29 nov. 2000, M.R. Alejandro MARTINEZ. C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE. C.c.c. Sentence C-1071-02, 3 déc. 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

⁹⁵² « *La présomption d'innocence s'applique à l'ensemble du droit administratif sanctionnateur* », C.c.c. Sentence C-595-10, 27 juillet 2010, M.R. Jorge PALACIO.

En droit français, la jurisprudence administrative traditionnelle ne sanctionne pas le défaut d'impartialité lorsque celui-ci résulte directement des textes concernant l'organisation administrative⁹⁵³. Ainsi, il a été admis que l'auteur de la plainte siège au Conseil de discipline⁹⁵⁴ « *dès lors que c'est l'organisation administrative qui postule une telle partialité* »⁹⁵⁵, qu'il soit nommé comme enquêteur⁹⁵⁶ ou qu'il puisse même présider le Conseil chargé de décider la sanction⁹⁵⁷. La jurisprudence exige que cette personne, comme tout autre participant au délibéré, n'ait pas pris parti à l'égard de la personne⁹⁵⁸ ou qu'il n'éprouve pas de l'animosité à l'égard de cette personne⁹⁵⁹. Il s'agit d'une jurisprudence étrangère au sentiment objectif⁹⁶⁰ de partialité que peut éprouver la personne mise en cause à l'égard du déroulement de la procédure.

Dans cette matière, la jurisprudence administrative n'était pas essentiellement différente s'agissant d'une sanction administrative ou d'une sanction prononcée par une juridiction administrative spécialisée. La jurisprudence considérait que l'auteur des procès-verbaux donnant lieu à la procédure de sanction pouvait être nommé rapporteur et même participer au délibéré, car aucun texte réglementaire ne l'interdisait⁹⁶¹. La condition de ne pas avoir manifesté d'animosité restait implicite. Concernant une juridiction administrative spécialisée, le Conseil d'État a dû répondre au grief tiré de la méconnaissance du caractère équitable de la procédure, en raison du cumul des fonctions administratives et contentieuses permettant l'auto-saisine. Là encore, la jurisprudence a validé la possibilité de s'autosaisir⁹⁶², à la condition que la saisine n'ait pas préjugé l'affaire en formulant les faits comme définitivement acquis⁹⁶³. Or, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que

⁹⁵³ En revanche, lorsque la situation n'est pas la conséquence directe des textes, la jurisprudence sanctionnait, au nom des principes généraux du droit, que le dénonciateur « *eût à se prononcer sur les faits qu'il avait lui-même dénoncés* », C.E.f. 29 avril 1949, *Bourdeaux, Rec.*, p. 188 ; S. 1950, III, p. 68.

⁹⁵⁴ C.E.f. 10 juillet 1963, *Hôpital-hospice G. Renon, R.D.P.* 1964, p. 439, note Waline ; C.E.f. 17 janvier 1956, *Pétrissans, Rec.*, p. 691 ; C.E.f. 16 fév. 1979, *Baillet, Rec.*, p. 603 ; C.E.f. 27 avril 1988, *Sophie, Rec.*, p. 160, concl. HUBAC ; A.J.D.A. 1988, p. 489 et 446. Voir aussi : C.E.f. 27 sept. 1991, *Commune de Villeneuve-lès-Avignon c/ M. Drefous*, n° 117 854.

⁹⁵⁵ Michel DEGOFFE, *Droit de la sanction non pénale, op. cit.*, p. 117.

⁹⁵⁶ C.E.f. 22 mai 1935, *Mme Teissier, Rec.*, p. 975 ; C.E.f. 12 juillet 1965, *Labris, Rec.*, p. 380 ; C.E.f. 10 juillet 1963, *Hôpital-Hospice G. Renon, Rec.*, p. 422 ; A.J.D.A. 1964, p. 176.

⁹⁵⁷ C.E.f. Sect. 14 mars 1975, *Rousseau, Rec.*, p. 195, R.D.P. 1975 p. 823, concl. DONDOUX.

⁹⁵⁸ L'impartialité n'est pas compromise car il n'a « *pas pris parti au préalable contre le requérant et qu'il n'a pas manifesté d'animosité personnelle à son égard* », C.E.f. 20 juin 1958, *Louis, Rec.*, p. 368 ; En revanche, l'impartialité est méconnue dans le cas où la personne « *avait (...) expressément pris parti sur le fond du litige* », C.E.f. 9 mars 1990, *consorts Dupré, Rec.* t. p. 670).

⁹⁵⁹ « (...) *nonobstant la circonstance qu'en tant que chef hiérarchique de l'intéressé, il avait formulé la plainte qui avait déclenché la procédure disciplinaire (...) il n'a pas "manifesté d'animosité personnelle"* », C.E.f. 11 mai 1960, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Laniez, A.J.D.A.* 1960, p. 279.

⁹⁶⁰ C.E.D.H. 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Danemark*, Série A, n° 154, § 50.

⁹⁶¹ C.E.f. 11 janvier 2008, *SARL route logistique transports*, n° 298 497.

⁹⁶² « (...) *la possibilité conférée à une juridiction (...) de se saisir de son propre mouvement d'affaires qui entrent dans le domaine de compétence qui lui est attribué n'est pas, en soi, contraire à l'exigence d'équité dans le procès énoncé par ces stipulations* », C.E.f. Sect. 20 oct. 2000, *Sté Habib Bank Ltd, Rec.*, p. 434.

⁹⁶³ L'acte de saisine « *doit - afin que la ou les personnes mises en cause puissent utilement présenter leurs observations - faire apparaître les faits ainsi que (...) la qualification qu'ils pourraient éventuellement recevoir au regard des lois et règlements que ce tribunal est chargé d'appliquer* ». Par ailleurs, « (...) *la lecture de cet acte ne saurait, sous peine d'irrégularité de la décision à rendre, donner à penser que les faits visés sont d'ores et déjà établis ou que le caractère répréhensible au regard des règles et principes à appliquer est d'ores et déjà reconnu* », C.E.f. Sect. 20 oct. 2000, *Sté Habib Bank Ltd, Rec.*, p. 434. Concernant la Commission bancaire : « *si la commission bancaire assure par son secrétariat général le contrôle des établissements de crédit et les entreprises d'investissement, les conditions dans lesquelles ses services s'acquittent de cette fonction ne conduisent pas le collège des membres de la commission à prendre parti sur les faits reprochés aux personnes qui font l'objet d'une procédure disciplinaire* », C.E.f. Sect. 30 juill. 2003, n° 240884, *Sté. Dubus, D.* 2003, p. 2501 ; A.J.D.A. 2004, 26, note LAGET-ANNAMAYER ; P.A. 20 févr. 2004, p. 3, concl. GUYOMAR.

l'impartialité était, dans ce cas, compromise⁹⁶⁴.

La réponse normative à la condamnation a été la transformation de la juridiction administrative spécialisée en une autorité administrative indépendante, séparant organiquement la fonction de déclencher la procédure de sanction et la fonction de décider sur le fond⁹⁶⁵. Cette solution rallie à la situation d'autres autorités administratives conçues pour donner des garanties quant à l'impartialité fonctionnelle de l'autorité chargée de la décision⁹⁶⁶.

b. Le préjugé pouvant naître de l'élaboration du rapport

En matière administrative, le prononcé des sanctions peut être décidé par une personne ayant participé à l'ensemble d'actes antérieurs au délibéré. Ainsi, la personne chargée du pouvoir de sanction s'autosaisit de l'affaire, réalise des enquêtes nécessaires pour la formulation des griefs, instruit l'affaire et prononce la sanction. En France comme en Colombie, cette forme d'exercice du pouvoir punitif de l'administration n'est, en règle générale, contraire à aucun principe⁹⁶⁷. L'exigence d'impartialité se satisfait de l'absence d'un intérêt personnel en faveur ou contre la personne mise en cause⁹⁶⁸.

En France, les autorités indépendantes ont été d'abord conçues sous cette forme cumulative des fonctions. S'agissant d'organes collégiaux, le collège de l'autorité décidait l'ouverture de l'enquête, la mise en accusation, la formulation des griefs, l'instruction de l'affaire et la décision sur le fond. Or, l'application de l'exigence d'impartialité fonctionnelle, issue de l'interprétation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, a provoqué un bouleversement lorsque l'autorité relève de cette norme. Sur ce point, la jurisprudence judiciaire adopte des critères différents à ceux de la jurisprudence administrative pour déterminer la méconnaissance de l'impartialité fonctionnelle.

⁹⁶⁴ C.E.D.H. 11 juin 2009, *Dubus c/ France*, n° 5242/04 ; J.C.P. 2009, I, 143, n° 11, obs. SUDRE ; D. 2009, p. 2247, note COURET ; R.D.P. 2010, p. 869, obs. GONZALEZ.

⁹⁶⁵ L'art. 1^{er} de l'ordonnance du 21 janvier 2010 fusionne la Commission bancaire, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et le Comité des entreprises d'assurances pour donner naissance à l'Autorité de contrôle prudentiel (art. L. 612-1 du Code monétaire et financier). Cette autorité, expressément qualifiée comme une administration indépendante, réalise une séparation organique des fonctions.

⁹⁶⁶ Devant l'Autorité de la concurrence, le rapporteur général examine les procès-verbaux et les rapports d'enquête, décide l'engagement d'une procédure de sanction et notifie les griefs (art. L. 463-2 du Code de commerce). Devant l'A.R.J.E.L., les procès-verbaux d'enquête sont examinés par le collège qui décide d'arrêter des griefs et de saisir la commission des sanctions art. 43, II, al. 3 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010. Devant l'A.M.F., les griefs sont arrêtés et notifiés par le collège de l'autorité : art. R. 621-38 du Code monétaire et financier. Dans tous ces cas, l'auteur de l'arrêté des griefs ne participe pas au délibéré de la sanction.

⁹⁶⁷ « (...) aucun principe général du droit n'impose la séparation des phases d'instruction et de jugement », C.E.f. 7 juin 2000, *Zumerly, Rec.*, p. 1166 ; R.F.D.A. 2000, p. 1079, concl. Roul. En droit colombien, les manuels des fonctions peuvent attribuer l'instruction des affaires à des bureaux spécifiques, notamment au service juridique de l'autorité. Celui-ci est chargé de la réalisation de l'ensemble des actes nécessaires pour l'instruction de l'affaire et la décision sur le fond est souvent confiée au chef de l'autorité. Or, il n'existe aucune décision de justice exigeant, au titre de l'impartialité, que la personne chargée de la formulation des griefs, de l'instruction de l'affaire, ne soit pas celle adoptant la décision sur le fond, sauf dans le cas où cette procédure est expressément exigée.

⁹⁶⁸ En dépit d'avoir exercé cumulativement l'ensemble des fonctions antérieures à l'adoption de la sanction, il n'est pas établi que cette personne « (...) ait manqué de l'impartialité nécessaire pour siéger audit conseil ou ait manifesté une animosité personnelle à l'égard du fonctionnaire intéressé (...) », C.E.f. 11 mai 1960, *Min. agr. c/ Laniez, Rec.*, p. 316, A.J.D.A. 1960, p. 279.

Concernant la jurisprudence judiciaire, très tôt la Cour de cassation a annoncé que la participation au délibéré de la personne chargée de l'instruction pouvait nuire au sentiment d'impartialité devant être inspiré à l'égard de la personne mise en cause⁹⁶⁹. Successivement, a été censuré le fait que le collège de la Commission d'opérations de bourse réalise l'ensemble des actes pour l'adoption de la sanction⁹⁷⁰. À la suite de cette décision, le président de la Commission des opérations de bourse est chargé de la notification des griefs⁹⁷¹ et un rapporteur est désormais chargé de l'instruction de l'affaire⁹⁷²; mais, sa présence au délibéré n'était pas exclue, ce qui a provoqué, ensuite, une nouvelle condamnation de la partialité fonctionnelle issue de sa participation au délibéré⁹⁷³. La juridiction judiciaire sanctionne aussi la présence du président de la Commission d'opérations de bourse au délibéré, en raison du fait qu'il avait notifié les griefs, et elle condamne le fait que le collège soit chargé d'arrêter les griefs et de statuer sur la sanction⁹⁷⁴. Une nouvelle réforme de la procédure a dû intervenir⁹⁷⁵. De son côté, le Conseil de la concurrence avait déjà pris acte de l'évolution de la jurisprudence, ainsi que des critiques de la doctrine⁹⁷⁶ et avait décidé de ne plus permettre la participation du rapporteur et du rapporteur général au délibéré⁹⁷⁷. Cependant, il a été sanctionné en raison d'une décision ayant été adoptée à l'époque où le rapporteur participait encore au délibéré⁹⁷⁸.

⁹⁶⁹ Même si la Cour de cassation avait rejeté un pourvoi fondé sur le grief de la présence du rapporteur au délibéré (C.cass. Com. 8 décembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 404), son rapport annuel de la même année affirme que la présence du rapporteur au Conseil de la concurrence au délibéré « (...) n'apparaît guère en harmonie avec le principe de la contradiction comme avec l'égalité des armes entre les parties. Son abrogation est donc souhaitable », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, La Documentation française, Paris, 1992, p. 19.

⁹⁷⁰ C.A.P. 7 mai 1997, *Oury c. / Agent judiciaire du Trésor*, D. 1998, p. 77, note REINHARD. « *Cet arrêt dont la portée peut être considérable (...) donne avant tout une « leçon » aux différentes autorités et à tous les responsables (...)* », Michel GERMAIN et Marie-Anne FRISON-ROCHE, obs. sur C.A.P. 7 mai 1997, *Oury, R.D.B.B.*, mai-juin, 1997, p. 119.

⁹⁷¹ Art. 2 du décret n° 97-774 du 31 juillet 1997.

⁹⁷² Art. 1^{er} du décret n° 97-774 du 31 juillet 1997.

⁹⁷³ C.cas. Ass. Plén., 5 février 1999, *C.O.B. contre Oury*, *Gaz. Pal.*, 24-25 février 1999, p. 8, concl. LAFORTUNE et note DEGUELDRE, GRAMBLAT et HERBIERE ; *J.C.P. E.* 1999, p. 957, note MATSOPOULOU ; *P.A.* 10 février 1999, p. 3, notes DUCOULOUX-FAVARD et P.M. ; Nicolas RONTCHEVSKY, « La commission des opérations de bourse a l'épreuve de l'exigence d'impartialité », *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} mars 1999, n° 2, p. 129.

⁹⁷⁴ C.A.P. 1^{re} ch. 7 mars 2000, *Société KPMG Fiduciaire de France*, D. 2000, p. 212, obs. BOIZARD ; *J.C.P.* 2000, II, n° 10408, note DRAGO ; *Bull. Joly Bourse*, 2000, § 51, p. 244, note RONTCHEVSKY.

⁹⁷⁵ Les décrets n°s 720 et 721 du 1^{er} août 2000, *J.O.*, 2 août 2000, p. 11939 excluent de l'enquête le président de la C.O.B. et les membres du collège. L'enquête était désormais menée par le directeur général de la C.O.B. L'instruction était confiée à un rapporteur qui ne prenait pas parti au délibéré. Le rapporteur était choisi au sein du collège. Il notifiait les griefs, instruisait l'affaire et n'assistait pas au délibéré. Cf. Jean-Jacques DAIGRE, « La nouvelle procédure de sanction de la COB. Une réforme en clair-obscur », *J.C.P. E.*, n° 41, 2000, p. 1604. Claude DUCOULOUX-FAVARD et Nicolas RONTCHEVSKY, « La procédure de sanction administrative des infractions boursières après le décret n° 97-774 du 31 juillet 1997 », *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} mars 1998 n° 2, p. 107 ; François TERRE, « La réforme de la COB : la confusion des pouvoirs », *La vie judiciaire*, 7 août 1989, p. 3.

⁹⁷⁶ La doctrine dénonçait la méconnaissance des règles du procès équitable en raison de la présence du rapporteur au délibéré et demandait à la Cour de cassation, l'application directe de la Conv.E.D.H. pour sanctionner cette présence : « *il est (...) anormal que lors d'une phase de délibéré, obligatoirement secrète, assiste la personne qui a instruit le dossier et qui est le procureur agissant au nom de la société. Sans doute est-il déguisé en rapporteur* », Haritini MATSOPOULOU, « La présence du rapporteur du Conseil de la concurrence au délibéré, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *P.A.* n°114, 20 sept. 1996, n° 114, p. 4.

⁹⁷⁷ Depuis 1999 le rapporteur de l'affaire et le rapporteur général ne participent plus au délibéré : Samuel ETOA et Jean-Marc MOULIN, « L'application de la notion conventionnelle de procès équitable aux autorités administratives indépendantes en droit économique et financier », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* – Université de Caen, n° 1, 2002, note 11, p. 49.

⁹⁷⁸ C.cass. com., 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S.G.E. c/ ministre de l'Économie, des Finances et du Budget*, concl. LAFORTUNE, *Gaz. Pal.*, 2 déc. 1999, n° 336, p. 9 et doct. p. 2, note FLECHEUX ; D. 2000, p. 9, obs. NIBOYET ; *J.C.P.* 2000, n°10225, note CADOU. « (...) la présence du rapporteur, cheville ouvrière de la procédure de sanction, et du rapporteur général, même sans voix délibérative, a pu donner l'impression que les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises mises en cause n'avaient pas été décidées dans des conditions d'impartialité », Maurice LAFORTUNE, Concl. sur C.cas. com., 5 oct. 1999, *Société Campenon Bernard S.G.E. c. le ministre de l'Économie, des Finances et du Budget*, *Gaz. Pal.* 2 déc. 1999, n° 336, p. 9 L'exclusion du rapporteur et du rapporteur général a été normativement confirmée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000,

Dans ces décisions, la juridiction judiciaire a réalisé un examen *in concreto* du rôle du rapporteur afin de déterminer si sa présence au délibéré pouvait provoquer pour la personne mise en cause un sentiment de partialité. Interprétant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁷⁹, la jurisprudence judiciaire a conclu que le rapporteur devait être exclu du délibéré, car il participe activement à l'élaboration et à la formation de l'accusation⁹⁸⁰.

La juridiction administrative a, quant à elle, réalisé une interprétation différente⁹⁸¹ de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'examen de l'étendue et de la nature des mesures pouvant compromettre l'impartialité ultérieure⁹⁸². Pour la juridiction administrative, le rapporteur peut prendre parti au délibéré quand ses fonctions se bornent à « vérifier la pertinence des griefs »⁹⁸³, c'est-à-dire : lorsqu'il n'est pas à l'origine de la saisine, qu'il ne formule pas les griefs, qu'il n'a pas le pouvoir de classer ou élargir la saisine, qu'il n'a pas le pouvoir d'adopter des mesures de contrainte, notamment de réaliser des perquisitions et des saisies⁹⁸⁴. Le rapporteur ne saurait être exclu du délibéré dans la mesure où il ne dispose pas de pouvoirs essentiellement différents de ceux de la formation chargée de la décision⁹⁸⁵.

Résultant de l'application de cette jurisprudence, la garantie d'impartialité fonctionnelle est très variable : en principe, les autorités administratives exercent cumulativement les différentes fonctions et, dans ce cas, la garantie d'impartialité

modifiant l'art. L. 463-7 du Code du commerce. Le rapporteur de l'affaire et le rapporteur assistant aux délibérés de l'Autorité de la concurrence, sauf lorsqu'ils ont décidé des sanctions ou des injonctions.

⁹⁷⁹ En particulier, la Cour de cassation prend en considération la jurisprudence affirmant que l'impartialité du juge n'est pas compromise lorsque sa fonction antérieure se limite à la réalisation d'actes d'instruction sommaires : C.E.D.H. 26 févr. 1993, *Padovani c/ Italie*, série A, n° 257 B., § 28, J.C.P. 1994, 3742 ; C.E.D.H. 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c/ Portugal*, Série A, n° 286 B., J.C.P. 1995, 3823.

⁹⁸⁰ « Le rapporteur, en raison de sa mission d'instruction et de ses moyens d'actions et d'investigations, participe activement à l'élaboration et à la réunion de ces accusations », Maurice LAFORTUNE, concl. sur C.cas. Ass. Plén., 5 février 1999, *C.O.B. contre Oury*, *Gaz. Pal.*, 24 et 25 févr. 1999, p. 8. Le rapporteur est le « maître de l'instruction », ainsi qu'un « personnage central lors du délibéré », P. M., note sous Ass. Plén. 5 fév. 1999, *P.A.* 10 fév. 1999, n° 29. p. 10. Or, les arrêts se bornent à affirmer que le rapporteur doit être exclu du délibéré en raison du fait qu'il « a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits », C.cas. Ass. Plén., 5 février 1999, *C.O.B. contre Oury*, *Gaz. Pal.* 24-25 février 1999, p. 8 ; C.cass. com. 5 octobre 1999, *Société Campenon Bernard S.G.E. c/ ministre de l'Economie, des Finances et du Budget*, concl. LAFORTUNE, *Gaz. Pal.* 2 déc. 1999, n° 336, p. 9 et doct. p. 2, note FLECHEUX ; *D.* 2000, p. 9, obs. NIBOYET ; *J.C.P.* 2000, n°10225, note CADOU.

⁹⁸¹ Les conclusions sur l'arrêt *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf* mettent en évidence que plusieurs solutions opposées à l'égard de la participation ou de l'exclusion du rapporteur au délibéré sont toutes conformes avec la jurisprudence de la C.E.D.H. : Jean-Denis COMBEXELLE, concl. sur C.E.f. 3 déc. 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, *R.F.D.A.* 2000, p. 578-579.

⁹⁸² « Ce qui compte c'est la portée et la nature des mesures en question », C.E.D.H. 24 août 1993, *Nortier c/ Pays-Bas*, Série A, n° 267 ; *D.* 1995, somm. p. 105, obs. RENUCCI ; « (...) le simple fait, pour un juge, d'avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. Ce qui compte est l'étendue et la nature des mesures adoptées par le juge avant le procès », C.E.D.H. 22 avril 1994, *Saraiva de Carvalho c/ Portugal*, n°15651/89, série A, n° 286-B, § 35 ; C.E.D.H., 6 juin 2000, *Morel c/ France*, (n° 1), n° 34130/96, § 45 ; *D.*, 2001, p. 339 ; obs. MARGUENAUD ; *D.*, 2001, som. com., p. 1062, obs. FRICERO.

⁹⁸³ C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec.* p. 399 ; C.E.f. 17 nov. 2004, *Armand M.* n° 261349.

⁹⁸⁴ C.E.f. Ass. 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, *Rec.* p. 399 ; *A.J.D.A.* 2000, p. 126, chron. GUYOMAR et COLLIN ; *R.F.D.A.* 2000, p. 1060, note SERMENT. L'arrêt *Didier* a été confirmé : C.E.D.H. 27 août 2002, *Didier c/ France*, *J.C.P.* 2003, I, n° 109, obs. SUDRE ; *J.C.P.* 2003, n° 10177, note GONZALEZ ; *R.A.* 2003, p. 159, note GAMBIER. En application de ces critères, la présence du rapporteur de la chambre régionale des comptes a été censurée : C.E.f. Ass. 6 avril 2001, *S.A. Entreprise Razel Frères*, n° 206764, 206767. Suite à cette jurisprudence le C.S.A. a pris l'initiative d'exclure son rapporteur du délibéré (art. 1^{er} de la délibération du 11 juillet 2002, relative au règlement intérieur du Conseil supérieur de l'audiovisuel, *J.O.* 2 août 2002, p. 13222.

⁹⁸⁵ C.E.f., sect., 17 nov. 2006, n° 276926, *Sté CNP Assurances*, *D.A.* 2007, comm. 1 ; *J.C.P.* G. 2006, II, 10011, note ISRAËL.

fonctionnelle est absente⁹⁸⁶. Lorsque la sanction administrative relève du champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁸⁷, l'impartialité fonctionnelle est garantie par l'exclusion de la présence du rapporteur au délibéré lorsqu'il dispose d'importants pouvoirs d'instruction, participant activement à l'élaboration de l'accusation, pour la jurisprudence judiciaire ou lorsqu'il dispose de pouvoirs différents à ceux de la formation chargée de la décision, pour la juridiction administrative. Il est des organes offrant une apparence plus nette d'impartialité, en raison du fait qu'ils disposent d'un organe chargé exclusivement de décider la sanction⁹⁸⁸, qui n'est chargé ni de la formulation de l'accusation ni de l'instruction de l'affaire⁹⁸⁹. Même si cette séparation organique n'est pas exigée⁹⁹⁰, il s'agit de « *créer les conditions les plus favorables à cette impartialité* »⁹⁹¹, ou d'« *offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime* »⁹⁹² au prix d'alourdir la procédure de sanction⁹⁹³.

2. Les garanties de l'impartialité personnelle

L'impartialité personnelle ne correspond pas exactement à l'idée de l'impartialité subjective. L'impartialité personnelle concerne une réalité plus large : non seulement le parti pris de la personne, visant à favoriser ou à faire grief à la personne mise en cause, ce qui est connu comme la partialité subjective⁹⁹⁴ « *qui concerne chaque juge dans ses convictions*

⁹⁸⁶ Cette forme d'organisation demande à cette personne un effort particulier afin de garder en permanence le doute quant à la responsabilité de la personne mise en cause. Les impressions préliminaires doivent être soumises à la défense et il doit pouvoir abandonner le penchant naturel à soutenir ses propres actes, notamment les griefs formulés. Face à un tel cumul des fonctions, la personne mise en cause peut avoir le sentiment que la décision définitive est déjà implicitement adoptée lors de la formulation des griefs ; mais, la jurisprudence traditionnelle se contente d'exiger que la motivation profonde de l'autorité ne soit pas celle de favoriser ou de faire grief à une personne déterminée.

⁹⁸⁷ Même si la jurisprudence examine la question de l'impartialité y compris dans les cas où les moyens issus de l'art. 6 de la Conv. E.D.H. ne sont pas admis : C.E.f. 3 déc. 1999, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf*, R.F.D.A. 2000, p. 583.

⁹⁸⁸ Fruit de l'évolution forcée par la jurisprudence judiciaire à l'égard de la C.O.B., la nouvelle A.M.F. a été la première autorité indépendante à créer en son sein une commission des sanctions dont la jurisprudence a reconnu son caractère non juridictionnel : C.E.f. 4 fév. 2005, *Société GSD Gestion*, requête 2690001, R.F.D.A., nov.-déc. 2005, p. 1178. D'autres autorités disposent du même schéma, notamment l'Autorité de contrôle prudentiel dont l'art. L. 612-38, al. 6 du Code monétaire et financier dispose qu'« (...) Elle délibère hors la présence des parties, du rapporteur, du directeur général du Trésor ou du directeur de la sécurité sociale ou de leurs représentants, du membre du collège et des services de l'Autorité chargés d'assister ce dernier ou de le représenter ».

⁹⁸⁹ Lors de la discussion de la loi créant l'A.M.F., il a été considéré qu'il serait utile pour les apparences d'impartialité d'exclure la participation du rapporteur au délibéré, alors même que sa présence ne saurait être sanctionnée par la jurisprudence, dans la mesure où ses pouvoirs « *ne diffèrent pas de ceux que la formation disciplinaire collégiale du Conseil (...) aurait elle-même exercé* », amendement n° 11 à l'art. 621-15-IV du Code monétaire et financier, adopté par le Sénat le 5 juin 2003.

⁹⁹⁰ « (...) aucun principe général du droit non plus que les stipulations du premier paragraphe de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'imposent que, une fois prise par la CCAMIP la décision d'ouvrir une procédure de sanction, les phases d'instruction et de prononcé de la sanction soient séparées », C.E.f., sect., 17 nov. 2006, n° 276926, *Sté CNP Assurances*, D.A. 2007, comm. 1 ; J.C.P. G. 2006, II, 10011, note ISRAËL.

⁹⁹¹ Stéphanie GANDREAU, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de *Common Law* », R.D.P. 2005, p. 321.

⁹⁹² Jean-François RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 276.

⁹⁹³ « *La multiplication d'organes distincts, si elle est de nature à permettre une plus grande impartialité, est aussi une source de multiplication de la charge de travail global et, potentiellement, d'une moins grande efficacité des procédures* », Emmanuel BREEN, *Gouverner et punir*, op. cit., p. 67.

⁹⁹⁴ L'impartialité subjective vise à exclure tout « *parti pris ou de préjugés en faveur ou à l'encontre d'une des parties (...)* de façon que les parties n'aient, à titre personnel, rien à craindre et rien à espérer de leurs juges », René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., p. 1019. Il s'agit de personnes ayant un intérêt personnel

personnelles et son comportement »⁹⁹⁵ et dont la méconnaissance doit être prouvée⁹⁹⁶, mais aussi les conditions personnelles objectives pouvant compromettre le désintéressement de la personne et pouvant, ainsi, faire douter de son impartialité. Il s'agit de situations qui ne sont pas liées à la connaissance préalable de l'affaire en raison de l'exercice de la fonction (impartialité fonctionnelle), mais des conditions personnelles compromettant son désintéressement⁹⁹⁷. Par exemple, l'impartialité personnelle concerne tant l'animosité éprouvée à l'égard de la personne mise en cause, démontrée *in concreto*, que la participation de la personne chargée de la sanction dans la propriété d'une entreprise concurrente de celle mise en cause, par la détention d'actions, faisant douter ainsi de son désintéressement dans l'affaire. Les deux hypothèses concernent la personne, et non le préjugé né de l'exercice de sa fonction dans la procédure de sanction.

Les garanties offertes à la personne mise en cause quant à l'impartialité personnelle ne consistent pas seulement en la possibilité de démontrer au juge que la décision n'est pas institutionnelle, mais personnelle⁹⁹⁸, en raison de l'existence de motifs personnels ayant déterminé la sanction⁹⁹⁹. Dès la procédure administrative d'adoption de la sanction, il est possible d'offrir des garanties d'impartialité personnelle : d'une part, l'existence d'un régime d'incompatibilités (a) conçu pour éloigner la personne chargée de la décision des intérêts en jeu. D'autre part, le devoir de se déporter et le droit de récuser (b) permettent d'anticiper le grief d'impartialité et de le purger immédiatement.

a. L'existence d'un régime d'incompatibilités

La première façon de donner des garanties du désintéressement des personnes chargées de l'adoption d'une sanction administrative consiste à les éloigner des intérêts en jeu, en interdisant le cumul de la fonction avec d'autres activités. La personne mise en cause est confrontée à un risque mineur de partialité personnelle, lorsque les personnes chargées d'adopter la sanction exercent cette fonction de façon exclusive. Dans le cas où il s'agit des fonctionnaires publics, ils sont soumis, en France comme en Colombie, aux règles générales

dans l'affaire : C.E.f. 5 oct. 1955, *Bernard, Rec.*, p. 463 ; C.E.f. 4 mars 1964, *Dame Veuve Borderie, Rec.*, p. 157 ; C.E.f. 16 nov. 1998, *Mme Bastard-Valentini, Rec.*, p. 414.

⁹⁹⁵ Stéphanie GANDREAU, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *R.D.P.* 2005, p. 321.

⁹⁹⁶ « Alors que l'impartialité subjective est présumée, l'impartialité objective ne l'est pas puisque l'institution en cause doit la donner à voir », Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Débats », *P.A.* 3 juin 2002, n° 110 p. 72.

⁹⁹⁷ Cette partie de l'impartialité personnelle est traditionnellement considérée comme relevant de l'impartialité objective : « (...) l'impartialité objective – qui peut concerner la juridiction dans son ensemble ou des juges individuellement, et qui résulte des garanties objectives permettant de supprimer tout doute légitime quant à leur impartialité », Stéphanie GANDREAU, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *loc. cit.*, p. 321.

⁹⁹⁸ Aux termes du professeur Michel DEGOSSE, il s'agit d'une « sanction de l'agent », Michel DEGOSSE, *Droit de la sanction non pénale, op. cit.*, p. 114.

⁹⁹⁹ La preuve est moins difficile lorsque le sentiment d'animosité a été manifesté publiquement (C.E.f. 20 janvier 1960, *Mazières, Rec.*, p. 37 ; C.E.f. 22 avril 1961, *Fraunié, Rec.*, p. 1077 ; *R.D.P.* 1961, p. 903 ; C.E.f. 26 fév. 1979, *Baillet, Rec.*, p. 663 ; *A.J.D.A.* 1982, p. 933. De même, la partialité peut être prouvée lorsque la personne a pris parti publiquement concernant le sort de l'affaire en cours : C.E.f. 18 fév. 1949, *Viet, Rec.*, p. 84 ; *S.* 1950, III, p. 24 ; C.E.f. 10 janvier 1951, *Fracchinetti, R.D.P.* 1959, p. 929 ; C.E.f. Section du 27 avril 1988, *Sophie*, p. 160, concl. HUBAC. « Historiquement, les situations de partialité subjective sont étroitement liées à celles retenues en matière de détournement de pouvoir », Éric MITARD, « L'impartialité administrative », *loc. cit.*, p. 480.

d'incompatibilité pour l'exercice de la fonction publique¹⁰⁰⁰ et ne pourront, notamment, exercer en même temps des emplois dans le secteur privé ou une activité professionnelle libérale qui pourrait nuire à leur impartialité, ainsi qu'à leur indépendance.

Or, lorsque la sanction administrative est confiée à des organes collégiaux, les membres de cette autorité ne sont pas, dans tous les cas, des fonctionnaires publics. Dans certains cas, des normes spéciales disposent l'interdiction de cumul propre aux fonctionnaires publics à l'égard des membres directifs de l'autorité¹⁰⁰¹. Sans uniformité, des lois spéciales prévoient des interdictions de cumul des fonctions avec toute activité professionnelle, tout mandat électif ou emploi public ou privé¹⁰⁰². Il s'agit de systèmes d'incompatibilités conçues spécialement à l'égard du domaine d'activité de l'autorité administrative. Ainsi, notamment, les membres de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ne peuvent pas détenir directement ou indirectement des intérêts dans des entreprises du secteur des postes ou des communications électroniques¹⁰⁰³. Les membres de l'Autorité de régulation des jeux en ligne ne peuvent pas exercer une activité économique ou financière dans le secteur des jeux d'argent et de hasard¹⁰⁰⁴ ; mais, par ailleurs, ils ne peuvent pas miser sur des jeux en ligne¹⁰⁰⁵. Les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel ne peuvent pas exercer des fonctions ou recevoir des honoraires ou détenir des intérêts dans une entreprise du secteur audiovisuel¹⁰⁰⁶. De même, les membres de la Commission nationale de la télévision colombienne¹⁰⁰⁷ ne peuvent pas exercer des fonctions, recevoir des honoraires ou avoir des intérêts dans les entreprises du secteur de la télévision, du cinéma, de la radio ou des télécommunications¹⁰⁰⁸.

Dans certains cas, le risque de partialité personnelle est aussi évité en excluant la possibilité que l'adoption des décisions favorisant une personne ou une entreprise puisse être récompensée par un contrat ou par un engagement ultérieur de cette personne à la fin de son mandat au sein de l'autorité administrative. Les périodes d'incompatibilité sont ainsi

¹⁰⁰⁰ En France, les incompatibilités générales, applicables à tout fonctionnaire et agent non titulaire de droit public, indépendamment de son appartenance à la fonction publique d'État, territoriale ou hospitalière, sont prévues à l'art. 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. En Colombie, les incompatibilités générales sont prévues, notamment par l'art. 39 du C.D.U. De même, certaines des prohibitions prévues à l'art. 35 du C.D.U. visent à garantir l'impartialité de la personne, notamment, le n° 10 de l'art. 35 du C.D.U. interdisant de devenir créancier ou débiteur d'une personne ayant des intérêts dans les affaires en cours.

¹⁰⁰¹ Il s'agit du cas de l'Autorité de la concurrence dont le président et le vice-président « (...) *exercent leurs fonctions à plein temps. Ils sont soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics* », art. L. 461-2, al. 1^{er} du Code du commerce. Ce régime d'incompatibilités concerne aussi le président de l'A.M.F. (art. L. 621-2, II, 9, al. 3 du Code monétaire et financier) et le président de l'A.R.J.E.L. (art. 35, II, al. 2 de la LOI n° 2010-476 du 12 mai 2010).

¹⁰⁰² Par ex. « *Les fonctions de membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel sont incompatibles avec tout mandat électif, tout emploi public et toute autre activité professionnelle* », art. 5, al. 1^{er} de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

¹⁰⁰³ Art. L. 131, al. 1^{er} du Code des postes et des communications électroniques

¹⁰⁰⁴ Art. 36, II, al. 2 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010.

¹⁰⁰⁵ Art. 36, II, al. 3 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010.

¹⁰⁰⁶ Art. 5, al. 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. L'acceptation d'une des situations incompatibles justifie sa démission d'office : art. 5, al. 3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. La loi prévoit aussi un régime spécial d'incompatibilités pour le personnel des services sous l'autorité du président : art. 7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

¹⁰⁰⁷ La C.N.T.V. sera remplacée par l'Agence nationale de la télévision, dont l'indépendance est réduite et certaines des compétences de la Commission nationale de télévision seront confiées à la Commission de régulation des communications et à l'Agence nationale du spectre électromagnétique.

¹⁰⁰⁸ Art. 10 de la loi n° 182 du 20 janvier 1995.

prolongées après la fin des fonctions administratives¹⁰⁰⁹ et cette mesure s'accompagne, le cas échéant, du versement du salaire pendant cette période d'incompatibilité *a posteriori*¹⁰¹⁰.

Le panorama montre une diversité absolue lorsque la personne chargée de la décision n'est pas un fonctionnaire public. La diversité concerne l'existence même d'un régime d'incompatibilités, ainsi que le contenu des interdictions adaptées à chaque fonction et à chaque domaine d'action de l'autorité administrative. En France, le seul élément unificateur qui est, néanmoins, d'*ultima ratio*, consiste en la prise illégale d'intérêts, punie pénalement¹⁰¹¹.

b. Le devoir de se déporter et le droit de récuser

L'impossibilité de cumuler l'exercice de la fonction avec d'autres fonctions ou d'autres activités ne suffit pas à exclure toutes les situations où la personne chargée de décider ou de participer à la décision d'une sanction peut voir son impartialité compromise. Pour chaque affaire en particulier, la personne peut avoir un préjugé ou un intérêt nuisant à son objectivité et cela n'est pas nécessairement illégal. C'est en reconnaissant cette réalité qu'est prévue l'obligation de se déporter pour permettre le remplacement par une autre personne dont le désintéressement est absolu.

Or, en France, le devoir de se déporter n'a pas une portée générale et, il n'existe que dans le cas où il est expressément prévu. De plus en plus de législations spécifiques prévoient le devoir de déport¹⁰¹² et cela s'accompagne, le cas échéant, d'un système déclaratif de tous les intérêts, fonctions ou mandats existants ou ayant existé, pouvant compromettre l'impartialité du membre de l'autorité administrative¹⁰¹³. En Colombie, en revanche, le devoir de se déporter dans toutes les affaires où le fonctionnaire peut voir son impartialité compromise est général¹⁰¹⁴ et n'admet pas d'exceptions.

¹⁰⁰⁹ Par exemple, en droit colombien, les serviteurs publics sont interdits pendant deux ans d'assister ou de représenter des personnes dans des affaires dont la connaissance relève des fonctions ayant été exercées : art. 35, n° 21 du C.D.U.

¹⁰¹⁰ Par exemple, les membres du C.S.A. continuent à percevoir leur salaire pendant un an après la fin de leur mandat : art. 5, al. 7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. Les incompatibilités s'accompagnent aussi d'un régime d'inéligibilités prévues, à l'égard de la Commission colombienne de la télévision à l'art. 9 de la loi n° 182 du 20 janvier 1995 consistant, notamment, à la participation dans les entreprises du secteur audiovisuel pendant l'année précédente.

¹⁰¹¹ Article 432-13 du Code pénal français.

¹⁰¹² L'obligation de déport est prévue notamment pour les membres de la commission des sanctions de l'A.M.F. (art. R. 621-39-1 du Code monétaire et financier) ; pour les membres de l'Autorité de la concurrence (art. L. 461-2, al. 4 du Code du commerce) ; pour les membres de la commission des sanctions de l'A.R.J.E.L. (art. 36, II, de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010), de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel (art. L. 612-10, al. 6 du Code monétaire et financier). La méconnaissance du devoir de déport constitue une irrégularité procédurale donnant lieu à l'annulation de la décision : C.E.f. 30 mai 2007, *Sté Europe Finances et Industrie c/ AMF*, n° 293408.

¹⁰¹³ Le système déclaratif d'intérêts ou de situations pouvant compromettre l'impartialité existe notamment dans l'Autorité de la concurrence : « *Tout membre de l'autorité doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique* », art. L. 461-2, al. 3 du Code du commerce. Aussi, les membres de l'A.M.F. ont le devoir, au commencement de leurs fonctions et avec une certaine périodicité, de déclarer les situations qui pourraient constituer un conflit d'intérêts (art. L. 621-4 Code monétaire et financier). Ce système déclaratif est aussi prévu à l'intérieur de l'A.R.J.E.L. (art. 36 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010) et de l'Autorité de contrôle prudentiel (art. L. 612-10 du Code monétaire et financier).

¹⁰¹⁴ L'art. 40 du C.C.A. dispose que « *tout serviteur public devra se déporter à l'égard des affaires où sa gestion, son contrôle ou sa décision auraient un intérêt particulier et direct pour lui ou pour son conjoint, pour ses familiers proches ou pour ses associés* ». De son côté, l'art. 11 du C.P.A.C.A. précise : « *quand l'intérêt général s'oppose à*

Afin de purger les situations compromettant l'impartialité personnelle, il est aussi reconnu à la personne mise en cause le droit de demander le déport de la personne dont elle considère qu'un intérêt personnel ou un préjugé quelconque puisse léser son objectivité. En France, ce droit n'existe pas sans texte¹⁰¹⁵, alors qu'en Colombie la récusation est un droit des administrés dont les Codes administratifs¹⁰¹⁶ prévoient une procédure générale pour sa décision¹⁰¹⁷.

Bien que l'impartialité soit en France comme en Colombie une obligation générale des autorités administratives, les garanties concrètes d'impartialité en matière de sanctions administratives sont diverses. La sanction peut être confiée à une autorité réalisant, à elle seule, l'ensemble des procédures nécessaires pour l'adoption d'une sanction, qui n'est pas soumise au devoir de déport et dont la récusation est impossible ; mais, aussi, l'autorité sanctionnatrice peut réaliser une séparation absolue des étapes de la procédure de sanction, excluant ainsi toute apparence de préjugé et cela peut s'accompagner d'un devoir absolu de déport et de la possibilité de récuser le membre de l'autorité dont l'impartialité serait compromise. Dans la question de l'impartialité, la diversité française s'oppose à l'uniformité colombienne.

Conclusion du Chapitre

La sanction administrative se différencie de la sanction pénale en raison de l'organe qui la décide. L'administration n'exerce pas la fonction juridictionnelle lorsqu'elle sanctionne ; elle ne supplante pas le juge. Elle exerce une fonction administrative réglée par le droit administratif sanctionnateur. La définition organique de la sanction administrative permet d'y grouper diverses sanctions ayant des qualifications diverses, notamment les sanctions

l'intérêt particulier et direct du serviteur public, celui-ci devra se déporter ». Ce même devoir est prévu en matière disciplinaire (art. 40 du C.D.U.)

¹⁰¹⁵ C.E.f. 24 janvier 1919, *Pereaud, Rec.*, p. 63 ; C.E.f., 24 mai 1935, *Lamoudi Lamine, Rec.*, p. 586 ; C.E.f. 9 mars 1938, *Huget, Rec.*, p. 251 ; C.E.f. 6 mai 1955 *Esh Chadely, Rec.*, p. 238. En revanche, le droit de récuser dans le contentieux administratif juridictionnel est un principe général de procédure : C.E.f. Sect. 24 juillet 1934, *Ducos, Rec.*, p. 882 ; C.E.f. 25 avril 1979, *Paisnel, R.D.P.* 1980, p. 897. Lorsqu'existe le droit de récuser, il est obligatoire d'en informer la personne mise en cause, le nom des personnes prenant part au délibéré : C.E.f. Ass 5 juillet 1958, *Seitz, R.D.P.* 1959, p. 1073. La notification de la composition de l'organe allant délibérer démarre le délai spécial pour récuser, lorsqu'il est prévu, notamment devant l'A.M.F. (art. R. 621-39-2 du Code monétaire et financier). La notification de la composition de l'organe n'est, en principe, pas obligatoire pour les autorités administratives : C.E.f. 10 mai 2004, *Crédit du Nord, Rec.*, t. p. 692.

¹⁰¹⁶ L'art. 30 du C.C.A. dispose que les fonctionnaires publics peuvent être récusés pour les motifs de récusation prévus dans le Code de la procédure civile et énumère aussi des hypothèses spéciales pour la procédure administrative. De son côté, l'art. 11 du C.P.A.C.A. dispose que « *Tout serviteur public devant diriger des procédures administratives, instruire des affaires, conduire des enquêtes, recueillir des preuves ou adopter des décisions définitives pourra être récusé s'il ne se déporte pas lui-même pour les motifs suivants : 1. Avoir lui-même, sa compagne, un familier proche ou son associé, un intérêt particulier et direct dans la régulation, la gestion, le contrôle ou la décision d'une affaire. 2. Avoir déjà eu connaissance de cette affaire lui-même ou les personnes qui viennent d'être signalées(...)* 8. *Exister un sentiment grave d'animosité pour des faits étrangers à la procédure en cours, ainsi qu'une forte amitié entre le serviteur public et l'une des personnes intéressées dans l'affaire. 9. Être lui-même ou les personnes citées au n° 1, créancier ou débiteur de la personne intéressée (...)* 16. *Avoir eu, dans l'année précédente, un intérêt direct ou avoir été représentant, assesseur, président, gérant, directeur, membre du conseil d'administration, associé d'une personne ou entreprise intéressée dans l'affaire* ». Le droit de récuser en matière disciplinaire est prévu à l'art. 86 du C.D.U. et les causes de récusation sont prévues à l'art. 8 du C.D.U.

¹⁰¹⁷ Art. 30 du C.C.A. et art. 12 du C.P.A.C.A.

disciplinaires et les punitions administratives. Pour identifier la sanction administrative, il est nécessaire d'avoir recours à différents indices visant à démontrer qu'une mesure, entraînant des effets négatifs pour une personne, a été adoptée avec une finalité punitive.

L'adoption de sanctions administratives n'est pas, en soi, une fonction contentieuse. L'administration exerce la fonction contentieuse lorsque la sanction n'est pas automatique et que la personne est mise en cause avant d'être sanctionnée. La mise en cause consiste en la formulation des griefs ouvrant la possibilité de discuter cette accusation. Le contentieux autour des griefs qui est noué par la défense est tranché par l'autorité administrative décidant de sanctionner ou d'exclure la responsabilité de la personne mise en cause.

La défense potentiellement efficace permet à la personne mise en cause de faire valoir ses arguments et d'apporter les éléments de preuve nécessaires au soutien des arguments. L'indépendance de l'organe n'est pas une condition nécessaire à l'exercice de la fonction contentieuse en matière de sanctions administratives. En revanche, lorsque l'impartialité de l'autorité chargée de la décision est compromise, la défense ne saurait être efficace, dans la mesure où la décision est préalablement déterminée par un préjugé ou par un intérêt personnel dans l'affaire.

L'unité de la sanction administrative autour de sa fonction contentieuse doit permettre une unification plus large en matière des droits processuels et substantiels. Même si les différentes classifications de la sanction administrative ont un fondement scientifique dans la mesure où elles expliquent les différences quant au régime juridique de la sanction en droit français, elles ne sauraient que reproduire un état du droit qui mérite, dans un bon nombre de cas, d'évoluer.

Chapitre 2. La résolution des litiges entre administrés

La configuration traditionnelle des rapports de droit public place l'administré dans deux genres de situations : soit dans une relation de subordination à l'égard des décisions exécutoires, contentieuses ou non contentieuses de l'autorité administrative, soit dans une relation de collaboration contractuelle qui n'exclut pas, pourtant, la subordination aux pouvoirs unilatéraux de l'administration. Quand le droit administratif est défini comme le système juridique réglant les rapports des administrés avec l'administration, c'est à ces deux types de relation qu'il est fait mention. Or, les autorités administratives se sont vues confier la fonction de trancher des litiges entre des administrés, ce qui a signifié une nouveauté dans les rapports de droit public. Ainsi, la question de la définition des limites du droit administratif, par la voie du contentieux administratif, se renouvelle pour inclure ou pour exclure cette nouvelle réalité. La nouveauté ne consiste pas en l'exercice de la fonction contentieuse par les autorités administratives, mais, à une nouvelle forme de cette fonction, traditionnellement confiée aux juges. Il s'agit d'une nouvelle activité contentieuse de l'administration (**Section I**). Elle entraîne des défis pour l'activité contentieuse de l'administration (**Section II**).

Section I. Une nouvelle activité contentieuse de l'administration

Les fonctions administratives contentieuses traditionnelles sont nées de la configuration même des prérogatives de l'administration. Elles sont devenues des mécanismes offerts aux administrés pour leur défense à l'égard des prérogatives du pouvoir public. La décision des recours administratifs et le prononcé de sanctions ont servi à asseoir l'indépendance de l'administration à l'égard des juridictions qui, quant à elles, conservaient un noyau dur, exclu du contentieux administratif, juridictionnel ou non juridictionnel, consistant en les litiges entre des particuliers. Le contexte de la naissance de la nouvelle activité contentieuse de l'administration (**Sous-section 1**) était hostile ; mais, des systèmes juridiques étrangers avaient franchi le pas. En France comme en Colombie, la naissance de la fonction de résolution des litiges entre administrés (**Sous-section 2**) a répondu à une poussée propre aux besoins de la fonction administrative de régulation.

Sous-section 1. Le contexte de la naissance de la nouvelle activité contentieuse de l'administration

Les autorités administratives de l'Ancien Régime français et de l'époque coloniale

colombienne décidaient des contentieux entre particuliers. En France, les intendants du roi en mission pouvaient évoquer la connaissance d'un litige de la compétence des Parlements¹ et, dans la Nouvelle Grenade de la colonie espagnole, les autorités administratives exerçaient le droit commun de la fonction de résolution des litiges entre particuliers². Néanmoins, ces fonctions des administrations monarchiques ne sont pas l'antécédent immédiat de la fonction contentieuse de résolution des litiges entre administrés, qui est à présent exercée par des autorités administratives. Il est vrai que la résolution des litiges entre particuliers est une fonction traditionnellement considérée comme juridictionnelle (§ 1) ; mais, ces fonctions administratives existent en droit comparé (§ 2) sans avoir à être qualifiées comme des fonctions juridictionnelles.

§ 1. Fonctions traditionnellement considérées comme juridictionnelles

Au-delà de l'idée que tout le contentieux doit être tranché par un juge, considération davantage théorique que réelle, le contentieux formé par les prétentions opposées de deux particuliers fonde traditionnellement la limite entre le contentieux civil et le contentieux administratif (A). En droit colombien, la résolution des litiges entre particuliers confiée à la décision d'une autorité administrative relève traditionnellement des fonctions juridictionnelles de l'administration (B).

A. Le contentieux civil et le contentieux administratif

Le contentieux administratif s'oppose au contentieux judiciaire et au contentieux civil. Cette classification part de la définition imprécise du contentieux administratif, comme celui qui est porté devant la juridiction administrative, pour le cas français³, ou devant la juridiction du contentieux administratif, pour le cas colombien⁴. Le contentieux judiciaire regroupe une série de spécialités dont celle du contentieux civil. Quand le contentieux administratif est opposé au contentieux civil, le critère de différence n'est pas seulement la juridiction compétente⁵ ; mais, il est nécessaire d'avoir recours à d'autres critères. D'une part, le contentieux civil et le contentieux administratif sont expliqués à partir de la considération des personnes concernées. Il est dès lors soutenu que le contentieux administratif concerne des litiges opposant des particuliers à des autorités administratives⁶ ou opposant différentes

¹ Édouard LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, Berger-Levrault, Paris, 1887, réimpression L.G.D.J., Paris, 1989, p. 129.

² Oscar MAZIN, *L'Amérique espagnole. XVIe-XVIIIe siècles*, Les Belles Lettres, Paris, 2005, p. 74, 89-90; Alfonso GARCÍA, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas – Estudios de derecho indiano*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987, p. 849.

³ « (...) le contentieux administratif regroupe l'ensemble des règles applicables à la solution juridictionnelle des litiges soulevés par l'activité administrative (...) », Charles DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, 7^e éd. Dalloz, Paris, 1999, p.1.

⁴ « Dans le sens strict, le contentieux administratif peut être défini comme l'ensemble des normes et des principes régulateurs des procédures qui sont suivis devant les tribunaux juridictionnels spécialisés (...) », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, « Contencioso administrativo », Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 62.

⁵ « (...) étant entendu que l'on parle de procédure civile lorsque ledit problème est soumis à une juridiction de nature civile », Gérard COUCHEZ, *Procédure civile*, 15^e éd., Sirey, Paris, 2008, p. 1

⁶ Cette notion de contentieux implique la reconnaissance du contentieux objectif comme un contentieux de parties, en dépassant ainsi, l'idée d'un procès fait à un acte.

autorités administratives entre elles⁷, alors que le contentieux civil oppose des particuliers entre eux dans leurs relations avec la société civile⁸. D'autre part, le contentieux civil est défini en raison de la nature privée des intérêts en conflit⁹ ou même du droit applicable, notamment le droit civil¹⁰.

Même si la distribution du contentieux administratif entre les juridictions et les autorités administratives a été l'objet de controverses qui constituent l'objet même de cette recherche, le contentieux civil ou, plus largement, le contentieux opposant des particuliers, n'est pas traditionnellement mêlé à la discussion concernant l'activité contentieuse de l'administration. Il s'agit, en principe, d'une matière réservée aux juridictions de l'ordre judiciaire. Lorsqu'une décision administrative intervient dans le contentieux privé, le contentieux administratif se limite au contrôle de la décision administrative, ne pouvant pas regrouper, pour les besoins de la bonne justice¹¹, le contentieux de la légalité et le contentieux privé. La question préjudicielle se borne ainsi à la légalité de l'acte, dans les cas où la juridiction judiciaire ne peut pas, par elle-même, interpréter la légalité de la décision administrative¹². De ces faits, la juridiction judiciaire peut examiner la légalité d'une décision administrative ; mais, la juridiction administrative et l'administration non juridictionnelle ne sauraient s'approprier une partie du contentieux privé. En France, par le passé, il y a eu des autorités chargées de décider des contentieux entre particuliers¹³, mais leur nature administrative reconnue par la doctrine¹⁴ était néanmoins discutable¹⁵.

⁷ Le contentieux administratif est « *le conflit juridique né entre l'administré et l'administration (...)* », Carlos BETANCUR, *Derecho Procesal Administrativo*, 5^e éd. Señal editora, Bogota, Medellin, 2000, p. 30. Il consiste en « (...) *la résolution des différends, des controverses ou des litiges entre l'administration publique et les administrés et, même, à l'intérieur de l'administration* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *op. cit.*, p. 62. « *Le contentieux administratif est l'ensemble des litiges juridiques opposant les administrations publiques entre elles ou entre elles et les administrés, qui sont portés aux juges* », Luis LUNA, *Lo contencioso administrativo*, Ediciones Librería del profesional, Bogota, 1981, p. 19.

⁸ Il s'agit « *des conflits nés dans la société civile (issus de rapports familiaux, de relations d'affaires, d'un contrat de travail (...))* », Natalie FRICERO, *L'essentiel de la procédure civile*, 4^e éd., Gualino, Paris, 2006, p. 11. Le terme contentieux civil n'est pas utilisé et il faut déduire une définition de l'objet accordé à la procédure civile : « *La procédure civile est la procédure de la société civile et non pas seulement celle du droit civil. Elle couvre toutes les activités des citoyens, à l'exclusion des infractions pénales et des activités militaires* », Serge GUINCHARD et al., *Procédure civile*, Hyper cours, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2011, p. 17.

⁹ « *Le droit de la solution des litiges d'intérêt privé par un juge civil* », Pierre JULIEN et Natalie FRICERO, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 2009, p. 1.

¹⁰ La procédure civile « *visé à la défense des intérêts des particuliers, plus exactement des personnes physiques et morales en tant que ces intérêts ressortent au Droit privé* », Serge GUINCHARD et al., *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 14.

¹¹ C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.* p. 7.

¹² Tel est le cas du juge pénal qui pourra interpréter les actes administratifs dont la question de la légalité est requise afin de déterminer la responsabilité pénale : art. 111-5 Code pénal. En Colombie par exemple, la juridiction en matière du travail et de la sécurité sociale dispose de la compétence pour décider les conflits juridiques liés à la sécurité sociale indépendamment de la nature juridique des actes en question : art. 2, n° 4, loi 712 du 5 déc. 2001.

¹³ C'était le cas, en France, des commissions contentieuses dont la nature juridique était discutée dans la première moitié du XX^e siècle. Notamment, le Conseil supérieur des chemins de fer constituait un tribunal arbitral chargé de décider les litiges opposant les compagnies de chemin de fer, sociétés commerciales, avec leur personnel (art. 12 de la loi du 29 oct. 1921). La constitution dudit tribunal était réservée à l'initiative du ministre des Travaux publics et le Conseil d'État n'était dès lors compétent que pour connaître la légalité de la saisine du tribunal : C.E.f. 10 juillet 1931, *Chemin de fer de l'Est et autres*, S. 1931, III, p. 113. « *C'est ainsi qu'un contentieux administratif va se greffer sur la procédure l'arbitrage et que, en définitive, le Conseil d'État sera juge de la compétence du tribunal arbitral. Les auteurs de la loi de 1921 n'ont probablement pas prévu cette conséquence de leur système et ils auraient lieu d'en être offusqués* », Edmond ROUCHON-MAZERAT, *concl. sur C.E.f. 10 juillet 1931, Chemin de fer de l'Est et autres*, S. 1931, III, p.115.

¹⁴ Pour Gaston JEZE « *le « tribunal arbitral » (...) C'est une autorité administrative non juridictionnelle, appelée non à constater, mais à décider, et devant agir suivant une certaine procédure* », Gaston JEZE, note sous C.E.f. 10 juillet 1931, *Chemin de fer de l'Est et autres*, R.D.P. 1931, p. 776.

Le contentieux privé ou civil, et plus largement le contentieux privé, est une limite commune à la compétence des juridictions administratives et de l'activité contentieuse de l'administration. Cela suppose l'adoption d'une définition matérielle du contentieux privé, à la place d'une définition organique d'après laquelle le contentieux privé est celui qui est confié à la juridiction judiciaire. La qualité des parties du litige et la nature des intérêts en jeu sont des critères pour l'identification du contentieux privé exclu de la compétence administrative. En revanche, en Colombie, le contentieux entre particuliers peut être l'objet des fonctions juridictionnelles de l'administration.

B. Les fonctions juridictionnelles de l'administration colombienne

Lorsque les autorités administratives colombiennes se voient attribuer des fonctions que la loi a expressément qualifié comme de nature juridictionnelle, celles-ci n'exercent pas la fonction administrative contentieuse ; elles n'exercent pas, plus largement, la fonction administrative. Il s'agit d'un procédé exceptionnel, autorisé constitutionnellement¹⁶ qui exige, en principe, la qualification législative expresse de la nature juridictionnelle des fonctions qui sont attribuées à l'autorité administrative. Cependant, le juge constitutionnel a accepté que cette intention puisse être implicite, se voyant ainsi confronté à l'identification de fonctions juridictionnelles.

En principe, la résolution des litiges entre particuliers est une matière traditionnellement confiée aux juridictions et, ainsi, il est communément admis que quand une autorité administrative se voit confier ce genre de compétences, sa fonction est nécessairement juridictionnelle¹⁷ ; ses décisions ont force de chose jugée et les recours exercés contre cette décision sont ceux des recours contre les sentences juridictionnelles.

En effet, des autorités administratives tranchent des litiges entre particuliers par l'exercice d'une fonction expressément reconnue comme juridictionnelle : d'un part, les autorités de police, notamment le maire et l'inspecteur de police, mènent des procédures

¹⁵ Excepté la question de régler un contentieux opposant exclusivement des particuliers, ce qui, comme on le verra, ne détermine pas nécessairement la nature juridictionnelle de l'organe, ce tribunal d'arbitrage adoptait des décisions qui n'étaient l'objet d'aucun recours. Le recours pour excès de pouvoir s'adressait à la décision de saisine prononcée par le ministre, et non à la décision sur le fond adoptée par le tribunal.

¹⁶ « (...) Exceptionnellement la loi pourra attribuer la fonction juridictionnelle, dans des matières précises, à des autorités administratives déterminées. Néanmoins, elles seront défendues d'instruire des affaires pénales et de juger des délits (...) », art. 116 Const.c.

¹⁷ Dans l'esprit des citoyens, la résolution des litiges entre particuliers est une fonction juridictionnelle et lorsqu'exceptionnellement elle est attribuée à l'administration, il s'agit d'une fonction juridictionnelle de l'administration : « (...) dans notre État de droit, par règle générale, les autorités administratives n'ont pas pour fonction la résolution des litiges entre deux ou plusieurs parties, nés en raison de l'exercice de droits patrimoniaux et résultant de relations juridiques qui sont conçues par des déclarations de volonté, notamment, les droits résultant des contrats ou des servitudes. Si, exceptionnellement, les autorités administratives se voyaient attribuer ce genre de fonctions par la loi, il s'agirait de l'exercice de fonctions juridictionnelles, comme l'exige la Constitution et non comme une autorité administrative, comme c'est le cas de la norme accusée », Luis ROJAS, intervention au nom de la Commission de régulation de l'énergie et du gaz dans le procès de constitutionnalité : C.c.c. Sentence C-1120-05, 1^{er} nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO. Lors de ce procès de constitutionnalité, le procureur a conclu qu'un accord était nécessaire entre les parties, pour pouvoir soumettre un litige entre parties à la décision d'une autorité administrative.

dites « *procès policiers* », permettant, par exemple, la résolution d'un litige entre deux particuliers autour de la possession d'un immeuble¹⁸. Certes, l'autorité de police n'adopte qu'une mesure provisoire¹⁹, ne valant que jusqu'à la décision sur le fond confiée à la juridiction civile ; mais, de cette façon, le litige est transitoirement apaisé par une décision de nature juridictionnelle. D'autre part, les surintendances tranchent des litiges entre particuliers par la voie de fonctions juridictionnelles, notamment, la Surintendance de l'industrie et du commerce décide le contentieux opposant le commerçant ou le fabricant avec l'acheteur d'un bien ou le bénéficiaire d'un service, concernant la garantie de la qualité du bien ou du service²⁰. De même, la Surintendance décide comme un litige entre parties, les plaintes pour concurrence déloyale qui sont déposées par un commerçant contre un autre²¹.

Ces cas montrent que la résolution des litiges entre particuliers, confiée à des autorités administratives, représente une fonction exercée au titre des fonctions juridictionnelles, reconnues par le Conseil d'État²² qui a aussi soutenu, *a contrario*, que l'administration n'exerce pas la fonction juridictionnelle lorsqu'elle tranche un litige dont l'une des parties est une autorité publique²³. Or, il est aussi reconnu que ce sont des fonctions juridictionnelles en raison de la qualification expressément donnée par le législateur²⁴. Cette jurisprudence pourrait être interprétée de deux façons : soit la fonction de résolution des litiges entre particuliers ne pourrait être confiée à l'administration que si la loi l'attribue expressément en tant que fonction juridictionnelle, soit cette fonction attribuée à l'administration est juridictionnelle, car la loi l'a qualifiée comme telle. En revanche, dans le silence de la loi, il s'agirait d'une fonction administrative. Cette deuxième interprétation s'accorde mieux avec la réalité des fonctions administratives qui n'étant pas qualifiées par la loi comme

¹⁸ L'art. 125 du Code national de la police dispose « *La police ne peut intervenir que pour éviter la perturbation du droit de possession ou d'occupation d'un bien ou pour rétablir la situation dans le cas où la perturbation serait déjà réalisée* ».

¹⁹ L'autorité de police adopte une décision appelée « *sauvegarde policière* ». « *Lors des procès policiers, la question du droit de propriété ne sera pas examinée et les preuves concernant ce droit seront irrecevables* », art. 126 du Code national de la police.

²⁰ « *DES ATTRIBUTIONS EN MATIERE DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS: La Surintendance de l'industrie et du commerce exercera de façon concurrente avec les juges, les fonctions qui suivent : (...) b) décider l'effectivité des garanties des biens et des services, prévues par les normes relatives à la protection des consommateurs et celles de source contractuelle, si celles-ci sont plus larges que les garanties normatives* », art. 145, b, de la loi n° 446 du 7 juillet 1998. Cette compétence a été reconnue de nature juridictionnelle par la décision: C.c.c. Sentence C-1071-02, 3 déc. 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE

²¹ L'art. 20 de la loi n° 256 du 15 janvier 1996 prévoit des actions pouvant être exercées par la personne se considérant victime de concurrence déloyale, contre l'auteur de ces actes. Les actions juridictionnelles peuvent être exercées, au choix du demandeur devant les juges civils ou devant la Surintendance de l'industrie et du commerce (art. 147 de la loi n° 446 du 7 juillet 1998). Le demandeur peut prétendre à la déclaration du caractère déloyal des actes, ainsi qu'à sa suspension et à l'indemnisation des préjudices en découlant.

²² « *Les décisions dont l'exécution est demandée sont actes de la police, grâce auxquels l'administration, dans l'exercice de fonctions juridictionnelles spéciales que la loi lui a attribuées, tranche des litiges entre particuliers (...) il s'agit d'actes matériellement juridictionnels dans la mesure où ils ont été prononcés à la suite d'un procès policier visant à résoudre un contentieux entre deux particuliers et, dès lors, il n'est pas possible de demander l'exécution de cette décision par la voie de l'action d'exécution ou d'accomplissement* », C.E.c. Section 3, Sentence du 30 oct. 1997, affaire n° ACU-042, C.R. Daniel SUAREZ.

²³ « *3. Cette chambre précise que dans le cas en examen, il ne s'agit pas d'un procès policier dans la mesure où il n'existe pas un contentieux entre deux parties, tranché par l'autorité administrative. Dans le cas de restitution des biens d'usage public, l'autorité administrative n'est pas un juge, elle ne tranche pas impartialement un litige entre deux parties ayant des prétentions opposées* », C.E.c. Chambre plénière, Ordonnance du 3 mai 1990, affaire n° 5911, C.R. Antonio de IRISARRI. Cette décision se justifierait « *parce que là, il n'y a pas un simple conflit entre des particuliers, mais l'intérêt de l'administration* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III., op. cit., p. 91.

²⁴ « *En raison d'une disposition légale expresse, les procès policiers de caractère civil et pénal concernent l'exercice de la fonction judiciaire et non de la fonction administrative. Les décisions sont actes juridictionnels et, par conséquent, elles ne peuvent pas être contestées devant le juge du contentieux administratif* », C.E.c. Section 3, Sentence du 10 fév. 2000, affaire n° AC-9407, C.R. Germán RODRIGUEZ.

juridictionnelles, ne sont pas des fonctions juridictionnelles. De plus, la Cour constitutionnelle n'a affirmé dans aucune des décisions, par lesquelles elle a identifié les fonctions juridictionnelles de l'administration, que la résolution des litiges entre particuliers soit un critère déterminant. En revanche, elle a considéré qu'une fonction est juridictionnelle, dans le cas où elle était précédemment exercée par une juridiction ou lorsque le requérant peut porter le litige indistinctement devant l'autorité administrative ou une juridiction²⁵.

En France comme en Colombie, la résolution des litiges entre particuliers est normalement confiée à des autorités juridictionnelles, notamment de l'ordre civil. Les parties du litige ou les intérêts en jeu sont adoptés comme critères pour considérer qu'un litige en particulier ne relève pas du contentieux administratif. Le critère des intérêts présents dans l'affaire, justifiera le recours à l'activité contentieuse de l'administration pour décider d'un contentieux entre particuliers. Certes, certaines fonctions des autorités administratives colombiennes, qualifiées expressément par la loi comme juridictionnelles, consistent en la résolution des litiges entre particuliers ; mais, il n'est pas absolu qu'à chaque fois que l'administration décide un litige dans lequel elle n'est pas partie, sa fonction soit juridictionnelle. Dans l'absence d'une qualification législative expresse, il est possible de considérer qu'il s'agit de fonctions administratives, telles qu'elles existent en droit comparé.

§ 2. Des fonctions administratives existantes en droit comparé

Bien que la séparation des pouvoirs soit l'idée de droit public la plus répandue dans le monde entier, il s'agit en même temps d'une théorie à interprétations diverses qui n'a pas fait obstacle à ce que des litiges entre particuliers soient tranchés par des autorités administratives. La résolution administrative de litiges entre administrés est un phénomène répandu (A), qui est expliqué sous la théorie de la fonction administrative arbitrale (B).

A. Un phénomène répandu

Les agences indépendantes des États-Unis d'Amérique peuvent être autorisées à trancher des litiges entre particuliers, par la voie de leurs pouvoirs de décision dits d'adjudication. Notamment, la *Federal Trade Commission*, s'est vue attribuer la fonction de résoudre les litiges opposant des concurrents pour des accusations de concurrence déloyale²⁶. Cette même compétence, qui a été perçue en droit colombien comme relevant de la fonction juridictionnelle, est considérée comme une fonction non juridictionnelle de l'agence indépendante chargée de la concurrence aux États-Unis. Or, l'acceptation de ce genre de pouvoirs administratifs a été l'objet d'une évolution jurisprudentielle.

²⁵ C.c.c. Sentence T-494-99, 9 juillet 1999, M.R. Vladimiro NARANJO. « (...) puisqu'il existe une compétence partagée –entre les juridictions et la Surintendance- pour connaître des affaires de concurrence déloyale, il est clair qu'il doit s'agir de la même fonction de nature juridictionnelle (...) », C.c.c. Sentence C-649-01, 20 juin 2001, M.R. Eduardo MONTEALEGRE. Ce même critère a été utilisé ultérieurement : C.c.c. Sentence C-1071-02, 3 déc. 2002, M.R. Eduardo MONTEALEGRE.

²⁶ F.T.C., créée en 1914 par le *Federal Trade Commission Act*. La procédure pour la décision des plaintes relatives à la concurrence déloyale est prévue au titre XV, chapitre 2, § 45, b du U.S.C. (Code des États-Unis).

L'article III de la Constitution des États-Unis d'Amérique dispose que le pouvoir judiciaire est attribué aux juges ; mais, le texte lui-même ne précise pas que la résolution des litiges entre particuliers soit une matière réservée aux juges²⁷. Une première décision concernant le pouvoir attribué à la *United States Employees Compensation Commission* de décider le litige opposant un employeur privé à son employé, en raison des préjudices causés à ce dernier en raison du travail, a conduit la Cour suprême des États-Unis à affirmer que même si, normalement, la décision concernant les droits privés des citoyens²⁸ appartenait en principe aux juridictions, il n'était pas contraire à la Constitution que des agences indépendantes décident ces litiges à la condition que la décision puisse être l'objet du contrôle juridictionnel²⁹. Cette jurisprudence considère, néanmoins, que la compétence administrative touchant des droits privés n'est pas pleine et doit être limitée. Une décision intervenue en 1982 a confirmé la possibilité d'attribuer le pouvoir de décision –adjudication– pour des litiges concernant des droits privés, à la condition du contrôle ultérieur ; mais, cette fois-ci, la compétence pouvait être plus étendue³⁰. Ces pouvoirs administratifs³¹ peuvent générer un conflit de compétences avec les juridictions. Pour trancher ce litige, doivent être prises en considération la performance de l'agence et celle du juge pour décider l'affaire lors d'un examen comparatif³². En outre, d'après la théorie de la *primary jurisdiction*³³, certains contentieux doivent d'abord être tranchés par l'autorité administrative et cette règle de dessaisissement préalable des juges peut toucher des litiges opposant deux particuliers dans une matière qui est objet de la régulation de l'agence qui devra trancher³⁴.

La fonction de régulation des agences américaines des États-Unis explique l'attribution de la compétence pour trancher des litiges entre particuliers. Des autorités de régulation d'autres pays sont vues aussi confier de telles fonctions³⁵. En Espagne, la cessation des

²⁷ Néanmoins, la Cour suprême du New Hampshire a soutenu : « *En dépit des hésitations, tout argument est surabondant pour démontrer que la fonction de décider des litiges entre des parties privées correspond exclusivement aux organes judiciaires*, cité par Jorge VELEZ, *Los dos sistemas del derecho administrativo*, Universidad Sergio Arboleda, Bogota, 1994, p. 234.

²⁸ La différence entre l'adjudication touchant des « *public rights* » et celle relative aux « *private rights* » avait été établie auparavant (S.C.J. affaire *Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Company*, 59 US, 272, 1855). Cette différence était considérée comme le fondement de la compétence exclusive des tribunaux à l'égard des droits privés qui pourraient se trouver en conflit.

²⁹ S.C.J. affaire *Crowel vs. Benson*, 285, U.S. 22, 1932.

³⁰ S.C.J. affaire *Northern Pipeline Construction Co. Vs. Marathon Pipe Line Co.* 485 U.S. 50, 1982) accepte que la fonction d'« *adjudication* » des agences ne se limite pas aux « *initial fact-finders* ». Cf. Richard PIERCE, Sidney SHAPIRO et Paul VERHUIL, *Administrative Law and process*, 2^e éd. University Textbook Series, The Foundation press, New York, 1992, p. 73.

³¹ Il s'agit de fonctions administratives que la doctrine qualifie de judiciaires, alors que la jurisprudence parle de fonctions quasi judiciaires : Kenneth CULP DAVIS, *Administrative Law and Government*, 2^e éd., West Publishing co., Minnesota, 1975, p. 17.

³² La jurisprudence a créé la théorie de la *Primary Jurisdiction* (affaire *Texas & Pacific Railway Co. v. Abilene Cotton Oil Co.*, 204 U.S. 426, 1907) donnant la possibilité aux Cours de décider au cas par cas, si elle se considère mieux placée que l'agence pour trancher, dans la logique des « *comparative advantages* ».

³³ « *La doctrine de la juridiction primaire, comme la règle de l'épuisement des recours administratifs, vise à promouvoir des relations appropriées entre les tribunaux et organismes administratifs chargés de tâches particulières de régulation* », S.C.J. affaire *United States vs. Western Pacific R. Co.*, 325 U.S. 59, 1956.

³⁴ Par exemple, le contentieux opposant les cheminots aux usagers, autour des tarifs, doit être porté devant l'*Interstate Commerce Commission I.C.C.*, chargé de la régulation du secteur ferroviaire (S.C.J. affaire *Texas & Pacific Ry. Vs Abilene Cotton Oil Co.*, 204 U.S. 426, 1907).

³⁵ Certains pays européens confient ce pouvoir de résolution des litiges entre émetteurs, intermédiaires et investisseurs à leur autorité de régulation des marchés financiers, notamment la Belgique, l'Espagne et le Luxembourg. « *C'est ainsi le cas pour la Commission bancaire et financière belge, pour la CNMV en Espagne, pour la Commission de Surveillance du secteur financier du Luxembourg, la CMVM du Portugal (depuis le 1^{er} mars 2000) dispose déjà de ce pouvoir de régler les différends ou de donner une suite aux plaintes des investisseurs* », Bulletin de la Commission des opérations de bourse C.O.B., n° 344, mars 2000, p. 2.

monopoles étatiques, ayant pour but de donner place à la concurrence, a été accompagnée des compétences de résolution des litiges entre les nouveaux concurrents et l'opérateur historique. Même si ce genre de fonctions n'était pas inédit dans le droit espagnol³⁶, il est devenu beaucoup plus présent dans des autorités administratives³⁷ portant, néanmoins, le nom de tribunaux arbitraux³⁸. Ainsi, les autorités régulatrices se sont vues confier, notamment, la résolution de contentieux issus de la concurrence déloyale³⁹. Il en est de même, des contentieux des consommateurs avec les producteurs ou fabricants⁴⁰ ou les litiges opposant deux personnes autour de la propriété industrielle⁴¹. Ainsi, la résolution des litiges entre l'opérateur historique du service postal et les nouvelles entreprises, est-elle subsidiairement confiée à une autorité adjointe au ministère des Communications⁴². De plus, des autorités administratives décident des contentieux entre des particuliers en matière de transports⁴³ et des assurances⁴⁴.

Au Pérou, des autorités administratives sont chargées de la résolution des litiges entre administrés⁴⁵ et il existe une procédure administrative générale contentieuse pour l'exercice de ces fonctions⁴⁶. À cet égard, la doctrine précise que la procédure cherche à garantir notamment l'impartialité de l'administration devant agir en tant que tierce à l'égard du litige⁴⁷. Ainsi, au Venezuela, des contentieux de la consommation sont décidés par l'Institut de

³⁶ Par exemple, la loi des eaux de 1879 attribuait aux alcaldes la compétence pour décider les contentieux entre particuliers pour le traitement des eaux souterraines.

³⁷ « Dans plusieurs opportunités, l'administration tranche, en effet, des litiges, des oppositions de prétentions, des conflits de droits et d'intérêts entre particuliers », José PARADA, « La actividad administrativa arbitral », in *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Madrid, Editorial Complutense, D.L., 1992, p. 1173.

³⁸ « Dans ces hypothèses, il n'est pas possible de parler d'un arbitrage stricto sensu car les parties ne choisissent pas volontairement la compétence administrative ; elle est imposée par la loi. De plus, la voie judiciaire n'est pas exclue car le litige est décidé par un acte administratif objet du contrôle de la juridiction contentieuse administrative. Dès lors, il serait préférable de parler de mécanismes de résolution des conflits et non d'arbitrage », Javier GUILLEN, « Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo », *loc. cit.*, p. 360.

³⁹ Enrique GÓMEZ-REINO, « el arbitraje administrativo en el derecho de la competencia », *Revista de Administración Pública*, n° 162, Sept.-déc., 2003, p. 7.

⁴⁰ Dans la matière, des autorités nommées tribunaux arbitraux de la consommation ont été créées par la loi 26/84 du 19 juillet de la loi générale pour la défense des consommateurs et des usagers. Le décret royal 636 du 3 mai 1993 a instauré un système de « Juntas arbitrales » sur tout le territoire espagnol, pour l'administration de la fonction arbitrale, accompagnées des collèges arbitraux qui décident les affaires. L'art. 3 du décret royal 636/1993 dispose que les Juntas arbitrales de la consommation sont des organes administratifs intégrés dans les administrations territoriales. Cf. Arturo ÁLVAREZ, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional de Consumo, Jerez de la Frontera, 1999, p. 113. Javier GUILLEN, « Administración y actividad arbitral: la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo », *Revista de Administración Pública*, n° 166, janv.-avril 2005, p. 362.

⁴¹ La Commission arbitrale de la propriété intellectuelle a été créée par l'art. 143 de la loi 22/87, du 11 novembre et le décret royal 479/89 du 5 mai 1989, régulant les compétences de la Commission.

⁴² Un organe adjoint du ministère des Communications tranche des litiges entre l'opérateur historique et les entreprises accédant au marché : art. 5, n° 5 de la loi 24/1998, du 13 juillet 1998, sur la libéralisation des services postaux.

⁴³ Les Juntas Arbitrales de Transporte ont été créées par les articles 37-38 de la loi 16/87, d'ordonnancement des transports terrestres.

⁴⁴ Les commissions de conciliation ont été créées pour décider les litiges entre les compagnies d'assurances et les assurés, d'après l'art. 34 de la loi 33/84, du 2 août 1984, sur l'assurance privée.

⁴⁵ Jorge DANÓS, « El proceso de elaboración y aprobación de la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General », in *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, Ley n° 27444, ARA Editores, Lima, 2001, p. 20-21.

⁴⁶ « La procédure trilatérale est la procédure administrative contentieuse qui est suivie entre deux ou plusieurs administrés devant les autorités administratives (...) », art. 219.1 de la loi péruvienne n° 27444 du 10 avril 2001, de la procédure administrative générale n° 27444.

⁴⁷ Jaime SANTOFIMIO, « El procedimiento administrativo en Colombia y Perú. Actuaciones procesales », in *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, ARA Editores, Lima, 2001, p. 228.

défense et d'éducation du consommateur et de l'utilisateur⁴⁸, autorité administrative.

L'étude des fonctions attribuées à des autorités chargées de missions de régulation aux États-Unis montre une évolution allant vers l'acceptation de la fonction administrative de résolution de litiges entre administrés. En Espagne et au Pérou, la mise en concurrence de secteurs économiques a motivé l'attribution de fonctions de résolution des litiges entre administrés. Ces fonctions ont été expliquées sous la théorie de la fonction administrative arbitrale.

B. La fonction administrative arbitrale

C'est en droit espagnol qu'est formulée une théorie visant à expliquer la résolution administrative de litiges entre particuliers. La fonction administrative arbitrale s'exerce dans le cas où l'autorité administrative est portée à trancher entre des prétentions opposées de deux personnes privées.

- les caractères généraux de cette fonction administrative sont, tout d'abord, le caractère non consensuel de l'intervention de l'autorité administrative. De ce point de vue, la fonction administrative arbitrale se différencie de l'arbitrage *stricto sensu*, exigeant, quant à lui, l'accord préalable des parties d'un contrat sur la résolution d'un litige éventuel ou l'accord concomitant des parties déjà engagées dans un litige, pour porter le litige devant un arbitre. En revanche, dans la fonction administrative arbitrale, le litige peut être porté par l'une des parties au litige, sans avoir à demander l'accord de l'autre.

- ensuite, le litige porté à la connaissance de l'autorité administrative peut concerner soit l'existence, la portée ou l'efficacité d'un droit administratif, soit d'un droit privé⁴⁹. Dans les cas des droits administratifs en conflit peuvent être cités, notamment, le droit à l'interconnexion en matière de services publics ouverts à la concurrence, alors que le paiement des prix des contrats signés entre les entreprises ou avec les usagers concerne un droit privé. En doctrine, l'expression « *arbitrale* » utilisée pour désigner la résolution des litiges sur un droit de nature administrative est considérée comme inexacte, pouvant être confondue avec le véritable arbitrage existant lorsque le litige concerne des droits privés⁵⁰. Or, il n'est pas certain que dans la pratique, en droit espagnol, la décision adoptée par l'autorité administrative soit considérée comme entraînant des effets différents en raison de la nature du droit en cause.

⁴⁸ Tribunal suprême de justice de la République bolivarienne de Venezuela, Chambre constitutionnelle, Sentence du 28 fév. 2008, M.R. Pedro RONDON.

⁴⁹ La fonction administrative arbitrale est celle que « réalise l'administration publique lorsqu'elle décide des controverses ou des conflits entre des administrés concernant des droits privés ou administratifs », Ramón PARADA, *Derecho Administrativo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 574.

⁵⁰ Il existe deux situations « a) celle où l'administration tranche des litiges entre des sujets privés sur des droits administratifs par des actes administratifs. Dans ce cas, il n'est pas possible de parler d'arbitrage au sens propre puisque les parties ne choisissent pas cette voie et la voie judiciaire n'est pas non plus exclue car l'acte administratif qui tranche le conflit peut être l'objet d'un recours devant la juridiction du contentieux administratif. Partant, il serait plus correct de parler d'un mécanisme de résolution des litiges. b) d'autre part, il existe l'activité arbitrale où l'administration tranche des litiges entre des particuliers sur des droits strictement privés et par l'adoption d'une sentence arbitrale privée, par exemple dans le cas de l'arbitrage en matière de consommation », Javier GUILLEN, « Administración y actividad arbitral », *loc. cit.*, p. 360.

- enfin, la fonction administrative arbitrale s'exerce par des moyens de nature administrative : bien que la procédure administrative puisse être adaptée pour la résolution des litiges entre particuliers, la décision adoptée n'est pas un acte juridictionnel ou une sentence arbitrale⁵¹. Il s'agit d'un « *acte administratif arbitral* »⁵² pouvant être l'objet du contrôle ordinaire des actes administratifs.

La théorie de la fonction administrative arbitrale systématise toutes les situations de la résolution administrative des litiges entre administrés ; mais, cette fonction est l'objet de critiques accusant l'administration d'usurpation de la fonction des juges⁵³ au titre d'un principe non explicitement formulé d'après lequel les juges civils sont exclusivement compétents pour trancher les litiges entre des particuliers⁵⁴. Néanmoins, les critiques restent sans effets à l'égard d'une fonction administrative répandue pas seulement en Espagne. Dès lors, la jurisprudence colombienne, tant constitutionnelle⁵⁵ qu'administrative⁵⁶, a adopté la théorie de la fonction administrative arbitrale afin d'expliquer les hypothèses où l'administration colombienne tranche des litiges entre particuliers, sans avoir à être investie de la fonction juridictionnelle.

Bien qu'une fonction de résolution des litiges entre particuliers soit confiée aux agences de régulation des États-Unis d'Amérique et que cette fonction soit exercée par des autorités administratives d'autres États, c'est en droit espagnol qu'a été tentée une explication systématique de cette fonction. Elle est considérée comme une fonction administrative, même si elle n'est pas exempte de critiques. Malgré la diversité doctrinale à l'égard de cette fonction, il existe un élément en commun : l'idée de régulation. Cet élément concerne aussi le droit français et le droit colombien.

Sous-section 2. La naissance de la fonction de résolution des litiges entre administrés en France et en Colombie

L'attribution des fonctions de résolution des litiges entre particuliers en France et en Colombie répond à la même logique que dans d'autres États : la régulation de certains secteurs commande la création d'arbitres plus au moins impartiaux du jeu économique, ayant les performances techniques nécessaires pour trancher le litige, ainsi que l'autorité juridique et morale suffisante pour réaliser, par la voie de la résolution des litiges, des valeurs

⁵¹ Lorsque le litige concerne exclusivement des droits ou des intérêts privés, la décision serait une sentence arbitrale et la compétence de l'autorité administrative requiert l'accord entre les parties.

⁵² José PARADA, « La actividad administrativa arbitral », *loc. cit.*, p. 1174.

⁵³ Il s'agirait d'une « *intromission de l'activité administrative dans les compétences judiciaires civiles (...) une usurpation* », *idem*.

⁵⁴ Cette fonction entraîne un « *affaiblissement grave du principe d'après lequel les tribunaux civils sont les juges naturels des litiges patrimoniaux entre particuliers* », *ibidem*, p. 1185.

⁵⁵ « *Les fonctions de résolution de litiges des commissions de régulation ont une nature administrative, non seulement d'un point de vue formel ou organique, mais aussi matériel et, dès lors, elles n'ont pas une nature judiciaire. Cette activité de l'administration publique ou des organes administratifs correspond à la dénommée fonction arbitrale où l'administration agit comme un arbitre dans le conflit entre des particuliers ou entre les particuliers et l'administration* », C.c.c. Sentence C-1120-05, 1 nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO.

⁵⁶ « *Cette activité administrative correspond à la fonction arbitrale où l'administration agit comme un arbitre des litiges entre les particuliers ou avec un organe administratif* », C.E.c. Section 1^{re} Sentence du 30 avril 2009, affaire n° 2004-00123 01, C.R. Rafael LAFONT.

particulières, notamment la concurrence dynamique et loyale. L'attribution de compétence à des autorités administratives françaises et colombiennes (§ 1) met en place une fonction liée à la mission de régulation (§ 2).

§ 1. L'attribution de compétence à des autorités administratives françaises et colombiennes

De prime abord, la présence de deux administrés ayant des prétentions opposées devant l'administration n'est pas une nouveauté. En droit français, les contradicteurs de la théorie du ministre-juge acceptent néanmoins que le ministre était juge lorsqu'il tranchait des litiges entre deux personnes, en tant que tiers⁵⁷. Aujourd'hui, la procédure administrative ordinaire, prévoit des situations où un tiers ayant un intérêt dans la procédure en cours, peut s'y rendre pour s'opposer aux demandes d'une autre personne, en créant ainsi, dans les faits, une opposition de deux personnes devant être départagées par l'autorité administrative. En droit français, par exemple, la procédure d'inscription dans les registres de la propriété industrielle prévoit la possibilité de personnes pouvant être affectées par le registre, jouissant de l'antériorité dans le dépôt d'une marque⁵⁸, de pouvoir s'opposer à l'inscription⁵⁹. La jurisprudence précise que l'opposition au registre ne fait pas devenir juridictionnelle la décision administrative qui prend en considération l'opposition⁶⁰. En droit colombien, la procédure administrative générale ne prévoit pas expressément le droit de faire opposition aux demandes adressées aux autorités administratives ; mais, il existe un devoir d'informer les tiers qui peuvent être affectés par la décision administrative⁶¹, notamment, dans le cas de l'inscription dans des registres publics⁶². De plus, il est reconnu le droit de toute personne de se présenter spontanément lors d'une procédure administrative l'intéressant, afin d'apporter des preuves⁶³. De la combinaison de ces normes, il est possible d'affirmer l'existence de la

⁵⁷ « *Mais ces exemples, les seuls que nous connaissons où ces autorités soient appelées à prendre des décisions autrement que comme parties et dans l'intérêt de l'État, du département, etc., en un mot, du corps ou de la personne qu'elles représentent, sont si peu nombreux (...) qu'ils ne peuvent, à notre avis, suffire pour faire ranger les ministres, les préfets et les maires parmi les juges administratifs en général* », Adèle-Gabriel-Denis BOUCHENE-LEFER *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif, ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Cosse et Marchal, Paris, 1862, p. 613.

⁵⁸ « *Pendant le délai mentionné à l'article L. 712-3, opposition à la demande d'enregistrement peut être faite auprès du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle par le propriétaire d'une marque enregistrée ou déposée antérieurement ou bénéficiant d'une date de priorité antérieure, ou par le propriétaire d'une marque antérieure notoirement connue* », art. L. 712-4, al. 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁹ Christophe CARON, « *Encore les droits de l'homme en droit de la propriété industrielle !* », *Communication Commerce électronique* n° 4, avril 2006, comm. 59. Le directeur de l'I.N.P.I. joue de garanties d'indépendance, prévues à l'art. L. 411-4 Code de la propriété intellectuelle.

⁶⁰ « *(...) la délivrance d'un titre de propriété industrielle par le directeur de l'INPI constitue un acte administratif individuel* », Cass. com., 31 janv. 2006, n° 04-13.676, *Dir. gén. INPI c/ Sté Aoste*, D. 2006, p. 581, obs. DALEAU. Les requérants affirmaient que la contradiction était la preuve du caractère juridictionnel de la décision de l'I.N.P.I. Le caractère administratif des décisions du directeur de l'INPI en matière de propriété industrielle avait été déjà affirmé par la Cass. com., 6 juin 1984, *R.T.D. com.* 1985, p. 751, obs. CHAVANNE et AZEMA.

⁶¹ Le C.C.A. ne prévoit ce devoir que dans le cas où l'administration s'autosaisirait de l'affaire : « *Dans le cas où l'administration démarre une procédure d'office, s'apercevant du fait que des particuliers peuvent être affectés directement par cette procédure, elle doit leur communiquer l'existence de la procédure, ainsi que son objet* », art. 28 du C.C.A. relatif aux procédures démarrées d'office.

⁶² « *L'inscription dans un registre public est la conséquence d'un acte administratif adopté à la suite d'une procédure où toutes les personnes pouvant être affectées par le registre ont dû être convoquées. Ainsi, il n'est pas possible d'affirmer que ces personnes sont surprises par l'inscription au registre, alors même que l'objet même du registre est de donner de la publicité erga omnes pour que l'acte soit opposable à des tiers* », C.c.c. Sentence C-640-02, 13 août 2002, M.R. Marco MONROY.

⁶³ « *DES DROITS DES PERSONNES DEVANT LES AUTORITES PUBLIQUES : dans leurs relations avec les autorités publiques, toutes les personnes ont droit à (...) 8. Présenter des arguments et apporter des preuves dans toutes les procédures les*

possibilité de faire opposition aux demandes d'un administré devant l'administration.

Or, l'opposition à la demande adressée à l'administration ne configure pas, *stricto sensu*, un contentieux entre deux parties privées. Il s'agit d'un moyen d'instruction de la procédure administrative, visant à l'adoption d'une décision respectueuse des droits des tiers, permettant leur participation. La décision qui sera adoptée par l'administration ne pourrait être remplacée par une conciliation privée substituant la décision administrative. En réalité, en France, la résolution des litiges entre particuliers a été confiée à des autorités indépendantes (A), alors qu'en Colombie, c'est une fonction attribuée aux commissions de régulation des services publics domiciliaires (B).

A. Des autorités indépendantes

Les autorités publiques ou administratives indépendantes du droit français disposent de pouvoirs divers pour l'exercice des missions qui leur ont été confiées. La résolution des litiges opposant des personnes, destinataires de son pouvoir est un mécanisme essentiel pour la réalisation des finalités d'intérêt général. Le domaine d'action des autorités indépendantes permet d'identifier deux classes d'autorités disposant de ce genre de fonctions contentieuses. La résolution administrative de litiges entre particuliers concerne tant des autorités administratives dans le domaine économique (1) que des autorités administratives dans le domaine des libertés (2).

1. Autorités administratives dans le domaine économique

Le passage dans la concurrence des grands services publics nationaux a lancé le défi de la mise en place des conditions nécessaires pour assurer une concurrence réelle. Pour ce faire, l'accès égalitaire aux ouvrages publics devient un élément essentiel du rééquilibrage des rapports entre l'opérateur historique et les nouveaux concurrents. De même, l'interconnexion des services fournis est requise pour que les services proposés soient attractifs en égalité de conditions. Ces conditions de la concurrence sont, en principe, l'objet d'accords entre les opérateurs des services, devant prendre en considération la régulation technique de l'autorité administrative. Or, en cas de litige sur la matière, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (a), ainsi que la Commission de régulation de l'énergie (b) sont compétentes pour trancher le contentieux.

a. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

intéressant. Ce droit concerne aussi celui à ce que ces arguments et ces preuves soient pris en considération au moment de décider et à être informé de la décision adoptée sur le fond de la question », art. 5 du C.P.A.C.A.

L'Autorité de régulation des télécommunications, A.R.T., créée en 1996⁶⁴, a été rapidement investie de la fonction contentieuse pour trancher des litiges en matière d'interconnexion lorsque les négociations directes entre les opérateurs n'ont pas permis d'arriver à un accord⁶⁵. La constitutionnalité de ces pouvoirs a été reconnue⁶⁶. Cette fonction avait pour antécédent le pouvoir d'arbitrage dont disposait le ministre chargé des postes et des télécommunications pour fixer les coûts de l'interconnexion en cas de désaccord entre les opérateurs⁶⁷. Néanmoins, l'inspiration directe de ce pouvoir attribuée en 1997 à l'Autorité de régulation des télécommunications a été le projet de directive européenne en matière des télécommunications⁶⁸, prévoyant que l'autorité de régulation nationale dispose d'un pouvoir contentieux en matière d'interconnexion et de la co-implantation et du partage des installations⁶⁹. En 2001, l'ordonnance du 25 juillet a élargi la compétence contentieuse de l'Autorité pour décider les litiges relatifs à l'accès aux listes d'abonnés téléphoniques⁷⁰. L'Autorité de régulation des télécommunications est devenue, en 2005, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes⁷¹. Chargée de la régulation de l'activité postale, l'Autorité de régulation s'est vue attribuer des fonctions contentieuses sur des litiges touchant les conventions relatives aux moyens indispensables pour l'exercice de l'activité postale⁷², ainsi que pour décider les litiges relatifs aux dispositions tarifaires et techniques des contrats dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel d'envoi de correspondances⁷³. De plus, elle peut être saisie du contentieux né autour de l'utilisation

⁶⁴ Art. 8 de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996, modifiant l'art. L. 36 du Code des postes et des communications électroniques.

⁶⁵ « En cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties », art. 36-8, al. 1^{er} du Code des postes et des communications électroniques.

⁶⁶ C.c.f. Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 99.

⁶⁷ « Ces droits d'accès sont négociés entre France Télécom et le demandeur et portés à la connaissance du ministre chargé des Postes et télécommunications. En l'absence d'accord, chacune des deux parties peut saisir le ministre, qui peut alors fixer ces droits en tenant compte de la réalité des coûts », art. 11, al. 4 du décret n° 90-1213 du 29 décembre 1990 relatif au cahier des charges de France Télécom et au Code des postes et télécommunications, *J.O.* 30 déc. 1990, p. 16568. Ce pouvoir ne concerne que les parties et les périodes sur lesquelles il n'existe pas d'accord entre les parties (C.E.f. 16 juin 2000, *France Télécom c/ Sté française de radio téléphonie*, n° 202835). Cf. Isabelle CIUPA, *L'interconnexion dans les télécommunications : le concept d'O.N.P. comme outil d'une régulation concurrentielle*, Presses Universitaires du Septentrion, 1997.

⁶⁸ Cf. Claude GAILLARD, *Rapport de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de réglementation des télécommunications*, n° 2698, 30 avril 1996 et Rapport n° 2750, p. 178 et suiv ; Gérard LARCHER, *Rapport d'information du Sénat, Examen du projet de loi de réglementation des télécommunications*, n° 357, 29 mai 1996.

⁶⁹ Le texte définitif de la directive dispose : « En cas de litige en matière d'interconnexion entre des organismes au sein d'un État membre, l'autorité réglementaire nationale de cet État membre prend, à la demande de l'une ou l'autre des parties, des mesures afin de régler le litige dans les six mois de cette demande. La solution du litige représente un équilibre équitable entre les intérêts légitimes des deux parties », art. 9, n° 5 de la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), *J.O.C.E.* n° L 199 du 26/07/1997, p. 0032-0052. De même, l'art. 11, al. 3 dispose : « Les accords de co-implantation ou de partage des installations font normalement l'objet d'un accord commercial et technique entre les parties concernées. L'autorité réglementaire nationale peut intervenir pour régler les litiges, selon les dispositions prévues à l'article 9 ».

⁷⁰ L'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 a donné la possibilité aux opérateurs de porter à l'Autorité de régulation, le contentieux relatif aux conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés. Cette compétence est aujourd'hui prévue au dernier alinéa de l'art. L. 34 du Code des postes et des communications électroniques.

⁷¹ Art. 5 de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005.

⁷² Cette fonction est prévue au 1^{er} alinéa de l'art. 5-5 du Code des postes et des communications électroniques : « En cas de différend entre le prestataire du service universel et un titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 3 sur la conclusion ou l'exécution de stipulations techniques et tarifaires d'une convention relative à l'accès aux moyens indispensables à l'exercice de l'activité postale visés à l'article L. 3-1, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie par l'une ou l'autre des parties ».

⁷³ Art. L. 5-4 du Code des postes et des communications électroniques.

partagée des installations placées sur le domaine public⁷⁴.

L'Autorité ne dispose pas d'un pouvoir contentieux général pour trancher tous les litiges pouvant naître entre les opérateurs des télécommunications⁷⁵. L'Autorité n'est pas compétente pour contrôler la légalité des règlements, pour interpréter des lois ou des règlements ou pour déterminer la légalité des contrats passés entre les opérateurs du secteur⁷⁶. La fonction contentieuse de l'Autorité est soumise à la condition d'échec des négociations directes entre les opérateurs⁷⁷. Cette condition doit aussi être remplie par les demandes reconventionnelles⁷⁸. Si la saisine le demande, l'Autorité peut adopter des mesures conservatoires préalablement à la décision définitive du litige⁷⁹. L'Autorité doit rendre une décision dans un délai maximal de quatre mois⁸⁰. La décision peut être accompagnée d'injonctions nécessaires pour l'interconnexion⁸¹. L'effectivité des décisions adoptées par l'Autorité de régulation est assurée par le pouvoir de sanction dont elle dispose en cas d'inexécution des décisions réglant des litiges⁸².

b. La Commission de régulation de l'énergie

La concurrence en matière énergétique est conditionnée par l'accès aux réseaux

⁷⁴ L'art. L. 36-8, II énumère les autres fonctions contentieuses entre particuliers dont dispose l'A.R.C.E.P.

⁷⁵ Élisabeth ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », P.A. 23 janvier 2003 n° 17, p. 26.

⁷⁶ « L'Autorité (...) n'a été investie ni du pouvoir d'interprétation des lois et règlements ni de celui de contrôler la légalité d'un règlement dont l'objet a été précisément d'instituer un mécanisme de contrôle du contenu des services Télétel et services offerts sur les kiosques télématiques ou téléphoniques ; qu'elle n'a dès lors pas vocation à apprécier les clauses insérées dans des contrats en application du régime juridique d'exception prévu pour les services Audiotel (...) », C.A.P. 15 décembre 1998, 24 juin 1998, *Cooper communications c/ France Télécom* ; La lettre de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes, nov./déc. 2006, p. 26. « (...) il n'entre également pas dans ses attributions de statuer sur la revendication de la propriété d'une marque », C.cass. civ. 5 mars 2002, *Spacotel communications c/ France télécom*, n° A. 00-12-972.

⁷⁷ Art. L. 36-8 du Code des postes et des communications électroniques. « La partie en demande doit établir qu'il y a eu échec des négociations quant à l'objet même du litige et démontrer que les questions évoquées ont effectivement été débattues en vain et sont restées sans réponse satisfaisante », Élisabeth ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *loc. cit.*, p. 26.

⁷⁸ A.R.T. Décision n° 00-603 du 30 juin 2000, *Linx c/ France Télécom* relatif à l'interconnexion pour l'acheminement du trafic Internet à destination de numéros de type 0860PQMCDU payants pour l'appelant in http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/00-603.pdf consulté le 24 déc. 2011. De même, l'Autorité a précisé que les nouvelles conclusions relatives aux conditions d'interconnexion, présentées après la saisine de l'Autorité, doivent être présentées par écrit et soumises à la discussion des parties, visant à établir un accord direct. Le refus de l'accord sur les nouvelles conditions détermine la compétence de l'Autorité sur ces conclusions : A.R.T. Décision n° 01-951, 5 oct. 2001 *Magic on Line c/ France Télécom*, in http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/01-951.pdf, consulté le 24 déc. 2011. Dans le même sens : C.A.P. 1^{re} ch., sect. H, 20 janvier 2004, *Completel c/ France Télécom*, 2003/13088 ; C.A.P. 1^{re} ch., sect. H, 20 janvier 2004, *UPC France c/ France Télécom*, 2003/12848.

⁷⁹ « En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant le secteur des communications électroniques, l'autorité peut, après avoir entendu les parties en cause, ordonner des mesures conservatoires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux. Ces mesures doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence », art. 36-8, al. 4 du Code des postes et des communications électroniques.

⁸⁰ Initialement, l'art. R-11-1 du Code des postes et des communications électroniques disposait que la décision devait être adoptée dans un délai maximal de 3 mois, pouvant être élargi à 3 mois de plus. Or, l'art. 20 de la Directive cadre des télécommunications, directive 2002/21/CE a disposé que ce délai était de 4 mois, exceptionnellement élargi de deux mois. En matière postale, « elle se prononce dans un délai de quatre mois après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations », art. L. 5-5, al. 2 du Code des postes et des communications électroniques.

⁸¹ « (...) l'Autorité est investie du pouvoir d'émettre des prescriptions, voire de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire, de manière à rendre effective la réalisation des travaux et des prestations nécessaires pour assurer la liberté d'accès au service de télécommunications », C.A.P. 1^{re} chambre, Sect. H, 28 avril 1998, *SA France Télécom c/ Sté Paris TV Câble*, n° 97/17847. Dans le même sens C.A.P. 28 avril 1998, *SNC Compagnie générale des eaux*, n° 97/17849, A.J.D.A. 1998, p. 835, note de SILVA.

⁸² Art. L. 36-11, n° 2 du Code des postes et des communications électroniques.

publics de transport d'électricité, ainsi qu'aux ouvrages et aux installations de transport ou de distribution de gaz. Il s'agit de réseaux, d'ouvrages et d'installations dont l'importance physique et financière fait obstacle à sa reproduction par les nouveaux concurrents visant à fournir leurs clients. Compte tenu de cette réalité, il est reconnu un droit d'accès aux réseaux et aux ouvrages et installations, devant être l'objet d'un accord entre les gestionnaires et les utilisateurs de ces réseaux, ouvrages ou installations. Lorsque les parties ne parviennent pas à un accord, le litige des opposants peut être confié, par une des parties, à la décision de la Commission de régulation de l'énergie⁸³ qui doit le décider dans un délai de deux mois⁸⁴.

La compétence de la Commission de régulation est délimitée par la qualité des parties et par l'objet du litige⁸⁵. En dehors des litiges entre gestionnaires et utilisateurs du réseau de transport ou de distribution d'électricité⁸⁶, entre les opérateurs et les utilisateurs des ouvrages de transport ou de distribution de gaz, ou entre les exploitants et les utilisateurs des installations de stockage de gaz naturel ou liquéfié ou de dioxyde de carbone, concernant l'accès ou l'utilisation des réseaux, ouvrages ou installations, la Commission est incompétente pour régler tout autre litige, notamment, lorsque l'une des parties n'est pas spécifiquement un transporteur d'électricité⁸⁷. La Commission peut, seulement dans ces matières et à l'égard de ces parties, trancher des litiges relatifs à la conclusion, à l'interprétation ou à l'exécution des contrats⁸⁸. Même si la cour d'appel de Paris a nié le pouvoir d'injonction de la Commission de régulation de l'énergie, pour ordonner, notamment, la signature d'un contrat permettant l'accès aux réseaux de transport d'énergie⁸⁹, la Commission dispose d'un pouvoir général de sanction pour méconnaissance de ses décisions⁹⁰. De surcroît, la Commission s'est vue reconnaître le pouvoir de condamner au paiement d'astreintes pour inexécution de ses décisions⁹¹. Afin de garantir la continuité du service, la Commission peut adopter des mesures conservatoires visant à assurer l'accès aux réseaux, ouvrages ou installations nécessaires pour le service d'électricité ou du gaz.⁹²

⁸³ Art 38 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 Cf. Laurent RICHER, « Commentaire de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *A.J.D.A.* 2000, p. 239. Le droit de saisir la Commission est aujourd'hui prévu à l'art. L. 134-19 du Code de l'énergie, dans la version donnée par l'art. V de l'Ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011.

⁸⁴ « (...) Le délai peut être porté à quatre mois si la production de documents est demandée à l'une ou l'autre des parties. Ce délai de quatre mois peut être prorogé sous réserve de l'accord de la partie plaignante », art. 134-20, al. 1^{er} du Code de l'énergie.

⁸⁵ La rédaction de l'art 38 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 est considérée comme trop étroite, obligeant à une interprétation restrictive de la compétence de la Commission, en matière contentieuse : Gaël BOUQUET et Stéphanie BEAUVILLARD, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *A.J.D.A.* 2004, p. 1912.

⁸⁶ « Il en résulte que deux critères cumulatifs de compétence doivent être réunis pour le règlement d'un différend (...) Tout d'abord, un critère organique tenant à la qualité des parties : le litige doit opposer un gestionnaire de réseau à un utilisateur de ce réseau. Ensuite, un critère matériel tenant à l'objet du litige : celui-ci doit être lié à l'accès ou à l'utilisation du réseau ou des installations », *Rapport d'activité de la C.R.E.* 1^{er} juillet au 31 décembre 2008, p. 12.

⁸⁷ La Commission s'est déclarée incompétente pour décider le litige concernant la rémunération due à la S.N.C.F. par le gestionnaire du réseau de transport d'électricité : C.R.E. 24 juin 2003, *RTE c/RFF et SCNF*, *J.O.* 4 sept. 2003, p. 15212.

⁸⁸ Art. L. 134-19, al. 7 du Code de l'énergie.

⁸⁹ « (...) il ne lui appartient pas de prononcer des condamnations tendant à l'exécution d'obligations contractuelles ou à la réparation d'un préjudice né de leur inexécution et pas davantage d'enjoindre la signature d'un contrat », C.A.P. 1^{re} chambre, Sect. H, 24 fév. 2004, *E.D.F. c/ Sté Sinerg*, n° 2003/10671.

⁹⁰ Le pouvoir de sanction peut conduire, dans les faits, au remplacement du pouvoir d'injonction : Gaël BOUQUET et Stéphanie BEAUVILLARD, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *loc. cit.*, p. 1915.

⁹¹ Art. L. 134-20, al. 2 du Code de l'énergie.

⁹² « En cas d'atteinte grave et immédiate aux règles régissant l'accès aux réseaux, ouvrages et installations mentionnés à l'article L. 134-19 ou à leur utilisation, le comité peut, après avoir entendu les parties en cause,

La Commission de régulation de l'énergie dispose, depuis 2006⁹³, d'un organe spécialisé dans l'exercice de ses fonctions contentieuses de sanction et de résolution des litiges entre particuliers. Le Comité de résolution des différends et des sanctions, C.o.R.D.i.S., est indépendant du collège de la Commission

2. Autorités administratives dans le domaine des libertés

Le pouvoir de résolution des litiges entre deux personnes ne concerne pas seulement la mise en place d'un marché concurrentiel. La fonction contentieuse peut viser, aussi, à trancher des litiges autour des libertés publiques ou des valeurs constitutionnelles. La liberté de communication, le pluralisme de la presse et des médias audiovisuels, ainsi que la protection des droits d'auteur ont justifié l'octroi de ce genre de fonctions contentieuses à des autorités indépendantes. Dans ce domaine, disposent de la fonction contentieuse pour trancher des litiges entre particuliers, pouvant aussi concerner des opérateurs publics, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (a) et la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (b).

a. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel

Concernant le domaine audiovisuel, le développement de la télévision digitale terrestre a justifié l'attribution au Conseil supérieur audiovisuel du pouvoir de résolution des différends entre les titulaires d'une autorisation ou des titulaires du droit d'usage de la ressource radio-électrique, sur la mise à disposition du public des services de communication audiovisuelle par voie hertzienne terrestre en mode numérique⁹⁴. L'inspiration de ce pouvoir est communautaire⁹⁵. Cette fonction contentieuse a été élargie en 2004 pour inclure aussi la radio, et non seulement la télévision⁹⁶. De surcroît, à l'initiative du Conseil supérieur lui-même, les

ordonner les mesures conservatoires nécessaires en vue notamment d'assurer la continuité du fonctionnement des réseaux. Ces mesures peuvent comporter la suspension des pratiques portant atteinte aux règles régissant l'accès auxdits réseaux, ouvrages et installations ou à leur utilisation », art. 134-22 du Code de l'énergie.

⁹³ Le Comité a été créé par l'art. 5 de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006. Son installation effective a été en 2007. Il est composé de deux conseillers d'État et deux magistrats à la Cour de cassation.

⁹⁴ Le premier alinéa de l'art. L. 30-5 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, dans la rédaction issue de l'art. 50 de la loi n°2000-719 du 1^{er} août 2000 disposait que « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut être saisi par les titulaires d'autorisation mentionnés aux articles 30-1 et 30-2, par les sociétés bénéficiaires d'un droit d'usage prioritaire de la ressource radioélectrique au titre de l'article 26, par toute personne mentionnée à l'article 20-3, par les prestataires auxquels ces titulaires, ces sociétés et ces personnes recourent, ainsi que par toute personne visée à l'article 42, de tout litige portant sur les conditions techniques et financières relatives à la mise à disposition auprès du public de services de communication audiovisuelle par voie hertzienne terrestre en mode numérique* ».

⁹⁵ « *Sans préjudice de toute action que la Commission ou tout État membre peut tenter en application du traité, les États membres veillent à ce que toute partie ayant un litige non résolu au sujet de l'application des dispositions relevant du présent article jouisse d'un accès facile et, en principe, peu onéreux à des procédures appropriées de règlement des litiges, pour régler ces litiges d'une manière équitable et transparente et en temps opportun* », art. 4, e, de la directive 95/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision, *Journal officiel* n° L 281 du 23/11/1995 p. 0051 – 0054.

⁹⁶ L'art. 30-5 a été supprimé par l'art. 37 et 56 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004. Son contenu a été inclus dans la rédaction du nouvel art. 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 se référant tant à la radio qu'à la télévision.

litiges portés à la connaissance du Conseil supérieur de l'audiovisuel peuvent également avoir pour cause la réalisation des principes et des valeurs de la radio et de la télévision⁹⁷, par la voie des relations entre les éditeurs et les distributeurs de services de radio ou de télévision.

Ainsi, l'une des parties du litige, un éditeur ou un distributeur de services de radio ou de télévision⁹⁸, peut saisir le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁹⁹ lorsque le litige concernant la distribution du service porte atteinte au caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'expression, à l'ordre public, à la dignité de la personne, aux exigences du service public, à la protection du jeune public ou à la qualité et la diversité des programmes¹⁰⁰. Le litige peut aussi concerner les relations contractuelles entre les éditeurs et les distributeurs à la condition que l'une des valeurs citées soit mise en cause, ainsi que pour garantir le caractère objectif, équitable et non discriminatoire de cette relation. Par exemple, la résiliation d'un contrat passé entre un éditeur et un distributeur peut être l'objet de la décision contentieuse du Conseil supérieur de l'audiovisuel si cette résiliation est entachée de mettre en cause le caractère objectif, équitable et non discriminatoire de la relation contractuelle¹⁰¹.

La fonction contentieuse du Conseil supérieur de l'audiovisuel a été contestée à l'égard du principe de liberté contractuelle en vue d'exclure la possibilité d'enjoindre la signature d'un contrat entre un éditeur et un distributeur. Le pouvoir d'injonction concerne, dès lors, la formulation d'une offre accordée aux principes dont le Conseil a le respect à sa charge¹⁰² : « *il appartient nécessairement au conseil, sauf à priver d'effet ces dispositions, d'examiner la nature des offres contractuelles qui lui sont soumises, voire d'enjoindre à une partie de formuler une proposition commerciale qui respecte les exigences d'objectivité, d'équité et de non-discrimination* »¹⁰³. Le contenu de l'offre peut être l'objet d'une nouvelle saisine du Conseil dans le cas où les parties ne parviendraient pas à s'accorder sur un contrat d'édition ou

⁹⁷ Le C.S.A. avait considéré à l'égard du projet de loi, « *qu'il serait souhaitable que, parmi les articles sur le fondement desquels le CSA pourrait s'opposer à une modification de plan de services d'un distributeur, figure l'article 4 modifié de la loi de 1986 (dans sa rédaction résultant de l'article 43 du projet de loi), qui pose les principes sur lesquels doit reposer la régulation du CSA : égalité de traitement, libre concurrence, relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services, qualité et diversité des programmes* », C.S.A. Avis du 27 mai 2003 sur le projet de loi sur les communications électroniques, in <http://www.csa.fr/Espace-juridique/Avis-du-CSA-au-Gouvernement/Avis-du-27-mai-2003-sur-le-projet-de-loi-sur-les-communications-electroniques> consulté le 25 déc. 2011.

⁹⁸ L'autorité est incompétente lorsque la saisine n'est pas déposée par un éditeur ou distributeur d'un service de radio ou de télévision, notamment, le Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes : C.S.A. Décision n° 2010-574, 20 juillet 2010, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes c/ société Numéricâble*, J.O. n°0186 du 13 août 2010, texte n° 70.

⁹⁹ L'A.R.T. s'était déclarée incompétente pour décider ce genre des litiges, ne concernant pas seulement les fournisseurs des services de radio ou de télévision : « *De même, un litige survenant entre un opérateur de réseaux ou de services de communications électroniques et un éditeur de contenu qui n'est ni un opérateur de réseaux de communications électroniques ni un fournisseur de services de communications électroniques n'appartient pas au champ d'application de l'article 20 précité* », A.R.T. « Réponse de l'Autorité de régulation des télécommunications. Consultation publique relative à l'évolution du droit français des communications électroniques », p. 33, in http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/repcpubdroit.pdf consulté le 19 déc. 2011.

¹⁰⁰ Art. 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

¹⁰¹ C.A.P. Décision n° 2009-467, 20 juillet 2009, *Sté TV Numéric c/ Société Canal J*, J.O. n° 0188 du 15 août 2009, texte n° 77.

¹⁰² Le Conseil supérieur de l'audiovisuel a « (...) *le pouvoir d'inviter le distributeur à formuler une nouvelle proposition compatible avec les objectifs prévus au premier alinéa de l'article 17-1 et à l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986* », C.S.A. décision n° 2007-471 du 17 juillet 2007, *Ste Voyage c/ Canal Satellite*. Pour la cour d'appel de Paris « *s'il est vrai que cette autorité n'a pas le pouvoir de contraindre la société CANALSATELLITE à contracter contre sa volonté, les injonctions qu'elle peut être amenée à lui décerner (...) sont de nature à influencer sur sa volonté (...)* », C.A.P. 26 octobre 2007, *S.A. Canal satellite*, n° 07/14703

¹⁰³ C.S.A. Décision n° 2008-523 du 8 juillet 2008, *Sté AB Sat c/ Métropole Télévision*, J.O. n° 0203 du 31 août 2008, texte n° 26.

de distribution de l'œuvre par les moyens radiotélévisés.

La décision administrative contentieuse doit être rendue dans un délai de deux mois et, le cas échéant, ce délai peut être porté à quatre mois¹⁰⁴. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel ne dispose pas de pouvoirs propres pour garantir l'exécution de sa décision et, pour ce faire, le président du Conseil doit saisir le Conseil d'État qui statue en référé¹⁰⁵.

b. La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet

La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) est chargée de concilier les droits d'auteur avec les droits des usagers des œuvres. En outre, elle doit concilier les droits d'auteur avec l'intérêt de la concurrence, bénéficiant tant aux producteurs qu'aux usagers eux-mêmes. Avec cette double finalité, la Haute Autorité dispose de la fonction de résolution des litiges entre particuliers dans deux cas :

D'un côté, la Haute Autorité veille à ce que les exceptions aux droits d'auteur sur un ouvrage puissent être effectivement exercées par leurs bénéficiaires. Dans ce but, les mesures techniques de protection des droits d'auteur sur les ouvrages ne doivent pas apporter des contraintes ou des limitations contraires aux exceptions des droits d'auteur, notamment pour la copie privée de l'œuvre, l'utilisation pour des bibliothèques ou la finalité de conservation¹⁰⁶. La Haute Autorité est compétente pour trancher le contentieux né autour de l'exercice des exceptions des droits d'auteur en raison des mesures techniques. Cette compétence est héritée du pouvoir d'arbitrage dont disposait l'Autorité de régulation des mesures techniques¹⁰⁷. Le contentieux de l'exception des droits d'auteur oppose l'utilisateur, acquéreur de l'ouvrage ou les bénéficiaires de l'exception¹⁰⁸ aux droits d'auteur¹⁰⁹ et l'éditeur de la mesure

¹⁰⁴ Art. 17-1, al. 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

¹⁰⁵ Art. 42-10 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

¹⁰⁶ « Au titre de sa mission de régulation et de veille dans les domaines des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur ou par les droits voisins, la Haute Autorité exerce les fonctions suivantes : 1° Elle veille à ce que les mesures techniques visées à l'article L. 331-5 n'aient pas pour conséquence, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité d'interopérer, d'entraîner dans l'utilisation d'une œuvre des limitations supplémentaires et indépendantes de celles expressément décidées par le titulaire d'un droit d'auteur sur une œuvre autre qu'un logiciel ou par le titulaire d'un droit voisin sur une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme ou un programme », art. L. 331-31, n° 1 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁷ Les fonctions contentieuses de l'A.R.M.T. étaient prévues à l'art. L. 331-7 du Code de la propriété intellectuelle, dans la version issue de l'art. 14 de la loi n°2006-961 du 1 août 2006. Concernant l'A.R.M.T., « 16. Ce n'est qu'au cas d'échec de la conciliation que l'Autorité est investie du pouvoir de rendre des décisions ayant valeur d'arbitrage et dont la forme est celle de décisions motivées prononçant des injonctions éventuellement assorties d'astreintes. Ces décisions sont obtenues au terme d'une procédure contradictoire, ouvrant aux parties la faculté de faire connaître leur position respective », Lucien RAPP, « Nature et pouvoirs de l'autorité de régulation des mesures techniques de protection, *Revue Lamy droit de l'immatériel*, Janv 2007, n° 23, p. 65. V. C.c.f. Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, J.O. 3 août 2006, p. 11541.

¹⁰⁸ La Haute Autorité peut être saisie par « Toute personne bénéficiaire des exceptions mentionnées au 2° de l'article L. 331-31 ou toute personne morale agréée qui la représente peut saisir la Haute Autorité de tout différend portant sur les restrictions que les mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 apportent au bénéfice desdites exceptions », art. L. 331-33 du Code de la propriété intellectuelle, créé par l'art. 12 de la loi n°2009-1311 du 28 octobre 2009 - art. 12.

technique. La décision de la Haute Autorité doit déterminer, notamment, le nombre de copies dont bénéficie l'acquéreur de l'ouvrage.

D'un autre côté, la Haute Autorité tranche le contentieux de l'accès aux informations nécessaires à l'interopérabilité des logiciels¹¹⁰. Il s'agit d'une condition nécessaire à la concurrence en matière d'appareils de reproduction d'ouvrages, dans la mesure où l'accès aux codes et aux informations techniques des mesures techniques de protection des droits d'auteur permet qu'un ouvrage puisse être interopérable, c'est-à-dire reproduit sur des supports différents de celui conçu par l'auteur de la mesure technique de protection. Le contentieux tranché par la Haute Autorité est lié entre l'auteur de la mesure technique et le prétendant à l'accès aux informations techniques, éditeur de logiciel, fabricant de système technique ou exploitant de service.

Le pouvoir de résolution des litiges entre particuliers dont dispose la Haute Autorité a des traits spéciaux par rapport à celui de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, de la Commission de régulation de l'énergie et du Conseil supérieur de l'audiovisuel. De même que dans les autres cas, l'autorité ne peut être saisie qu'après une tentative échouée d'accord direct¹¹¹. Cependant, la Haute Autorité exerce une fonction de conciliation entre les parties du litige et, seulement après le constat de l'absence d'accord entre les parties, elle prononce une décision¹¹² qui doit intervenir dans le délai de deux mois¹¹³ et qui peut être accompagnée d'une injonction¹¹⁴ et d'une astreinte¹¹⁵.

Aujourd'hui, quatre autorités indépendantes françaises exercent une fonction de résolution des litiges entre particuliers. Ces personnes sont normalement des destinataires directs des mesures de régulation de l'autorité contentieuse. Or, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet peut être saisie par les usagers, acquéreurs des ouvrages ou les bénéficiaires des exceptions des droits d'auteur qui sont, néanmoins, bénéficiaires de la régulation dans la matière. Dans toutes les hypothèses examinées, l'autorité ne peut être saisie qu'après le constat d'un litige, lié par le refus de

¹⁰⁹ Les exceptions aux droits d'auteur concernent, notamment, la copie privée et la copie à des finalités de conservation.

¹¹⁰ Art. L. 331-32 du Code de la propriété intellectuelle.

¹¹¹ « (...) le demandeur doit en outre justifier qu'il a demandé au titulaire des droits qui recourt à la mesure technique de protection de prendre les mesures propres à permettre l'exercice effectif d'une exception au droit d'auteur et aux droits voisins mentionnés à l'article L. 331-31. Est assimilé à un refus le fait de ne pas proposer la mise en œuvre de telles mesures dans un délai raisonnable », art. R. 331-56, IV du Code de la propriété intellectuelle.

¹¹² « Dans le respect des droits des parties, la Haute Autorité favorise ou suscite une solution de conciliation (...) À défaut de conciliation dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, la Haute Autorité, après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, rend une décision motivée », Article L. 331-35 du Code de la propriété intellectuelle.

¹¹³ Art. L. 331-32, al. 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle. « Le délai de deux mois mentionné aux articles L. 331-32 et L. 331-35 court à compter de la réception du dossier complet par la Haute Autorité », art. R. 331-56, IV, al. III du Code de la propriété intellectuelle.

¹¹⁴ « Lorsqu'elle prononce une injonction visant à garantir le bénéfice effectif d'une exception au droit d'auteur ou aux droits voisins, la Haute Autorité détermine les modalités d'exercice de cette exception et fixe notamment, le cas échéant, le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée, en fonction du type d'œuvre ou d'objet protégé, des divers modes de communication au public et des possibilités offertes par les techniques de protection disponibles », art. R. 331-73, al. 2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹¹⁵ Art. L. 331-32, al. 4 du Code de la propriété intellectuelle.

passer un accord sur l'interconnexion en matière des télécommunications, l'accès aux réseaux de transport d'énergie, la distribution des ouvrages dans les médias de radio ou de télévision ou l'exercice des exceptions aux droits d'auteur. Ce genre de fonction contentieuse est confié aux commissions colombiennes de régulation.

B. Des commissions de régulation des services publics domiciliaires

Les commissions colombiennes de régulation ne sont pas des autorités administratives indépendantes¹¹⁶. De nature administrative, les commissions de régulation des services publics domiciliaires¹¹⁷ exercent la fonction que la Constitution colombienne de 1991 a attribué au Président de la République pour la détermination des politiques générales d'administration et de contrôle de l'efficacité des services publics arrivant au domicile des citoyens¹¹⁸, notamment l'eau, le gaz, l'électricité, le téléphone fixe. Le Président de la République a été autorisé par l'article 68 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994 à déléguer cette fonction aux commissions de régulation, ce qui a été fait par le décret n° 1524 du 15 juillet 1994. La même loi n° 142 a innové dans le droit colombien en confiant à ces autorités la compétence pour régler des litiges se présentant entre des opérateurs du service public, autour de questions intéressantes, notamment, la concurrence dans le secteur qui a été disposé par la Constitution de 1991¹¹⁹. Ainsi, la loi n° 142 a attribué des fonctions contentieuses générales aux commissions de régulation des services publics (1) et une fonction contentieuse spécifique à la Commission de régulation des communications (2).

1. Les fonctions contentieuses générales des commissions de régulation des services publics

L'article 73 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994 a attribué deux genres de compétences contentieuses de résolution des litiges entre opérateurs des services publics : d'un côté, les commissions de régulation tranchent les litiges opposant les différentes entreprises des services publics autour des contrats passés entre elles ou des servitudes en matière de services

¹¹⁶ Ricardo Hoyos, « Las comisiones de regulación en Colombia », in *El derecho público a comienzos del siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tome II, Thomson, civitas, Madrid, 2003, p. 1403-1419; Jaime VIDAL, « Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana », in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 4, janv.-déc., 2000, p. 436.

¹¹⁷ L'art. 3 de la loi n° 1122 du 9 janvier 2007 a créé une Commission de régulation de la Santé qui ne dispose pas de la fonction contentieuse de résolution des litiges entre administrés.

¹¹⁸ « *Le Président de la République doit formuler, conformément à la loi, les politiques générales de l'administration et du contrôle de l'efficacité des services publics domiciliaires. Il doit exercer, par la voie de la Surintendance des services publics domiciliaires, le contrôle, l'inspection et la surveillance des entreprises des services publics* », art. 370 de la Const.c.

¹¹⁹ L'art. 333 de la Const.c. détermine le cadre général du modèle économique colombien, sous le principe de l'initiative privée et de la libre concurrence. De son côté, l'art. 336 de la Const.c. exclut les monopoles étatiques dans la matière. Conformément à ces principes, l'art.365 de la Const.c. dispose : « *Les services publics sont de l'essence même de la finalité sociale de l'État colombien. L'État doit garantir l'accès efficace aux services publics pour tous les habitants du pays. Le régime juridique des services publics sera déterminé par la loi. Ils pourront être confiés à des autorités étatiques, à des communautés organisées ou à des particuliers. Or, en tout état de cause, l'État conserve la régulation, le contrôle et la surveillance de ces services. L'État lui-même pourra se réserver un service public déterminé, pour des raisons de souveraineté ou d'intérêt social ; mais, dans ce cas, il devra indemniser préalablement et de façon intégrale, les personnes qui seront exclues de l'exercice de cette activité légale. Cette mesure exige le vote d'une loi approuvée par la majorité des membres des deux chambres* », art. 365 de la Const.c.

publics¹²⁰. À la différence de la compétence des autorités administratives françaises, les commissions de régulation ne peuvent pas décider d'un contentieux relatif à la conclusion d'un contrat, mais à son interprétation ou à son exécution. D'un autre côté, les commissions de régulation décident le litige relatif à la fourniture du service à l'égard d'usagers spécifiques ou dans certaines régions¹²¹. La décision de la commission de régulation doit viser à minimiser les coûts du service pour les usagers.

Les compétences contentieuses générales des commissions de régulation en matière de contrats, de servitudes ou des services pour des usagers ou des régions spécifiques sont résiduelles : les commissions ne sont compétentes que si la matière est attribuée à une autre autorité administrative. Il s'agit d'une compétence considérée comme une exception aux principes généraux du droit public et, dès lors, la doctrine plaide pour une interprétation stricte des compétences contentieuses des commissions de régulation¹²². De surcroît, la Cour constitutionnelle s'est vue saisie à deux reprises de la constitutionnalité de ces fonctions. D'un part, les fonctions de résolution des litiges entre les entreprises des services publics étaient considérées, par le requérant, comme contraires au droit d'accès à la justice dans la mesure où les parties du litige ne peuvent pas choisir entre la saisine du juge ou de la commission de régulation et qu'elle ne requiert pas l'accord des deux parties¹²³. Pour la Cour constitutionnelle, les fonctions contentieuses des commissions de régulation ne méconnaissent pas le droit d'accès au juge, dans la mesure où les décisions administratives des commissions de régulation peuvent être l'objet du contrôle juridictionnel¹²⁴. D'autre part, la déclaration de l'inconstitutionnalité des fonctions contentieuses des commissions de régulation a été demandée pour contrarier l'exclusivité supposée des juridictions sur les litiges entre particuliers¹²⁵. La Cour constitutionnelle a considéré qu'aucun principe constitutionnel n'était méconnu lorsque des autorités administratives, dont les commissions de régulation, se

¹²⁰ Les commissions de régulation doivent « *décider, sous la demande de l'une des parties, les litiges entre les entreprises des services publics, concernant les contrats ou les servitudes existant entre elles et dont la décision ne correspond à aucune autre autorité administrative. La décision adoptée pourra être l'objet du contrôle juridictionnel de la légalité* », art. 73.8 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994.

¹²¹ Les commissions de régulation sont chargées de « *décider, à la demande de l'une des parties, les litiges entre les entreprises des services publics, concernant la fourniture du service à des usagers spécifiques ou dans des régions spécifiques. La décision adoptée peut être l'objet du contrôle juridictionnel de la légalité. La décision doit viser, notamment, à atteindre la finalité de minimiser les coûts de la fourniture du service* », art. 73.9 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994.

¹²² « *Trancher des litiges correspond aux fonctions juridictionnelles de l'État. Néanmoins, pour des raisons de rapprochement, pour garantir la continuité et la qualité du service, pour protéger certains usagers, pour garantir la compétence entre les entreprises, pour préserver la situation avant la naissance du litige, il est nécessaire d'attribuer des fonctions de résolution des litiges aux autorités de police. Cependant, la loi 142 de 1994 a fait une telle attribution aux commissions de régulation. Il s'agit d'une compétence différente de la fonction judiciaire et elle doit être limitée aux finalités poursuivies par la loi. Ces compétences ne pourront pas être élargies afin de faire devenir les commissions de régulation, les juges du secteur régulé* », Alberto ATEHORTUA, « El control en las empresas de servicios públicos domiciliarios », *Revue Contexto*, n° 21, nov. 2004, Universidad Externado de Colombia, p. 23.

¹²³ La saisine de la Cour constitutionnelle affirmait « (...) *il s'agit des compétences pouvant être exercées à la demande de l'une des parties et n'exigeant pas l'accord des parties du litige. Cela méconnaît le caractère essentiellement facultatif des mécanismes alternatifs de résolution des litiges, prévus par la Constitution. Avec cette norme, sont méconnus les articles 228 et 229 de la Constitution, qui garantissent le droit de toutes les personnes d'avoir accès au juge* », saisine citoyenne de l'affaire C-560-04.

¹²⁴ Même si la Cour considère que la saisine est entachée d'erreurs, empêchant de donner une réponse sur le fond, elle précise : « (...) *compte tenu du fait que les décisions des commissions de régulation peuvent être l'objet d'un contrôle de légalité devant la juridiction, on ne comprend pas pourquoi le requérant soutient que cette fonction des commissions de régulation limite illégitimement le droit d'accès au juge* », C.c.c. Sentence C-560-04, 1^{er} juin 2004, M.R. Jaime CORDOBA.

¹²⁵ « *Les normes dont la constitutionnalité est contestée attribuent la fonction d'administrer la justice aux autorités administratives, alors même que la prérogative de dire le droit est une matière exclusive des juridictions. La loi matérialise une usurpation de fonctions* », saisine citoyenne de l'affaire C-1120-05.

voient confier des fonctions administratives dont celle de trancher des litiges entre les entreprises des services publics¹²⁶.

2. La fonction contentieuse spécifique de la Commission de régulation des communications

La Commission de régulation des télécommunications s'est vue attribuer des fonctions contentieuses spécifiques pour la résolution des litiges entre les différents opérateurs du service des télécommunications, à la condition que ce litige mette en cause la libre et loyale concurrence ou l'efficacité du service des télécommunications¹²⁷. De même, la Commission de régulation tranche les litiges entre les opérateurs sur les servitudes nécessaires à l'interconnexion, ainsi qu'en matière d'accès aux ouvrages et installations nécessaires à l'interconnexion¹²⁸.

La compétence contentieuse de la Commission de régulation des télécommunications avait été l'objet d'interprétations restrictives : le Conseil d'État considérait que la compétence de la Commission ne concernait pas tous les litiges pouvant opposer les opérateurs du service de télécommunications, mais qu'il était nécessaire d'examiner, *in concreto*, si le litige contractuel avait pour effet de mettre en cause les valeurs ou les principes expliquant l'ensemble des fonctions de la Commission de régulation¹²⁹. Dans les cas des litiges exclusivement privés, n'entraînant pas des conséquences pour le marché, la compétence contentieuse de la Commission de régulation est subsidiaire et les parties peuvent avoir recours à l'arbitrage¹³⁰. Il s'agit de l'interprétation que donnait la Commission de régulation de sa propre compétence¹³¹. Cette interprétation était confortée par la Cour constitutionnelle

¹²⁶ « (...) les fonctions de résolution des litiges, dont les normes en question font référence, ont une nature administrative, non seulement d'un point de vue formel ou organique ; mais, aussi d'un point de vue matériel et, dès lors, ce n'est pas des fonctions judiciaires », C.c.c. Sentence C-1120-05, 1 nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO.

¹²⁷ La rédaction initiale de l'art. 74.3 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994 disposait : Ce sont des fonctions « de la Commission de régulation des télécommunications (...) b. Résoudre les litiges se présentant entre les opérateurs dans tous les cas où l'intervention des autorités est requise pour garantir les principes de la libre et loyale concurrence dans le secteur, ainsi que l'efficacité du service ».

¹²⁸ L'ensemble des commissions de régulation sont compétentes pour trancher des litiges relatifs aux servitudes. Or, la Commission de régulation des communications est aussi compétente pour « 10. Ordonner la constitution, d'office ou à la demande de la partie, des servitudes d'accès, d'usage ou d'interconnexion, ainsi que déterminer les conditions d'accès et d'usage des installations, des ressources physiques et des supports nécessaires pour l'interconnexion. Elle doit signaler qui doit payer les coûts de ces opérations, ainsi que déterminer l'interopérabilité des réseaux et le fonctionnement des services ou des applications », art. 22, n° 10 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009.

¹²⁹ Les litiges contractuels sont décidés par la Commission à la condition qu'ils mettent en cause la continuité, la qualité du service, la libre concurrence, etc. Dans l'espèce, « Le litige est né car Télécom a décidé, unilatéralement, d'adopter une nouvelle mesure, non prévue par le contrat. L'effet de cette modification ne concerne que les parties, car elle modifie les conditions économiques prévues au moment de passer le contrat. Dès lors, ce litige n'a aucune relation avec les compétences et les fonctions de la Commission de régulation ». La C.R.E.G. est compétente si « se présentaient des situations pouvant toucher la libre concurrence ou les droits des usagers et, dans ce cas, la Commission est légalement autorisée pour intervenir », C.E.c. 5^e chambre, Sentence du 31 juillet 2003, affaire n° 50001-23-31-000-2003-0144-01(AC), C.R. Reinaldo CHAVARRO.

¹³⁰ C.E.c. Section 5, Sentence du 24 juillet 2003, affaire n° 25000-23-25-000-2003-0821-01(AC), C.R. María HERNANDEZ.

¹³¹ « Cette norme cherche à ce que la C.R.C. tranche des litiges entre les fournisseurs des réseaux et des services des télécommunications, c'est-à-dire des litiges touchant la régulation obligatoire. Cela est connu sous le nom de la voie administrative de l'autorité régulatrice. L'autorité administrative décide le litige dans l'exercice de ses fonctions d'intervention dans l'économie, par la voie de décisions obligatoires à l'égard des opérateurs soumis à sa régulation. Cette fonction a pour finalité la promotion de la concurrence et la protection des usagers des services des télécommunications », Zoila VARGAS, intervention au nom de la C.R.E.G. au procès C-186-11.

pour qui le litige contractuel de l'interconnexion, n'entraînant aucune conséquence sur la qualité du service ou la libre et loyale concurrence, ne pouvait pas être porté devant l'autorité administrative¹³².

Cependant, la loi n° 1341 du 30 juillet 2009 a réformé la compétence de la Commission désormais appelée Commission de régulation des communications¹³³. La nouvelle rédaction de l'article sur la compétence contentieuse de la commission touche tous les litiges entre les différents fournisseurs de réseaux et de services des télécommunications, sans conditionner expressément la compétence de la commission aux effets sur la concurrence ou sur l'efficacité du service¹³⁴. De surcroît, la loi de 2009 dispose expressément qu'« *aucun accord entre les fournisseurs ne saurait diminuer, limiter ou exclure les pouvoirs de régulation de la Commission, de même que ses fonctions de résolution de litiges ou limiter la libre concurrence* »¹³⁵. Cette norme a été l'objet du contrôle de constitutionnalité en raison d'une saisine citoyenne affirmant qu'elle limitait illégitimement l'autonomie privée, en raison de l'exclusion d'accords pour notamment avoir recours à l'arbitrage. La Cour constitutionnelle a constaté, certes, la limitation de l'autonomie privée dans la matière ; mais, elle a validé la constitutionnalité de la compétence administrative dans la mesure où elle répond à des finalités constitutionnelles d'intérêt général car la résolution des litiges entre sujets de la régulation est un des moyens d'intervention de la puissance publique dans l'économie¹³⁶.

Malgré le caractère général de la nouvelle rédaction de la compétence de la Commission de régulation des communications, la jurisprudence limitant la compétence de la Commission aux litiges touchant aux missions ou aux valeurs dont la Commission est chargée, est toujours d'actualité. En effet, le litige ne concernant que des intérêts privés des fournisseurs ne saurait être porté à la décision de la Commission de régulation, sauf dans le cas d'un accord pour investir l'autorité administrative de la fonction juridictionnelle arbitrale.

La décision sur le litige doit être rendue dans un délai de 45 jours. Ce délai peut être rallongé pour les besoins particuliers de l'instruction de l'affaire. La saisine de la Commission de régulation des télécommunications est aussi soumise à la condition de l'échec des négociations directes¹³⁷.

L'attribution de fonctions contentieuses à des autorités administratives, en France comme en Colombie, répond à une même logique : l'autorité chargée de la réalisation de

¹³² « En conséquence, ce qui n'a pas de rapport avec ces fonctions, ne peut pas être porté à la connaissance de la C.R.C. (...) dans l'espèce, il s'agit d'un litige contractuel qui doit être décidé conformément à la clause arbitrale prévue par les parties. Essentiellement, il s'agit d'un contentieux contractuel de la compétence des juridictions qui peut être porté aux tribunaux d'arbitrage », C.c.c. Sentence T-178-04, 3 mars 2004, M.R. Jaime CORDOBA.

¹³³ L'art. 19 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009 dispose : « La Commission de régulation des télécommunications (C.R.T.) dont parle la loi 142 de 1994 s'appelle, désormais, Commission de régulation des communications (C.R.C.). C'est une unité administrative spéciale, jouissant de l'indépendance administrative, technique et patrimoniale, dépourvue de la personnalité morale et adscrite au ministère des Technologies de l'information et des Communications ».

¹³⁴ Ce sont des fonctions de la Commission de régulation des communications : « 9. Résoudre les litiges existant entre les fournisseurs des réseaux et des services des télécommunications », art. 22, n° 9 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009.

¹³⁵ Art. 22, n° 9 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009.

¹³⁶ C.c.c. Sentence C-186-11, 16 mars 2011, M.R. Humberto SIERRA.

¹³⁷ Art. 43 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009.

certaines valeurs dont la concurrence, la qualité des services, le pluralisme dans les médias ou le respect des droits d'auteur, est aussi chargée de trancher des litiges entre les parties concernées, à la condition de l'échec des négociations directes entre les parties. Il est dès lors possible d'affirmer que la résolution des litiges entre administrés est une fonction liée à la mission de régulation.

§ 2. Une fonction liée à la mission de régulation

L'attribution de la fonction de résolution des litiges entre particuliers, à des autorités administratives, met en évidence une nouvelle forme d'action administrative caractérisée par l'idée de régulation dans laquelle l'administration est avant tout guidée par un souci d'efficacité. En étant chargée de l'obtention de certains objectifs dont la concurrence, la qualité des produits, des services, etc., les moyens classiques d'action de l'administration restent limités. Pour l'obtention des résultats voulus, il ne suffit pas de règlementer, d'autoriser, de recommander, de faire des rapports spéciaux et de punir ; l'efficacité de la régulation exige parfois de s'intéresser à des litiges concrets qui traditionnellement échappaient au domaine d'action des autorités administratives et qui étaient confiés à un juge tant impartial que, parfois, indifférent à l'égard des objectifs de l'intervention administrative. Cela implique de considérer la régulation comme une nouvelle forme d'action administrative, mélangeant différents instruments pour une même fin¹³⁸. Le rapport entre la mission de régulation et la fonction de résolution des litiges entre particuliers explique qu'il s'agisse de litiges entre des personnes objet de la régulation (**A**). Il s'agit d'une mission d'arbitrage technique qui constitue un instrument de la régulation (**B**). Ces deux éléments conduisent à la détermination d'une fonction délimitée, tant subjectivement que matériellement.

A. Des litiges entre des personnes objet de la régulation

La détermination des personnes pouvant saisir les autorités administratives des litiges les concernant renvoie à la question de la légitimation du pouvoir de résolution des litiges entre administrés. La question se pose dans des termes semblables à ceux posés en matière de sanctions administratives : le pouvoir de sanction n'est-il légitime que dans le cas où il s'adresse à des personnes objet d'une autorisation administrative ? L'évolution en matière des sanctions a montré qu'elle est aussi légitime lorsqu'elle s'adresse à des citoyens, à la condition d'être une fonction accessoire garantissant les droits processuels de la personne mise en cause.

À l'égard du pouvoir de résolution des litiges entre deux particuliers, ce pouvoir est légitime, dans les conditions présentes, dans la mesure où il ne s'adresse qu'à l'égard des personnes objet de la régulation : des opérateurs des télécommunications ; des gestionnaires et utilisateurs des réseaux, des ouvrages et des installations d'électricité et du gaz ; des éditeurs et des distributeurs de services de radio et de télévision ; des fabricants et éditeurs de

¹³⁸ La régulation peut être définie à partir du « *cumul de pouvoirs* », Laurence CALANDRI, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, t.259, L.G.D.J. Paris, 2008, p. 168.

mesures techniques de protection des droits d'auteur et des entreprises des services publics, opérateurs ou fournisseurs du service public.

À partir du constat des personnes pouvant saisir les autorités administratives de leurs litiges, il est possible d'affirmer que pour saisir les autorités administratives il ne suffit pas d'être un citoyen ordinaire. Il est question de personnes bénéficiant ou non d'une autorisation administrative, mais, en tout cas, directement concernées par la tâche de régulation et, de ce fait, concernées par des obligations spéciales d'intérêt général. Or, l'exemple des sanctions administratives montre qu'il est risqué de tirer des principes généraux et absolus à partir de la description de la réalité existante à un moment déterminé. Ce procédé conduirait à affirmer que les autorités de régulation ne pourraient pas être investies du pouvoir de trancher des litiges opposant les usagers du service et les entreprises objet de la régulation, notamment les entreprises de communications ou du secteur de l'énergie. Afin de ne pas adopter une conclusion hâtive, il est nécessaire de s'intéresser à la question de la résolution des litiges avec les usagers¹³⁹.

Concernant les litiges entre les personnes objet de la régulation et leurs usagers, bénéficiaires de leurs prestations, les autorités administratives peuvent avoir un rôle de médiation, tel qu'il a été reconnu, en France, à des autorités administratives, notamment pour les conflits des usagers avec les assureurs¹⁴⁰. La fonction de médiation dont disposait la Commission des opérations de bourse¹⁴¹, a été héritée par l'Autorité des marchés financiers¹⁴². Cette mission de médiation est caractérisée par son caractère volontaire, ne pouvant imposer aucune décision aux parties en conflit. En droit colombien, il a été reconnu, notamment, la possibilité de saisir les commissions de régulation des litiges des entreprises avec les usagers, mais seulement à titre de médiateur, à la suite d'un accord entre les parties sur le déroulement du contentieux¹⁴³.

Or, la saisine des autorités administratives des litiges des usagers avec les personnes objet de la régulation n'est pas une idée à exclure : d'un côté, il s'agit d'une manière d'inclure les citoyens dans l'exercice de la fonction de régulation et, par cette voie, de démocratiser les autorités indépendantes¹⁴⁴. D'un autre côté, ce genre de pouvoir est déjà attribué, en France, à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet. Cette autorité peut être saisie par des citoyens ordinaires, acquéreurs d'ouvrages dont les mesures techniques de protection des droits d'auteur les empêchent de l'exercice plein des exceptions auxquelles elles bénéficient, notamment pour la copie privée des œuvres phoniques ou

¹³⁹ Cf. Alberto MONTAÑA PLATA, « Algunas reflexiones sobre el régimen normativo de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones », in *Lecciones en materia de telecomunicaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 165.

¹⁴⁰ La Commission de contrôle des assurances et des mutuelles disposait d'une fonction de médiation entre les assurés et leurs assureurs. Cf. Jacques MOREAU, « Les autorités administratives indépendantes dans le domaine des assurances », *R.G.A.T.*, 1990, n° 1, p. 11.

¹⁴¹ Art. 4 de l'ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967.

¹⁴² Art. L. 621-19 du Code monétaire et financier.

¹⁴³ C.E.C. Section 5, Sentence du 24 juillet 2003, affaire n° 25000-23-25-000-2003-0821-01(AC), C.R. María HERNANDEZ.

¹⁴⁴ Face au grief de manque de démocratie, « *Plusieurs solutions (...) "réintroduire le consommateur-citoyen, en repolitisant le régulateur", ou lui permettre à tout le moins de saisir le régulateur même de "litiges individuels dirigés contre les opérateurs"* », Martine LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.* 2005, p. 535.

visuelles. Dans ce cas, il ne s'agit pas, *stricto sensu*, d'un litige opposant des personnes objet de la régulation. Il s'agit d'un litige entre personnes objet de la régulation et des destinataires ou bénéficiaires des mesures de régulation¹⁴⁵. Dans ce cas, au moins, l'une des parties du litige est soumise à la régulation administrative.

Même si aujourd'hui, par règle générale, les autorités administratives ne peuvent être saisies que des litiges dont les parties sont directement objet de la régulation, il n'est pas inconcevable de prévoir une évolution vers l'attribution des fonctions contentieuses de résolution des litiges opposant des citoyens à des entreprises objet de la régulation. Une négation de principe à cette évolution est illusoire, face à la capacité technique, la performance contentieuse des autorités administratives, ainsi que le coût et la lourdeur de la décision juridictionnelle. Il est nécessaire, néanmoins, de plaider pour la garantie de la possibilité de la saisine ultérieure du juge, sur la décision administrative du litige. Il faudrait déterminer les conditions délimitant la compétence de l'autorité administrative, notamment, la réalisation de certaines valeurs de la mission de régulation dont elle est chargée. Cette compétence pourrait être perçue comme une attaque aux garanties juridictionnelles des citoyens, alors qu'en réalité cela pourrait devenir un moyen efficace et simple de résolution de litiges, conformément à la mission d'arbitrage technique, instrument de la régulation.

B. Une mission d'arbitrage technique comme un instrument de la régulation

Le pouvoir de trancher des litiges entre les personnes objet de la régulation est l'un des instruments dont dispose l'autorité administrative pour la réalisation de ses missions administratives¹⁴⁶. Cela entraîne des conséquences quant à la portée de la fonction contentieuse et quant à la façon de l'exercer. C'est une fonction limitée aux aspects intéressant la régulation (1), dont l'exercice est commandé par les finalités de la régulation (2).

1. Une fonction limitée aux aspects intéressant la régulation

L'ensemble des fonctions de résolution des litiges entre particuliers, attribuées à des autorités administratives de régulation, est caractérisé pour être une compétence précise dont la les jurisprudences française et colombienne ont réalisé une interprétation restrictive. Les autorités administratives ne disposent pas, ainsi, d'une compétence contentieuse générale pour tous les litiges concernant les personnes objet de la régulation. En effet, en France, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes n'est pas compétente, notamment, pour déterminer la légalité des contrats passés entre les opérateurs de télécommunications¹⁴⁷. La compétence de la Commission de régulation de l'énergie n'exige

¹⁴⁵ La Cour constitutionnelle colombienne rappelle que la concurrence bénéficie aux usagers, non seulement dans des aspects économiques : « (...) quand la compétence n'est pas libre, le marché produit des résultats indésirables dont un nombre important sont contraires aux principes de l'État social de droit », C.c.c. Sentence C-150-03, 25 fév. 2003, M.R. Manuel CEPEDA.

¹⁴⁶ « Le législateur doit, dans l'exercice de sa liberté de configuration, et conformément aux limitations constitutionnelles, déterminer les prérogatives nécessaires pour que les autorités de régulation puissent exercer leurs fonctions en vue de l'intérêt général et des finalités publiques qui justifient l'existence de ces autorités », C.c.c. Sentence C-150-03, 25 fév. 2003, M.R. Manuel CEPEDA.

¹⁴⁷ « L'Autorité (...) n'a été investie ni du pouvoir d'interprétation des lois et règlements ni de celui de contrôler la légalité d'un règlement dont l'objet a été précisément d'instituer un mécanisme de contrôle du contenu des

pas seulement qu'il s'agisse d'un contrat de transport, passé en matière d'énergie ; il est nécessaire que l'objet direct de ce contrat soit le transport de l'énergie¹⁴⁸. Les litiges concernant les relations contractuelles entre les éditeurs et les distributeurs des services de télévision ne relèvent de la compétence du Conseil supérieur de l'audiovisuel que si ce litige met en cause des valeurs protégées par le Conseil, notamment le pluralisme des courants de pensée ou d'expression ou la dignité de la personne humaine¹⁴⁹. De même, les commissions colombiennes de régulation ne peuvent pas, hormis le cas de la Commission de régulation des communications, régler des litiges antérieurs à la passation du contrat¹⁵⁰. Aussi, la jurisprudence a-t-elle interprété que la compétence de la Commission de régulation des communications n'est justifiée que si le litige met en cause l'une des valeurs protégées par la Commission de régulation¹⁵¹.

L'ensemble de ces limitations aux fonctions contentieuses des autorités de régulation s'explique en raison de la compétence technique qui leur est attribuée. Les autorités de régulation chargées de fonctions contentieuses ne sont pas principalement des organes de résolution des litiges, mais des organes administratifs, de nature technique, disposant de différents pouvoirs pour atteindre des finalités précises. De ce fait, il s'agit de contentieux techniques nécessaires à la réalisation des valeurs de la régulation du secteur économique ou des libertés en cause. L'interconnexion des réseaux de communications¹⁵² ou de l'énergie¹⁵³ ou la détermination de la légitimité des mesures techniques de protection des droits d'auteur sont des exemples phares du caractère technique de la compétence contentieuse. De surcroît, la nature technique du litige justifie, le cas échéant, le recours à des expertises ou à l'avis d'experts¹⁵⁴ afin d'éclairer l'autorité administrative contentieuse.

services Télétel et services offerts sur les kiosques télématiques ou téléphoniques ; qu'elle n'a dès lors pas vocation à apprécier les clauses insérées dans des contrats en application du régime juridique d'exception prévu pour les services Audiotel (...) », C.A.P. 15 décembre 1998, 24 juin 1998, *Cooper communications c/ France Télécom ; La lettre de l'autorité de régulation des communications électroniques et des postes*, nov./déc. 2006, p. 26. « (...) il n'entre également pas dans ses attributions de statuer sur la revendication de la propriété d'une marque », C.cass. civ. 5 mars 2002, *Spacotel communications c/ France télécom*, n° A. 00-12-972.

¹⁴⁸ La Commission s'est déclarée incompétente pour décider le litige concernant la rémunération due à la S.N.C.F. par le gestionnaire du réseau de transport d'électricité : C.R.E. 24 juin 2003, *RTE c/RFF et SCNF*, J.O. 4 sept. 2003, p. 15212.

¹⁴⁹ La résiliation d'un contrat n'ayant pas des effets sur les valeurs protégées par le C.S.A., doit être tranchée par les juges : C.A.P. Décision n° 2009-467, 20 juillet 2009, *Sté TV Numéric c/ Société Canal J*, J.O. n° 0188 du 15 août 2009, texte n° 77.

¹⁵⁰ Art. 73.8 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994.

¹⁵¹ C.E.c. 5^e chambre, Sentence du 31 juillet 2003, affaire n° 50001-23-31-000-2003-0144-01(AC), C.R. Reinaldo CHAVARRO ; C.c.c. Sentence T-178-04, 3 mars 2004, M.R. Jaime CORDOBA.

¹⁵² L'A.R.C.E.P. « prend une décision motivée, laquelle précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés », C.c.f. Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 99, §19.

¹⁵³ « La décision (...) précise les conditions d'ordre technique et financier de règlement du différend dans lesquelles l'accès aux réseaux, ouvrages et installations (...) ou leur utilisation sont, le cas échéant, assurés », art. L. 134-20, al 2 du Code de l'énergie.

¹⁵⁴ L'A.R.C.E.P. peut avoir recours « à des consultations techniques, économiques ou juridiques, ou expertises respectant le secret de l'instruction du litige », art. L. 36-8, I, al. 2 du Code des postes et des communications électroniques. « Cette procédure a ouvert pour objectif de guider l'Autorité dans sa décision et laisse la porte ouverte aux influences voire aux mauvaises intentions de la part des concurrents des parties au litige. Il aurait donc été préférable, selon nous, que la loi sur les communications électroniques reste fidèle à la directive « cadre » et supprime toutes références à la consultation dans l'article L. 36-8 du code », Robert METTOUDI, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, op. cit., p. 470. En droit colombien, par exemple, la Commission de régulation des communications peut avoir recours à des experts pour l'instruction de l'affaire : art. 46 de la loi n°1341 du 30 juillet 2009.

La connaissance des affaires litigieuses permet à l'autorité administrative d'identifier les difficultés d'interprétation et d'application des normes et des recommandations qu'elle a adoptées. Elle s'approprie des données du litige particulier pour concrétiser¹⁵⁵, corriger ou adapter les mesures de régulation¹⁵⁶. La fonction contentieuse devient ainsi un laboratoire d'examen de l'application de la régulation. Chaque décision administrative contentieuse adoptée par l'autorité administrative de régulation est introduite dans une espèce de jurisprudence technique¹⁵⁷ ayant des effets matériellement réglementaires¹⁵⁸. La résolution de contentieux techniques est un moyen de régulation¹⁵⁹ à un point tel qu'il est possible d'affirmer que l'administration régule les litiges¹⁶⁰; elle met en place une forme de « *régulation a posteriori* »¹⁶¹, par la voie d'une « *décision administrative régulatrice* »¹⁶².

La limitation des pouvoirs des autorités de régulation aux points litigieux pouvant entraîner des conséquences directes pour la régulation explique que l'ensemble des autorités administratives ne dispose pas du pouvoir de condamner à l'indemnisation des préjudices¹⁶³. Certes, il existe des préjudices pouvant résulter tant des litiges entre particuliers que des faits constitutifs d'infractions administratives¹⁶⁴; mais, il est difficile de rattacher la réparation des préjudices causés à un particulier avec les missions d'intérêt général. La réparation des préjudices n'est pas un moyen de la régulation. En revanche, lorsque les autorités administratives règlent des aspects financiers, notamment en matière d'interconnexion, la rémunération est une condition essentielle de l'accès aux réseaux, aux ouvrages ou aux installations. L'autorité administrative ne saurait imposer une telle charge à titre gratuit. La réparation des préjudices est une demande devant être portée aux juges¹⁶⁵, sauf dans les cas

¹⁵⁵ Par exemple, « *Le retour d'expérience tiré de l'application des premières règles tarifaires ainsi que les règlements de différends introduits devant la CRE ont fait apparaître la nécessité de préciser certains termes et notions* », C.R.E. Rapport d'activité – juin 2006, p. 77

¹⁵⁶ « *En définitive, l'attribution à l'A.R.T. par le législateur d'un pouvoir de règlement de litige s'avère, avec le recul de près de six années, constituer une heureuse innovation. Elle a d'ores et déjà permis à l'Autorité de régler des litiges qui, au-delà de leur complexité technique, comportent souvent des enjeux économiques importants pour les parties concernées et pour la réussite du processus d'ouverture à la concurrence. Elle constitue notamment un outil adapté pour donner une explicitation concrète, et le cas échéant évolutive en fonction des changements constants des technologies et du marché, des droits et obligations associés au concept d'interconnexion, qui demeure central pour le bon fonctionnement des réseaux de télécommunications comme pour la construction d'une concurrence équitable et durable*», Élisabeth ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *loc. cit.* p. 26.

¹⁵⁷ « *Ses décisions créent une jurisprudence qui contribue à encadrer la politique de traitement des demandes de raccordement menée par les gestionnaires de réseaux* », C.R.E. Rapport d'activité – juin 2006, p.77

¹⁵⁸ Les autorités administratives contentieuses, à la différence des juridictions, ne sont pas interdites de se prononcer dans des termes généraux, sous la forme d'arrêtés de règlement.

¹⁵⁹ « *Ce sont des fonctions de régulation des services publics et, plus largement, ce sont des fonctions d'intervention de l'État dans l'économie, sur le fondement de l'art. 334 de la Constitution (...)* », C.c.c. Sentence C-1120-05, 1^{er} nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO.

¹⁶⁰ « *L'A.R.T. est une autorité administrative indépendante chargée de différentes fonctions de régulation du secteur des télécommunications dont celle de réguler les contentieux privés entre opérateurs* », Robert METTOUDI, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, *op. cit.*, p. 110.

¹⁶¹ Robert METTOUDI, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁶² C.c.c. Sentence C-1120-05, 1^{er} nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO.

¹⁶³ La C.A.P. refuse son pouvoir d'indemniser à la suite de la décision du litige : C.A.P. 6 avril 2004, *Eurotunnel*, n° 2003/18241. Auparavant la C.R.E. s'était considérée compétente pour déclarer la responsabilité contractuelle C.R.E. 30 mai 2002, *Dounor*, J.O. 29 juin 2002, p. 11241.

¹⁶⁴ Par exemple, en matière de sanction, la Commission des opérations de bourse avait refusé expressément de condamner à la réparation des préjudices : C.O.B. 20 octobre 2003, *Caisse régionale de Crédit Agricole Mutuel de Paris et d'Île de France, Crédit Agricole Indosuez Cheuvreux et Dominique Chupin*, JO, 23 nov. 2003, p. 1938.

¹⁶⁵ Même si les juridictions ne sont pas libres de critiques : « (...) *en France, il n'est pas besoin de mettre la société émettrice à l'abri d'une action en responsabilité. Pourquoi ? Parce que les actions en responsabilité exercées par des minoritaires mécontents contre les sociétés et les dirigeants n'aboutissent jamais* », Retranscription de l'intervention au cours du colloque organisé par l'Association Droit et Commerce, « *Le droit boursier en*

où les pouvoirs de transaction de l'autorité administrative conditionnent l'accord à l'indemnisation des préjudices. Cependant, dans ce cas, l'indemnisation des préjudices ne relève pas de l'activité contentieuse de l'administration.

2. Une fonction commandée par les finalités de la régulation

La fonction contentieuse confiée aux autorités administratives régulatrices met en évidence que, même dans le cas où elles trancheraient un litige dans lequel elles ne sont pas partie, l'autorité contentieuse n'est pas tierce à l'égard du litige, ce qui ne fait pas obstacle à son devoir d'impartialité. L'attribution de la fonction contentieuse a été réalisée en raison de missions administratives et la résolution du litige n'est pas indifférente à l'égard de ces missions.

En France, l'exercice de la fonction contentieuse de résolution des litiges entre administrés est commandé par des valeurs déterminées par les normes attribuant la compétence contentieuse. En effet, la Commission de régulation de l'énergie décide les litiges en cherchant la mise en place d'une bonne concurrence dans le secteur¹⁶⁶. Elle cherche à développer le marché. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel vise à garantir, par l'exercice de sa fonction contentieuse, notamment le caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée, la protection du jeune public et la dignité humaine¹⁶⁷. L'exemple de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est révélateur du caractère téléologique de l'exercice de la fonction contentieuse de résolution des litiges entre particuliers : la directive européenne ayant commandé l'attribution de cette fonction contentieuse à l'Autorité française de régulation a clairement précisé le lien existant entre la fonction d'encourager la concurrence et la fonction contentieuse¹⁶⁸. Encore, la directive précise les éléments devant être pris en considération au moment de décider les litiges, notamment l'intérêt public, l'encouragement du développement d'offres novatrices et la

mouvement », R.J. com. n° spécial, nov. 2003, p. 118 cité par Charles ARZOUZE et Patrick LEDOUX, « L'indemnisation des victimes d'infractions boursières » in *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} juillet 2006, n° 4, p. 399.

¹⁶⁶ « (...) elles n'ont pas uniquement pour objet de résoudre un litige entre les parties. Elles ont également pour finalité d'assurer une concurrence effective sur le marché en garantissant l'accès aux réseaux aux utilisateurs dans des conditions non discriminatoires et transparentes », Gaël BOUQUET et Stéphanie BEAUVILLARD, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *loc. cit.*, p. 1911.

¹⁶⁷ « (...) caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la sauvegarde de l'ordre public, aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes, ou lorsque ce différend porte sur le caractère objectif, équitable et non discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes », art. 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

¹⁶⁸ « (12) considérant que les autorités réglementaires nationales ont un rôle important à jouer pour encourager le développement d'un marché compétitif dans l'intérêt des utilisateurs communautaires et pour assurer l'interconnexion adéquate des réseaux et l'interopérabilité des services ; (...) que la négociation d'accords d'interconnexion peut être facilitée si les autorités réglementaires nationales fixent préalablement certaines conditions ; (...) que dans le cas d'un litige en matière d'interconnexion entre parties dans un même État membre, la partie lésée doit pouvoir faire appel à l'autorité réglementaire nationale pour régler le litige ; que les autorités réglementaires nationales doivent pouvoir demander à des organismes d'interconnecter leurs installations lorsqu'il peut être prouvé qu'il y va de l'intérêt des utilisateurs », Considérant n° 12 de la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications, J.O.C.E. n° L 199 du 26/07/1997, p. 0032-0052.

conservation des réseaux publics¹⁶⁹.

En droit colombien, les commissions de régulation exercent leur fonction contentieuse de résolution des litiges entre les entreprises des services publics, comme l'un des moyens de réalisation de leurs finalités générales¹⁷⁰, constitutionnellement encadrées¹⁷¹. La promotion de la concurrence et la qualité des services commandent toutes les expressions régulatrices de ces autorités administratives. Compte tenu du fait que les commissions de régulation exercent les fonctions présidentielles, la résolution des litiges doit permettre la formulation des politiques générales d'administration et de contrôle d'efficacité des services publics¹⁷². Plus largement, les fonctions contentieuses des commissions de régulation sont des moyens d'intervention de la puissance publique dans l'économie et, par conséquent, il s'agit d'une fonction devant veiller à la réalisation des finalités constitutionnelles de l'intervention¹⁷³, notamment la qualité de vie des citoyens et la protection de l'environnement.

En étant la résolution des litiges entre les personnes objet de la régulation, un moyen pour la réalisation des finalités de celle-ci, il est compréhensible que le litige ne puisse pas être distrait de la compétence de la Commission de régulation des communications, ce qui entraînerait, de fait, un dépouillement des moyens d'action de l'autorité administrative¹⁷⁴.

La résolution des litiges entre administrés est une nouveauté à deux égards : d'une part, elle confie à l'administration un nouvel outil pour atteindre les finalités qui justifient son action. D'autre part, elle met en évidence, par l'exemple phare de la résolution des litiges, que la fonction contentieuse est une fonction administrative. Or, cette nouveauté soulève des défis pour l'exercice de l'activité contentieuse de l'administration.

¹⁶⁹ Art. 9, n° 5 de la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997.

¹⁷⁰ « Toutes les décisions des autorités administratives en matière des services publics doivent être motivées dans des motifs prévus par cette loi », art. 3, al. 11 de la loi n° 142 du 11 juillet de 1994.

¹⁷¹ « (...) Ce sont des décisions visant à prévenir ou à corriger des dysfonctionnements du marché et à garantir la bonne marche des services publics, avec la finalité de la réalisation des finalités constitutionnelles, précisées par l'art. 2 de la loi n° 142 de 1994 », C.E.c. Section 1^{re} Sentence du 30 avril 2009, affaire n° 2004-00123 01, C.R. Rafael LAFONT.

¹⁷² Les fonctions de résolution des litiges : « Ce sont des fonctions de régulation des services publics et, plus largement, des fonctions d'intervention dans l'économie. Ce sont des fonctions développant la fonction générale des commissions de régulation des monopoles des services publics, lorsque la concurrence n'est pas possible et de régulation de la concurrence, quand celle-ci est possible. Les fonctions de résolution des litiges font matériellement partie des fonctions de régulation des services publics, ayant pour fondement l'art. 370 de la Const », C.c.c. Sentence C-1120-05, 1^{er} nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO. Dans le même sens : C.E.c. Section 1^{re} Sentence du 30 avril 2009, affaire n° 2004-00123 01, C.R. Rafael LAFONT. Or, pour une partie de la doctrine « (...) Il ne s'agit pas des fonctions déléguées par le Président de la République. Ce sont des fonctions attribuées directement par la loi. Affirmer que la fonction de formuler les politiques générales de l'administration et du contrôle des services publics comprend la compétence pour trancher des litiges est absurde », Enrique GIL, « La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial », *loc. cit.*, p. 20.

¹⁷³ « L'art. 334 de la Const. signale que la direction générale de l'économie est une fonction de l'État, tout en précisant, à continuation, qu'il intervient dans les services publics, afin d'améliorer la qualité de la vie des personnes, la distribution avec équité des opportunités et des bienfaits du développement, ainsi que pour la préservation de l'environnement. C'est pour cela que la Const. précise que l'intervention de l'État dans les services publics vise à garantir à toutes les personnes, notamment aux plus démunis, l'accès aux biens et aux services basiques », C.E.c. Section 1, Sentence du 30 avril 2009, affaire n° 11001 032400020040012301, C.R. Rafael LAFONT. Dans ce sens: C.c.c. Sentence C-186-11, 16 mars 2011, M.R. Humberto SIERRA.

¹⁷⁴ « (...) la prérogative de résolution des litiges est incluse dans les finalités constitutionnelles de l'action de ces autorités. Dès lors, la restriction de l'autonomie de la volonté privée pour interdire le recours à la justice arbitrale est constitutionnellement légitime, car elle cherche à protéger les prérogatives d'intervention que la loi a attribuées à la C.R.C. Si tel n'était pas le cas, les particuliers pourraient faire obstacle à l'exercice des fonctions de la commission et les finalités de la régulation seraient compromises », C.c.c. Sentence C-186-11, 16 mars 2011, M.R. Humberto SIERRA.

Section II. Les défis de l'activité contentieuse de l'administration

La décision des recours administratifs et la sanction administratives sont des instruments classiques de l'administration. La fonction contentieuse de ces mécanismes n'est pas automatique et elle est soumise à des conditions formelles devant être remplies par l'administration et par l'administré. En revanche, la nature contentieuse de la fonction de résolution des litiges entre administrés n'est pas sérieusement contestable ou soumise à des conditionnements spéciaux. L'existence d'un véritable litige entre les parties, les opposant, par exemple, quant aux conditions techniques ou économiques de l'interconnexion, place l'autorité administrative dans la situation de trancher un litige sur la base des normes juridiques prévoyant les caractères de la concurrence et le droit à l'interconnexion. Certes, la décision doit être guidée par l'équité des relations entre les parties ; mais, chargée de l'application de normes juridiques, de réguler le marché, l'autorité administrative tranche un litige juridique, à l'aide de critères extra juridiques. Ces litiges mettent en cause le droit de concourir, exigeant, lui-même, le droit d'accès aux réseaux, aux ouvrages et aux installations de production et de transport. La décision administrative unilatérale s'impose et départage les prétentions des parties.

La fonction contentieuse de résolution des litiges entre administrés, place l'autorité administrative dans une situation semblable à celle des juges, dans la mesure où elle n'est plus partie du litige, alors même que celui-ci ne lui est pas indifférent. Cette fonction entraîne des défis pour l'activité contentieuse de l'administration qui, en exerçant une fonction de régulation, est soumise à des impératifs spéciaux d'efficacité. La résolution des litiges entre administrés pose la question de l'adaptation processuelle et statutaire de l'administration (**Sous-section 1**) en vue du renouveau de l'activité contentieuse de l'administration (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. L'adaptation processuelle et organique de l'administration

La procédure administrative n'est pas essentiellement conçue pour trancher des litiges entre administrés. Dans la procédure administrative traditionnelle la participation des administrés est conçue soit pour permettre sa défense, soit pour des raisons de transparence de l'action administrative. La procédure administrative de résolution des litiges entre particuliers répond à une logique différente, dans laquelle la discussion directe des parties est de l'essence de l'instruction de l'affaire ; les parties ne voient pas dans l'administration un adversaire, mais quelqu'un à convaincre. L'attribution de ce genre de fonctions contentieuses prend en considération les besoins d'une décision techniquement performante, acquise dans de courts délais. L'adaptation de la procédure administrative implique la conciliation de différentes finalités, sans qu'il soit possible d'affirmer que la procédure de résolution des

litiges est exclusivement juridictionnelle¹⁷⁵. Cela implique la mise en place d'un débat contradictoire adapté (§ 1) aux impératifs d'efficacité. De même, cette nouvelle fonction commande l'adaptation organique de l'autorité administrative contentieuse, afin de permettre la prévision de garanties d'objectivité (§ 2) de l'organe chargé de trancher le litige.

§ 1. La mise en place d'un débat contradictoire adapté

La décision sur le litige confié aux autorités administratives doit être suffisamment rapide pour permettre le rétablissement efficace des valeurs dont l'autorité administrative est chargée. L'établissement d'une concurrence réelle dans le marché ou la protection efficace de certaines libertés ne saurait être mis en suspens dans l'attente d'une décision de qualité, mais, tardive. Or, la rapidité de la décision ne peut pas être confondue avec la précipitation. Face aux contraintes temporelles devant être conciliées avec les besoins de la contradiction, la solution française concerne l'adaptation individuelle de la procédure (A), alors que la solution colombienne tranche en faveur de la suspension des délais pendant l'instruction (B).

A. La solution française : l'adaptation individuelle de la procédure

Les autorités administratives françaises chargées de la résolution des litiges entre particuliers ont en commun tant la brièveté des délais pour trancher le litige, que le souci de mettre en place un débat contradictoire adapté aux données de l'affaire et au délai pour décider.

La Commission de régulation de l'énergie¹⁷⁶, le Conseil supérieur de l'audiovisuel¹⁷⁷ et la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet¹⁷⁸ disposent d'un délai initial de deux mois pour trancher le litige qui est soumis à sa connaissance. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes dispose d'un délai de quatre mois¹⁷⁹. Il s'agit de délais courts, s'expliquant en raison des conséquences irréversibles pouvant se produire pour les parties en litige, par exemple, le litige sur l'interconnexion concerne la possibilité pour une entreprise de services publics de pouvoir agir dans le secteur¹⁸⁰.

¹⁷⁵ « Il existe des différences importantes entre le procès juridictionnel et le procès administratif, découlant de la finalité de chacun d'eux. Le procès juridictionnel cherche à résoudre des litiges juridiques, la défense de la Constitution ou de la légalité, alors que le procès administratif vise à la réalisation de la fonction administrative, au bénéfice de l'intérêt général. Cela entraîne des conséquences, notamment le caractère rapide, flexible du procès administratif en raison des besoins d'efficacité de l'intervention de l'administration. Malgré les différences, tant le procès juridictionnel que le procès administratif doivent garantir les droits des administrés, notamment, les garanties de la procédure régulière du droit », C.c.c. Sentence C-640-02, 13 août 2002, M.R. Marco MONROY.

¹⁷⁶ Art. 134-20, al. 1^{er} du Code de l'énergie.

¹⁷⁷ Art. 17-1, al. 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

¹⁷⁸ Art. L. 331-32, al. 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁷⁹ « Elle se prononce dans un délai de quatre mois après avoir mis les parties à même de présenter leurs observations », art. L. 5-5, al. 2 du Code des postes et des communications électroniques.

¹⁸⁰ « (...) le rapport au temps est au cœur du métier de l'Autorité. Se situant dans un processus économique qui a son rythme propre, le régulateur ne peut en faire abstraction sans faillir à sa mission. Ainsi, trancher un litige en temps utile peut représenter une question de survie pour un opérateur », A.R.T. « Réponse de l'Autorité de régulation des télécommunications. Consultation publique relative à l'évolution du droit français des communications électroniques », p. 32, in http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/repcpubdroit.pdf consulté le 19 déc. 2011.

Or, les autorités administratives sont conscientes des difficultés inhérentes à ces délais pour pouvoir mener une discussion contradictoire approfondie¹⁸¹. Pour répondre à ce souci, hormis le cas de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet¹⁸², les autorités administratives sont autorisées à rallonger, par une décision motivée, le délai initial, pour une période égale à l'initiale¹⁸³. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut rallonger le délai, au-delà du double du délai initial, à la condition d'obtenir l'accord de la partie demanderesse¹⁸⁴. Le rallongement de la procédure ne signifie pas nécessairement que la décision sera adoptée à la fin du délai ; mais, le souci d'efficacité doit commander l'adoption d'une décision de qualité, dans les plus brefs délais.

Les normes relatives à l'exercice de ce genre de fonctions ne sont pas très détaillées et il faut considérer cela comme un atout de souplesse des autorités administratives. En effet, les normes ne précisent pas le délai pour la production des mémoires, ce qui permet à l'autorité administrative de les déterminer en fonction de la complexité concrète de chaque affaire. Or, grâce à une initiative des autorités administratives françaises concernées, les dates de production des mémoires sont établies par un accord entre les parties¹⁸⁵. Cette forme d'accord dans le désaccord permet l'établissement d'un calendrier provisionnel du déroulement de la procédure qui pourra être l'objet de retouches nécessaires pour permettre l'adoption d'une décision dans des délais corrects.

Pour l'adoption d'une bonne décision, soumise à la contradiction par les personnes

¹⁸¹ « Dans ces conditions, on peut aisément discerner la difficulté à laquelle la Commission doit faire face pour répondre aux exigences du contradictoire », Gaël BOUQUET et Stéphanie BEAUVILLARD, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *loc. cit.*, p. 1911.

¹⁸² Le Code de la propriété intellectuelle ne prévoit pas expressément la possibilité de rallonger le délai de deux mois : art. L. 331-32, al. 1^{er} et art. .R. 331-56, IV, al. III du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁸³ La Commission de régulation de l'énergie ne disposait pas initialement de cette possibilité or, « (...) l'expérience des autorités investies d'un pouvoir de règlement de litiges démontre la nécessité d'une relative souplesse dans les délais d'instruction, notamment pour garantir le caractère contradictoire de la procédure. À cet égard, le délai ferme de deux mois prévu pour que le CSA rende ses décisions est susceptible de fragiliser leur légalité en cas de production de pièces par l'une des parties peu avant l'expiration du délai ; en effet, dans un tel cas, le CSA ne pourrait respecter à la fois le caractère contradictoire de la procédure et le délai prescrit. Il semble indispensable que la faculté de proroger le délai de droit commun dont disposent l'ART et la CRE, soit également prévue pour les litiges dont le CSA pourra être saisi », C.S.A. Avis du 27 mai 2003 sur le projet de loi sur les communications électroniques, in <http://www.csa.fr/Espace-juridique/Avis-du-CSA-au-Gouvernement/Avis-du-27-mai-2003-sur-le-projet-de-loi-sur-les-communications-electroniques> consulté le 25 déc. 2011. Doit rendre une décision dans le délai prévu, « Toutefois, en vue de lui permettre de procéder ou faire procéder à toutes les investigations ou expertises nécessaires, la commission peut porter ce délai à quatre mois, par une décision motivée qui est notifiée aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception », art. 2, al. 2 du décret n° 2000-894 du 11 sept. 2000. Sur le C.S.A. : art. 17-1, al. 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

¹⁸⁴ « (...) Le délai peut être porté à quatre mois si la production de documents est demandée à l'une ou l'autre des parties. Ce délai de quatre mois peut être prorogé sous réserve de l'accord de la partie plaignante », art. 134-20, al. 1^{er} du Code de l'énergie.

¹⁸⁵ « Ainsi, afin d'éviter, au cours de la procédure d'instruction, les demandes de délai supplémentaire qui nuisent au bon déroulement de la procédure dès lors que le délai imparti à l'Autorité pour se prononcer, trois mois, est relativement court, une réunion entre les parties est organisée dès la réception de la saisine, sous l'égide du chef du service juridique, pour établir un calendrier prévisionnel des dates de production des observations (article 10). Ce calendrier, indicatif, repose sur l'engagement des parties de le respecter », Ivan LUBEN, « L'autorité adopte son nouveau règlement intérieur », *loc. cit.*, p. 11 ; « Depuis sa création, l'Autorité a rendu une cinquantaine de décisions en matière de règlement de différends, et elle a toujours fait diligence dans la conduite de l'instruction du litige, notamment en adaptant le calendrier de production des mémoires des parties en fonction des circonstances », A.R.T. « Réponse de l'Autorité de régulation des télécommunications. Consultation publique relative à l'évolution du droit français des communications électroniques », p. 32, in http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/repcpubdroit.pdf consulté le 19 déc. 2011. Concernant le C.S.A., l'établissement du calendrier provisionnel est prévu à l'art. 26, al. 2 de son règlement intérieur (Délibération du 12 février 2008, J.O. 22 mars 2008).

intéressées, l'autorité administrative dispose de la prérogative de notifier d'office l'existence du litige vis-à-vis des personnes intéressées dont la saisine ne fait pas mention¹⁸⁶. La garantie de la contradiction implique le devoir de communiquer tous les mémoires, documents et preuves afin de les soumettre à la discussion dans un délai qui peut être déterminé par l'autorité administrative, conformément à l'importance du document¹⁸⁷, à son contenu novateur et à sa complexité. De surcroît, il est prévu le droit des parties de parler en dernier lors de la séance d'examen du litige¹⁸⁸. Les défauts de la procédure de contradiction entachent d'illégalité la décision administrative contentieuse¹⁸⁹.

La résolution des litiges entre particuliers exige la connaissance et la discussion des arguments et des preuves pouvant avoir une influence sur la décision du litige. Or, la contradiction pour la résolution des litiges confiés aux autorités administratives ne saurait être un processus très long, au mépris des conséquences néfastes qui pourraient entraîner une solution tardive tant pour les parties que pour l'intérêt général, notamment, pour le marché. En droit français, les autorités administratives peuvent rallonger les délais de décision et, en tout cas, elles peuvent accorder un calendrier avec les parties, adapté aux particularités de l'affaire et au délai légal pour trancher le litige. Les autorités administratives doivent ainsi respecter une procédure simple et souple, qu'elles peuvent adapter aux besoins concrets de l'affaire et au souci d'offrir de bonnes garanties aux parties¹⁹⁰. Une telle souplesse ne concerne pas la solution colombienne face au souci d'une contradiction adaptée.

B. La solution colombienne : la suspension des délais pendant l'instruction

Les commissions de régulation colombiennes s'affrontent à des réalités processuelles différentes de celles des autorités administratives françaises. Il n'existe aucune norme processuelle spécifique pour l'exercice des compétences contentieuses générales attribuées à l'ensemble des commissions de régulation¹⁹¹ par l'article 73, nos 8 et 9 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994. Certes, la loi n° 142 du 11 juillet 1994 prévoit une procédure générale applicable en matière des services publics ; mais, elle est très générale et ne dispose d'aucune norme relative au débat entre les parties. À partir de ces normes, il est possible de conclure que la décision contentieuse, comme tout autre acte administratif unilatéral en matière de services

¹⁸⁶ « Lorsque l'instruction fait apparaître qu'une personne qui n'a pas été mentionnée dans la saisine est partie au litige, le directeur général lui adresse l'ensemble des pièces du dossier et en informe les autres parties », art. 26, al. 8 du règlement intérieur du C.S.A.

¹⁸⁷ « La Commission de régulation de l'énergie assure la communication à chacune des parties des observations et pièces déposées par les autres parties et fixe le délai dans lequel il devra y être répondu (...) », art. 3 du décret n°2000-894 du 11 sept. 2000. « (...) L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes communique à chacune des parties les observations et pièces déposées par les autres parties et fixe, s'il y a lieu, le délai dans lequel il doit y être répondu(...) », art. R. 1-2-11 du Code des postes et des communications électroniques. Concernant le C.S.A. « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel assure la communication à chacune des parties des observations et pièces déposées par les autres parties et fixe, s'il y a lieu, le délai dans lequel il devra y être répondu », art. 2, al. 1^{er} du décret n°2006-1084 du 29 août 2006, art. 26, al. 5 du règlement intérieur.

¹⁸⁸ Art. 30, al. 5 du règlement intérieur du C.S.A.

¹⁸⁹ Par exemple sur une décision adoptée par la C.R.E. : C.A.P. 1^{re} chambre, Sect. H, 24 fév. 2004, *E.D.F. c/ Sté Sinerg*, n° 2003/10671.

¹⁹⁰ « (...) L'Autorité s'est efforcée d'aller au-delà, dans le souci de respecter les garanties procédurales, de ce que les dispositions législatives et réglementaires qui lui sont applicables comme les jurisprudences des deux Hautes juridictions lui imposaient », Ivan LUBEN, « L'autorité adopte son nouveau règlement intérieur », *La lettre de l'Autorité de régulation des télécommunications*, 1^{er} janvier 2000, p. 10

¹⁹¹ Par exemple, le décret n° 2882 du 31 juillet 2007, approuvant le règlement de la Commission de régulation de l'eau potable et de l'assainissement basique ne prévoit aucune norme relative à l'exercice de la fonction administrative contentieuse.

publics, doit être rendue dans un délai 5 mois¹⁹². Dans l'exercice de cette fonction contentieuse, les commissions de régulation doivent, face au vide normatif, appliquer les normes générales prévues par le Code du contentieux administratif, relatives à la procédure administrative générale. Or, le résultat de l'application de la procédure administrative générale est décevant dans la mesure où elle n'est pas adaptée à la résolution des litiges entre administrés. L'adoption du nouveau Code de la procédure administrative et du contentieux administratif aura donné l'opportunité de prévoir une procédure administrative triangulaire, adaptée à la résolution des litiges entre parties, telle qu'elle existait déjà, notamment, en droit péruvien¹⁹³. Bien que le nouveau Code ait avancé quant à la régulation des procédures spéciales, notamment la procédure sanctionnatrice¹⁹⁴, il ne prévoit pas une procédure administrative contentieuse pour la résolution des litiges entre administrés.

Consciente de l'absence d'une procédure administrative adaptée à la fonction de résolution des litiges entre administrés, la Commission de régulation d'énergie a adopté une réglementation interne à ce sujet¹⁹⁵. Néanmoins, le règlement a été annulé par le Conseil d'État, pour cause d'incompétence de cette autorité administrative pour réglementer la procédure administrative¹⁹⁶, tout en confirmant que la demande des parties est l'une des manifestations du droit de pétition¹⁹⁷. En effet, compte tenu du fait que les fonctions des commissions de régulation appartiennent au Président de la République qui les a déléguées, la fonction réglementaire est considérée en dehors du pouvoir de délégation. Dans la même logique, le Conseil d'État annule aussi le règlement adopté par la Commission de régulation des télécommunications prévoyant des procédures spéciales pour l'adoption de licences et d'autres mesures de la compétence de la commission de régulation¹⁹⁸. Or, le pouvoir

¹⁹² Art. 106 de la loi n° 142 du 11 juillet 1994.

¹⁹³ La loi péruvienne de la procédure administrative générale n° 27444 prévoit une procédure administrative contentieuse spéciale dite trilatérale, à partir de son article 219. « *La procédure trilatérale est la procédure administrative contentieuse se déroulant entre deux ou plus administrés devant l'autorité administrative* », art. 219.1.

¹⁹⁴ Chapitre III du C.P.A.C.A., art. 47 et suiv.

¹⁹⁵ C.R.E.G. Règlement n° 245 du 22 avril 2003, *règlementant art. 73.8 et 73.9 de la loi n° 142 de 1994, relatifs aux litiges entre les entreprises des services publics d'eau et d'assainissement*. La résolution de la C.R.A. 245 se motivait ainsi : « *Qu'il est nécessaire de réguler la façon dont la Commission de régulation exercera les fonctions des arts. 73.8 et 73.9 de la loi n° 142 de 1994* » ; le règlement régule la demande des parties comme une pétition (art. 3 du règlement). Ce règlement prévoit à l'art. 5 qu'avant l'instruction de l'affaire, il était nécessaire de tenter un accord à l'amiable.

¹⁹⁶ « (...) *la délégation du Président réalisée par le décret 1524 de 1994 concerne exclusivement la formulation des politiques générales de l'administration et du contrôle de l'efficacité des services publics domiciliaires, c'est-à-dire pour fixer les objectifs et les formes d'action et les moyens nécessaires pour atteindre les finalités. Il est évident que cette délégation ne concerne pas le pouvoir réglementaire que l'art. 189 n° 11 de la Const. a attribué exclusivement au Président de la République et qui ne peut pas être délégué* », C.E.c. Section 1^{re} Sentence du 30 avril 2009, affaire n° 2004-00123 01, C.R. Rafael LAFONT.

¹⁹⁷ « (...) *l'acte demandé a toutes les caractéristiques d'une réglementation du droit de pétition dans la mesure où il décrit la procédure pour la solution des litiges dont l'art. 73 de la loi des services publics domiciliaires fait mention* », C.E.c. Section 1^{re} Sentence du 30 avril 2009, affaire n° 2004-00123 01, C.R. Rafael LAFONT. Or, le Conseil d'État reconnaît qu'il s'agit d'une procédure spéciale qui, conformément à l'art. 32 du C.C.A., ne doit pas être soumise à l'approbation du procureur.

¹⁹⁸ Le Conseil d'État annule les articles de la résolution 028 de 1995 de la Commission de régulation des télécommunications qui réglementait la procédure de concession des licences, formules tarifaires, des mesures pour promouvoir la concurrence et autres. « *Pour cette chambre, la création des commissions de régulation, disposant de larges pouvoirs législatifs, n'est qu'une autre copie infortunée du système anglo-saxon, qui a été faite sans « bénéfice d'inventaire », tout en négligeant qu'ils sont différents de ceux des EEUU, tant le régime constitutionnel colombien en vigueur depuis 1991, que la séparation des pouvoirs de l'un et l'autre pays (...) C'est-à-dire, d'un côté, délégation des fonctions présidentielles et, d'un autre côté, déconcentration des pouvoirs législatifs, pour la création d'un super organe, disposant des pouvoirs qui sont, dans la pratique, supérieurs à ceux des deux soi-disant délégués* », C.E.c. Section 3, Sentence du 25 septembre 1997, affaire n° 11857, C.R. Carlos BETANCUR.

réglementaire de la Commission de régulation des télécommunications a été validé par la Cour constitutionnelle à la condition du respect de la loi et des règlements du Président¹⁹⁹. Quoiqu'il en soit, il n'existe pas, à présent, une procédure spécialement conçue pour l'exercice de cette fonction contentieuse.

En revanche, il existe une procédure spéciale en ce qui concerne les fonctions contentieuses spéciales de la Commission de régulation de l'énergie. La décision doit être rendue dans un délai maximal de 45 jours en matière du contentieux de l'interconnexion et de 90 jours pour le contentieux de l'imposition des servitudes²⁰⁰. La saisine de la Commission de régulation est suivie d'un délai fixe de 30 jours pour tenter un arrangement à l'amiable. L'échec des négociations étant constaté, la procédure contentieuse est gouvernée par des étapes normativement déterminées et commandées par des délais fixes et impératifs, notamment, 3 jours pour notifier la demande à l'autre partie et 5 jours pour répondre, communiquer une offre finale et demander le recueil des preuves.

Face à une procédure rigide qui ne peut pas être adaptée aux conditions particulières du litige et dont le délai ne peut pas être l'objet du renouvellement, le droit colombien a tranché en faveur d'une méthode rallongeant davantage les délais pour l'adoption de la décision contentieuse : le délai pour trancher le litige est suspendu pendant toute l'instruction de l'affaire ou pendant l'étape de conciliation. La suspension du délai ne peut pas dépasser les 30 jours²⁰¹. Dès lors, la décision peut légitimement intervenir au bout de six mois. Ce délai contraste avec les brefs délais dont disposent les autorités administratives françaises pour décider de contentieux semblables.

L'une des raisons principales du recours aux autorités administratives pour la résolution des litiges entre administrés, à part sa performance technique, consiste en la souplesse de sa procédure, permettant d'adopter une décision dans de bons délais. Or, cela n'est pas absolu : la rigidité de la procédure administrative contentieuse prévue devant la Commission colombienne de régulation des communications contraste avec la malléabilité de la procédure contentieuse devant les autorités administratives françaises. Face à l'absence généralisée d'une procédure adaptée à l'affaire soumise à sa décision, les commissions colombiennes de régulation, hormis celle des communications, se trouvent dans une certaine liberté relativement semblable à celle des autorités indépendantes françaises. Dans ces cas, la conciliation de l'efficacité avec la garantie des droits processuels des parties dépend de l'état d'esprit contentieux des autorités administratives. Mis à part le défi lié à l'adaptation de la procédure, les autorités administratives chargées de départager des administrés doivent répondre au souci d'objectivité nécessaire pour trancher ce genre des litiges.

¹⁹⁹ Pour la Cour « (...) ce qui fait la norme consiste à attribuer une fonction spéciale de signaler les conditions objectives pour l'octroi des licences (...) cela est un pouvoir administratif », C.c.c. Sentence C-444-98, 26 août 1998, M.R. Hernando HERRERA. La Constitutionnalité est conditionnée au respect des pouvoirs réglementaires du Président de la République.

²⁰⁰ « DELAI POUR DECIDER : la décision de la C.R.C. sur les litiges d'interconnexion doit être adoptée dans un délai non supérieur à 45 jours. La décision en matière des conditions des servitudes ou de la création d'une servitude d'interconnexion, la C.R.C. doit décider dans un délai de 90 jours », art. 47 de la loi n°1341 du 30 juillet 2009.

²⁰¹ « Le délai pour décider est suspendu pendant le recueil des preuves et pendant le délai demandé par les deux parties, pour tenter d'accorder une solution à l'amiable au contentieux. La suspension du délai ne doit pas dépasser 30 jours », art. 47, al.2 de la loi n°1341 du 30 juillet 2009.

§ 2. La prévision de garanties d'objectivité

Pour trancher un litige entre deux particuliers, l'autorité contentieuse doit pouvoir arbitrer la situation d'une façon objective, libérée de pressions extérieures ou d'intérêts déterminant une décision injustement favorable à l'égard de l'une des parties. Pour garantir cette objectivité, il existe deux mécanismes, l'un abstrait et l'autre concret, par rapport au litige qui sera tranché. La prévision d'un régime d'inéligibilités et d'incompatibilités (A) doit s'accompagner du droit de récuser les membres de l'autorité contentieuse (B).

A. La prévision d'un régime d'inéligibilités et d'incompatibilités

En France, les quatre autorités administratives chargées de trancher des litiges entre parties jouissent d'un statut d'indépendance : trois d'entre elles sont des autorités administratives indépendantes et une est une autorité publique indépendante²⁰². Les commissions colombiennes de régulation, chargées de cette fonction contentieuse, ne sont pas des autorités administratives indépendantes. Il s'agit d'autorités administratives liées aux ministères et, malgré leur autonomie financière et technique, elles ne sont pas indépendantes. Pour la Cour constitutionnelle, l'indépendance de ces organes serait contraire à la Constitution dans la mesure où les fonctions qu'elles exercent sont constitutionnellement attribuées au Président de la République qui les a déléguées aux commissions de régulation²⁰³, unités administratives spéciales du niveau administratif central. Or, même s'il est souhaitable qu'en droit colombien les régulateurs disposent d'une véritable indépendance à l'égard du pouvoir politique, ce qui commanderait une réforme constitutionnelle, les commissions colombiennes de régulation, comme les autorités indépendantes françaises, peuvent offrir des garanties d'objectivité à l'égard des parties, pour l'exercice de la fonction contentieuse.

L'impartialité de l'autorité administrative contentieuse à l'égard des parties du litige se garantit par deux moyens. D'un côté, la nomination des membres de l'autorité administrative doit viser à exclure de l'autorité la présence de personnes ayant des intérêts dans le secteur régulé. Les inéligibilités contribuent à l'objectivité de l'autorité contentieuse. Or, en droit français, seuls les membres de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et protection des droits sur Internet sont soumis à un régime d'inéligibilités concernant la participation dans des entreprises produisant des œuvres protégées par des droits d'auteur ou une entreprise du secteur audiovisuel dans les trois dernières années²⁰⁴. Concernant les membres des trois

²⁰² L'A.R.T., ancêtre de l'A.R.C.E.P. n'était pas expressément qualifiée d'autorité administrative indépendante ; néanmoins, le Conseil constitutionnel l'avait inclus dans cette catégorie : C.c.f. Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, Rec., p. 99.

378 DC, 23 juillet 1998, Rec., p. 99, § 15. La C.R.E. n'a pas non plus été qualifiée expressément d'autorité administrative indépendante ; mais, le Conseil d'État la range dans cette catégorie (CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, Études et documents n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 304). Le Conseil supérieur de l'audiovisuel est qualifié d'autorité indépendante par l'art. 1^{er}, al. 3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet dispose de la personnalité morale et, par conséquent, elle est qualifiée d'autorité publique indépendante (art. L. 331-12 du Code de la propriété intellectuelle).

²⁰³ C.c.c. sentence C-272, du 3 juin 1998, M.R. Alejandro MARTINEZ.

²⁰⁴ Les situations d'inéligibilité, qui sont aussi celles d'incompatibilité, sont prévues à l'art. L. 331-18.-I du Code de la propriété intellectuelle.

autres autorités administratives, leur nomination est confiée à de hautes autorités²⁰⁵ qui, faute d'un régime contraignant d'inéligibilités, doivent prendre soin d'examiner les hypothèses pouvant compromettre l'indépendance afin de réaliser un choix garantissant l'absence de conflits d'intérêts. En ce qui concerne les membres des commissions colombiennes chargées de la fonction de résolution des litiges entre administrés²⁰⁶, les ministres siègent de plein droit²⁰⁷, à côté des membres permanents des commissions de régulation nommés par le Président de la République. Les trois membres de la Commission régulation des communications sont soumis à un régime d'inéligibilités consistant notamment à avoir exercé pendant l'année précédente des fonctions de direction ou de confiance dans des entreprises de communications ou ayant une participation économique dans ces entreprises. Les inéligibilités concernent aussi les familiers proches de ces personnes²⁰⁸. Un régime semblable d'inéligibilités pendant un an concerne les quatre membres permanents de la Commission de régulation de l'eau potable et de l'assainissement basique²⁰⁹. Les cinq membres permanents de la Commission de régulation de l'énergie et du gaz ne sont pas soumis à un tel régime d'inéligibilités et, en revanche, ils sont nommés en raison de leur expérience dans le secteur de l'énergie, notamment dans des entreprises du secteur pendant plus de six ans²¹⁰.

²⁰⁵ Les membres de l'A.R.C.E.P. sont nommés : « Deux membres sont nommés par décret. Deux membres sont nommés par le président de l'Assemblée nationale et deux par le président du Sénat », art. L. 130, al. 1 du Code des postes et des communications électroniques. Les membres du C.S.A. « Trois membres sont désignés par le Président de la République, trois membres sont désignés par le président de l'Assemblée nationale et trois membres par le président du Sénat », art. 4 al 1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. Le Comité de règlement des différends et des sanctions de la C.R.E. comprend « 1° Deux conseillers d'État désignés par le vice-président du Conseil d'État ; 2° Deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation », art. 5, III de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006. Concernant les 9 membres du collège de l'H.A.D.O.P.I., ils sont nommés ainsi : « 1° Un membre en activité du Conseil d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État ; 2° Un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ; 3° Un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes ; 4° Un membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique désigné par le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique ; 5° Trois personnalités qualifiées, désignées sur proposition conjointe des ministres chargés des Communications électroniques, de la Consommation et de la Culture ; 6° Deux personnalités qualifiées, désignées respectivement par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat », art. L. 331-16 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁰⁶ L'art. 3 de la loi n° 1122 du 9 janvier 2007 a créé une Commission de régulation de la Santé, mais celle-ci ne dispose pas de la fonction contentieuse de résolution des litiges entre administrés.

²⁰⁷ Dans la Commission de régulation des communications siègent de plein droit, le ministre des Technologies de l'information et des communications et le directeur du département national de planification (art. 20, al. 2 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009) qui siège aussi dans les deux autres commissions de régulation des services publics. Le ministre du Développement économique, le ministre de la Santé et celui de l'Environnement siègent à la Commission de régulation de l'eau potable et de l'assainissement basique (art.1^{er} du décret n° 2474 du 13 déc. 1999). Les ministres des Mines et de l'Énergie et celui de l'Économie siègent auprès de la Commission de régulation de l'Énergie et du gaz (art.2 du décret n° 2474 du 13 déc. 1999).

²⁰⁸ « DES INELIGIBILITES DES MEMBRES DE LA COMMISSION : ne pourront pas être membres de la Commission : 1. Les membres des assemblées directives, représentants, fonctionnaires ou employés exerçant des fonctions de direction ou de confiance dans des entreprises des réseaux et des services de communications. Cette inéligibilité concerne les personnes ayant exercé ces fonctions pendant la dernière année. 2. Les personnes naturelles ayant une participation économique dans des entreprises des réseaux et des services des communications ou dans des sociétés liées à celles-ci. 3. Le conjoint ou le concubin ou les familiers proches des personnes prévues au 1 ou 2 de cet article », art. 21 de la loi n° 1341 du 30 juillet 2009.

²⁰⁹ « 40.1. Hormis des autorisations légales expresses, ne pourront pas participer à l'administration de la Commission ni participer au vote directement ou indirectement, les entreprises des services publics d'eau ou d'assainissement, leurs représentants, les membres des assemblées directives de ces entreprises, les personnes ayant des actions de ces entreprises et les personnes ayant plus du 10 % du capital des sociétés liées économiquement aux entreprises des services publics d'eau et d'assainissement. 40.2. Ne pourra travailler pour la Commission aucune personne, ni ses familiers proches ayant participé dans l'administration ou ayant travaillé pour une entreprise des services publics dans l'année précédente. Cette même inéligibilité concerne les employés de la Commission pour l'exercice de fonctions dans des entreprises des services publics du secteur », art. 40 du décret n° 1905 du 26 sept. 2000.

²¹⁰ « Pour être nommé comme membre de la Commission d'experts, il faut : a) être Colombien et citoyen, b) avoir un titre universitaire dans le domaine de l'ingénierie, économie, management ou assimilé et un diplôme de spécialisation, c) avoir une expérience reconnue dans le domaine de l'énergie et avoir exercé des fonctions de responsabilité dans des entreprises du secteur des mines ou de l'énergie pendant une période d'au moins 6 ans ou

D'un autre côté, l'impartialité des membres des autorités administratives contentieuses chargés de décider des litiges entre administrés est garantie par un régime d'incompatibilités diminuant le risque d'un conflit d'intérêts. En France, les membres de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet sont soumis à l'interdiction d'exercer toute activité professionnelle, ainsi que d'exercer un emploi ou des fonctions dans une entreprise du secteur concerné ou ayant des intérêts ou des actions dans les entreprises concernées par la régulation²¹¹. Les membres du Comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie sont exclusivement des conseillers d'État et des magistrats à la Cour de cassation et, leur statut garantit l'incompatibilité avec l'exercice de fonctions dans le secteur concerné. En Colombie, hormis les membres de plein droit dont l'incompatibilité est garantie par leur fonction publique, les membres des commissions de régulation exercent leur fonction de façon exclusive. Les membres de la Commission de régulation de l'eau potable et de l'assainissement basique sont soumis à un régime d'interdictions consistant, notamment, au fait d'acquérir des actions d'entreprises du secteur ou de participer à l'administration de l'une de ces entreprises²¹². De surcroît, l'impartialité des membres de l'autorité administrative peut être renforcée lorsque les interdictions s'étendent dans le temps, au-delà de la fin de la période pour laquelle ils ont été nommés²¹³.

Le régime d'inéligibilités et d'incompatibilités vise à éloigner les membres des autorités administratives contentieuses des parties du litige. Toutes les autorités chargées de trancher des litiges entre administrés ne sont pas soumises à des régimes d'inéligibilités et d'incompatibilités. Dans ces cas, l'autorité chargée de la nomination doit réaliser lui-même un

avoir conseillé des entreprises du secteur pendant la même période », art. 21, paragraphe n° 1° de la loi n° 143 du 11 juillet 1994.

²¹¹ « La fonction de membre de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est incompatible avec toute activité professionnelle, tout mandat électif national, tout autre emploi public et toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur postal ou des secteurs des communications électroniques, de l'audiovisuel ou de l'informatique », art. L. 131 du Code des postes et des communications électroniques. Concernant le C.S.A. « (...) les membres du conseil ne peuvent, directement ou indirectement, exercer de fonctions, recevoir d'honoraires, sauf pour des services rendus avant leur entrée en fonction, ni détenir d'intérêts dans une entreprise de l'audiovisuel, du cinéma, de l'édition, de la presse, de la publicité ou des télécommunications(...)», art. 5, al.1-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. Les fonctions de membre de l'H.A.D.O.P.I. « (...) sont incompatibles avec le fait d'exercer ou d'avoir exercé, au cours des trois dernières années : (...) « 2° Les fonctions de dirigeant, de salarié ou de conseiller d'une entreprise exerçant une activité de production de phonogrammes ou de vidéogrammes ou d'édition d'œuvres protégées par un droit d'auteur ou des droits voisins ; (...) d'une entreprise de communication audiovisuelle ; (...) d'une entreprise offrant des services de mise à disposition d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou des droits voisins ; (...) d'une entreprise dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne », art. L. 331-18.-I du Code de la propriété intellectuelle.

²¹² « 40.3. Les membres de la Commission ne peuvent acquérir des parties du capital des entreprises des services publics ou avoir directement ou indirectement plus du 1 % des actions de ces entreprises. Ils ne peuvent pas, non plus participer à l'administration ou être employés de ces entreprises. Cette interdiction concerne aussi le conjoint, le concubin ou les familiers proches du membre ou employés de la Commission », art. 40.3 du décret n° 1905 du 26 sept. 2000.

²¹³ Par exemple, les membres permanents de la Commission de régulation des communications : « Les membres, fonctionnaires ou employés de la Commission, exerçant des fonctions de direction ou de confiance ne pourront, dans l'année suivant la fin des fonctions dans la Commission, acquérir d'actions des entreprises des réseaux ou des services des communications, supérieures à 15 % du capital. Ils ne pourront pas participer aux assemblées de direction ou représenter ces entreprises ou exercer des fonctions de direction ou de confiance », art. 21, n° 4, loi n° 1341 du 30 juillet 2009.

contrôle des hypothèses pouvant placer la personne nommée dans une situation de conflit d'intérêts. Or, le régime d'inéligibilités et d'incompatibilités n'exclut pas définitivement toutes les hypothèses pouvant compromettre l'impartialité à l'égard d'un litige porté à sa connaissance. De surcroît, les membres de plein droit de l'autorité administrative peuvent avoir connu des points relatifs à l'affaire litigieuse dans l'exercice de leur fonction administrative. Pour toutes les hypothèses pouvant compromettre l'impartialité des membres de l'autorité contentieuse, il est nécessaire de prévoir le droit de récuser les membres de l'autorité contentieuse.

B. Le droit de récuser les membres de l'autorité contentieuse

La fonction contentieuse de résolution des litiges entre administrés est caractérisée par le caractère unilatéral de la saisine. La partie défenderesse peut ainsi se voir confrontée à la décision d'une autorité administrative dont elle peut soupçonner l'impartialité. Faute de mécanismes prévus pour exposer ses soupçons, la partie devra attendre la décision pour faire grief à la décision administrative. Par conséquent, la récusation des membres de l'autorité contentieuse est un moyen de mettre le contrôle de l'impartialité à la portée des parties. Cela implique une notification préalable de la composition de l'autorité²¹⁴ permettant, avant le déroulement de l'audience d'examen du litige et du délibéré, l'exposé des griefs des parties à l'égard de l'impartialité des membres de l'autorité, pouvant donner lieu à un déport qui a pu intervenir d'office.

Or, aucune des quatre autorités administratives françaises chargées de cette fonction contentieuse ne prévoit une procédure permettant la récusation. Faute d'une reconnaissance normative du droit de récuser les membres de l'autorité administrative, les parties ne peuvent pas contrôler, pendant la phase administrative du contentieux, l'impartialité de l'autorité portée à trancher son litige²¹⁵. En revanche, en droit colombien, mis à part le droit général de récuser les autorités administratives²¹⁶, la loi n° 142 du 11 juillet 1994 dispose expressément le droit de récuser les membres des commissions de régulation des services publics²¹⁷. La récusation peut ainsi concerner non seulement les membres permanents de la commission, mais aussi les membres y siégeant de plein droit, notamment les ministres.

²¹⁴ Hormis une prévision normative expresse, la notification de la composition de l'organe n'est pas obligatoire pour les autorités administratives françaises : C.E.f. 10 mai 2004, *Crédit du Nord, Rec.*, t. p. 692.

²¹⁵ Le droit de récuser n'existe que si un texte l'a expressément prévu : C.E.f. 24 janvier 1919, *Pereaud, Rec.*, p. 63 ; C.E.f., 24 mai 1935, *Lamoudi Lamine, Rec.*, p. 586 ; C.E.f. 9 mars 1938, *Huget, Rec.*, p. 251 ; C.E.f. 6 mai 1955 *Esh Chadely, Rec.*, p. 238.

²¹⁶ L'art. 30 du C.C.A. dispose que les fonctionnaires publics peuvent être récusés pour les motifs de récusation prévus dans le Code de la procédure civile et, énumère aussi des hypothèses spéciales pour la procédure administrative. De son côté, l'art. 11 du C.P.A.C.A. dispose que « *Tous les serviteurs publics devant diriger des procédures administratives, instruire des affaires, conduire des enquêtes, recueillir des preuves ou adopter des décisions définitives pourront être récusés s'ils ne se déportent pas eux-mêmes pour les motifs suivants : 1. Avoir lui-même, sa compagne, un familier proche ou son associé, un intérêt particulier et direct dans la régulation, la gestion, le contrôle ou la décision d'une affaire. 2. Avoir déjà eu connaissance de cette affaire, lui-même ou les personnes qui viennent d'être signalées(...) 8. Exister un sentiment grave d'animosité pour des faits étrangers à la procédure en cours, ainsi qu'une forte amitié entre le serviteur public et l'une des personnes intéressées dans l'affaire. 9. Être lui-même ou les personnes citées au n°1, créancier ou débiteur de la personne intéressée (...) 16. Avoie eu, dans l'année précédente, un intérêt direct ou avoir été représentant, assesseur, président, gérant, directeur, membre du conseil d'administration, associé d'une personne ou entreprise intéressée dans l'affaire* ». Le droit de récuser en matière disciplinaire est prévu à l'art. 86 du C.D.U. et les causes de récusation sont prévues à l'art. 8 du C.D.U.

²¹⁷ Art. 110 de la loi n°142 du 11 juillet 1994.

La prévision du droit de récuser affronte, néanmoins, des obstacles liés à la rapidité attendue de la décision administrative contentieuse. Cela peut expliquer l'inexistence de ce droit à l'égard des autorités administratives françaises chargées de la fonction contentieuse entre administrés. Néanmoins, la procédure d'examen des contestations d'impartialité pourrait être adaptée aux contraintes du temps. L'accord des parties sur le chronogramme de la procédure administrative contentieuse pourrait prévoir une procédure rapide des récusations contribuant, par là, à éviter le prolongement juridictionnel du litige.

L'autorité administrative contentieuse doit offrir aux parties du litige des garanties d'objectivité de sa part et la possibilité de contradiction comme seul mécanisme permettant d'adopter une décision contentieuse de qualité, ayant des chances d'arrêter définitivement le contentieux. Ces exigences ne doivent pas porter atteinte aux atouts de l'autorité contentieuse ayant motivé l'attribution de cette compétence. Or, au-delà de l'adaptation de la procédure administrative, la fonction de résolution des litiges entre parties entraîne, plus largement, le renouveau de l'activité contentieuse de l'administration.

Sous-section 2. Le renouveau de l'activité contentieuse de l'administration

Les fonctions contentieuses de l'administration ne sont pas une nouveauté. Elles ont été occultées et le régime juridique a parfois réussi à les dénaturer. Décider des recours administratifs ou imposer des sanctions administratives a pu être considéré comme une prérogative non contentieuse de l'administration. Or, lorsque l'administration se voit confier la fonction de trancher des litiges entre particuliers, elle ne se voit pas attribuer une fonction entièrement nouvelle. Il s'agit de la dernière expression d'une fonction administrative classique : la fonction administrative contentieuse. Face à cette dernière activité contentieuse de l'administration, il est dès lors question de déterminer les effets de la résolution administrative de litiges entre administrés, dans la théorie générale (§ 1), ainsi que de mesurer les risques théoriques de la fonction de résolution des litiges entre administrés (§ 2).

§ 1. Les effets de la résolution administrative de litiges entre administrés dans la théorie générale

La théorie générale de l'activité contentieuse de l'administration est construite sur l'idée que la fonction de résolution des litiges est l'une des fonctions administratives. Cela entraîne des conséquences quant à la compétence de l'autorité administrative et à la nature de la décision contentieuse. Or, la fonction de la résolution des litiges entre administrés pose nécessairement la question de l'appartenance de ces litiges, au contentieux administratif et, plus largement, au contentieux de l'administration. La confirmation des caractères de l'activité contentieuse de l'administration (A) doit néanmoins répondre à la question d'un contentieux administratif où l'administration n'est pas partie (B).

A. La confirmation des caractères de l'activité contentieuse de l'administration

En France, les fonctions de résolution de litiges entre administrés ont été considérées comme des fonctions dites quasi juridictionnelles²¹⁸. De même, la validation constitutionnelle de ce genre de fonctions a été qualifiée comme l'approbation d'une forme d'administrateur-juge²¹⁹. Il s'agit d'affirmations contraires à la théorie générale de l'activité contentieuse de l'administration, mais qui sont compréhensibles. Les autorités administratives françaises et colombiennes chargées de trancher des litiges entre administrés adoptent des actes administratifs à part entière ; elles n'usurpent aucune fonction juridictionnelle ni ne se déguisent anormalement en juges. Il s'agit de décisions administratives exécutoires²²⁰, individuelles²²¹, adoptées dans l'exercice des prérogatives publiques²²², qui font l'objet d'un contrôle de légalité. L'exercice de la fonction contentieuse n'altère pas la nature administrative des autorités administratives. La résolution des litiges entre administrés est, dans ces conditions, une fonction administrative²²³. De surcroît, les autorités administratives chargées de la fonction contentieuse entre administrés mènent une procédure administrative contentieuse qui pourrait être qualifiée de procès administratif non juridictionnel²²⁴.

Le cas du Comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDIS) de la C.R.E. montre bien le caractère administratif de l'autorité contentieuse et de la procédure. Alors

²¹⁸ La Commission de régulation de l'énergie qualifie ses fonctions comme un « *Pouvoir quasi juridictionnel de règlement des différends relatifs à l'accès et l'utilisation des réseaux et infrastructures* », C.R.E. *Rapport d'activité – juin 2007*, p. 136. Les fonctions de la CRE sont aussi considérées comme des compétences « *quasi juridictionnelles* », Gaël Bouquet et Stéphanie BEAUVILLARD, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *A.J.D.A.* 2004, p. 1911. Les fonctions de l'Autorité de régulation des mesures techniques étaient qualifiées comme un « (...) *arbitrage équivalant à des fonctions « quasi juridictionnelles »*, que le Conseil constitutionnel a d'ores et déjà reconnues comme conformes à la Constitution, s'agissant d'autres autorités, notamment de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes », Lucien RAPP, « Nature et pouvoirs de l'autorité de régulation des mesures techniques de protection », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, janvier 2007, n° 23, p. 65. Les fonctions de l'A.R.C.E.P. sont considérées de nature « *quasi juridictionnelle* », Robert METTOUDI, *Les fonctions quasi juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2004, in <http://mettoudilaw.com/wp-content/uploads/2010/01/Th%C3%A8se-2-septembre-2004.pdf>, consulté le 4 mai 2011, p. 99.

²¹⁹ Sur la décision C.c.f. Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 99, § 19, il est affirmé : « (...) *entérinant la jurisprudence du Conseil d'État, le Conseil constitutionnel admet l'évolution qui s'est produite depuis une cinquantaine d'années vers la consécration de l'administration-juge* », Élisabeth ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *loc. cit.* p. 26.

²²⁰ Seul le recours contre les décisions de l'H.A.D.O.P.I. a un effet automatiquement suspensif : art. L. 331-32, al. 6 du Code de la propriété intellectuelle.

²²¹ « *Enfin constituent des décisions individuelles les règlements des différends entre opérateurs réalisés par les autorités de régulation* », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 311. Il s'agit d'un « *acte administratif pris par l'autorité de tutelle de France Télécom, destiné (...) à résoudre unilatéralement un litige* », Élisabeth ROLIN, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *loc. cit.* p. 26.

²²² « (...) *constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique* », C.c.f. Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 99, § 21.

²²³ La Cour constitutionnelle colombienne confirme les caractères de l'activité contentieuse de l'administration : « *Les décisions des commissions de régulation décidant des litiges sont des actes administratifs mettant fin à la procédure administrative. Ils sont l'objet du contrôle de légalité devant la juridiction (...) Par conséquent, les fonctions de résolution des litiges des commissions de régulation ont une nature administrative, non seulement d'un point de vue formel ou organique ; mais, aussi, matériel et, dès lors, ce ne sont pas des fonctions judiciaires* », C.c.c. Sentence C-1120-05, 1^{er} nov. 2005, M.R. Jaime ARAUJO. Cette jurisprudence est adoptée par le Conseil d'État : C.E.c. Section 1^{re} Sentence du 30 avril 2009, affaire n° 2004-00123 01, C.R. Rafael LAFONT.

²²⁴ Après avoir essayé de qualifier la procédure menée devant les autorités chargées de trancher des litiges entre administrés, à partir des catégories existantes, Claude CHAMPAUD est arrivé à la conclusion que ces autorités mènent un procès innomé : Claude CHAMPAUD, *L'idée d'une magistrature économique (Bilan de deux décennies)*, *Justices*, 1995, n°1, p. 74. Il s'agit d'un procès administratif non juridictionnel.

même qu'il est exclusivement chargé de l'exercice des fonctions contentieuses de la Commission de régulation de l'énergie, qu'il est composé exclusivement de conseillers d'État et de magistrats de la Cour de cassation et qu'il met en place une procédure contradictoire pour la résolution du litige, le Comité de règlement des différends et des sanctions n'est pas une juridiction : il s'agit d'un organe indépendant, placé au sein de l'autorité administrative. Il est vrai que le Comité de règlement des différends et des sanctions a décidé à plusieurs reprises de surseoir à statuer afin d'attendre une décision du Conseil d'État²²⁵. Néanmoins, le sursis à statuer n'avait pas pour finalité de poser une question préjudicielle, compétence réservée aux juridictions²²⁶, et dont l'exercice par une autorité administrative configure un cas d'incompétence négative. Le Comité ne renonce pas à l'exercice de ses fonctions contentieuses de nature administrative, mais il les met en suspens dans la mesure où le décret déterminant pour la résolution du fond sur le litige est l'objet d'un contrôle de légalité.

La résolution des litiges entre administrés, attribuée à des autorités de régulation, est une fonction ordinaire. En dépit du caractère peu nombreux des exemples de cette fonction, en France comme en Colombie, la résolution des litiges entre les destinataires de la régulation est devenue un instrument courant d'exercer la fonction administrative de régulation. Il s'agit d'une fonction accessoire déterminant le caractère instrumental de cette fonction contentieuse. L'administration régule les litiges par sa décision contentieuse, et la décision individuelle lui permet de formuler des régulations générales, de corriger ou d'adapter les régulations existantes, même individuelles²²⁷. En conséquence, l'attribution de ce genre de fonctions aux autorités administratives ne résulte pas seulement du manque éventuel de performance des juridictions pour trancher ce genre de litiges. L'attribution de la compétence contentieuse entre administrés résulte aussi d'une évaluation des missions conférées à l'autorité administrative et des moyens nécessaires pour atteindre à ces finalités. De plus, le caractère accessoire et instrumental de la fonction de résolution des litiges entre administrés a déterminé les interprétations restrictives de la compétence des autorités administratives, en excluant, par conséquent, des litiges entre des personnes concernées par la régulation, mais dont le litige en particulier n'a aucun effet sur la régulation ; il s'agit d'un contentieux exclusivement privé.

S'agissant d'une fonction administrative, exercée par des décisions administratives, il est dès lors légitime de se poser la question de l'appartenance de ces contentieux, au

²²⁵ La décision du CoRDiS de la C.R.E. du 24 octobre 2011, *Société Soleol II c/ société Électricité Réseau Distribution France (ERDF)*, J.O. n° 0274, 26 nov. 2011, texte n° 85 a décidé : « Article 2. Il est sursis à statuer sur le surplus des demandes de la société Soleol II jusqu'à l'intervention de la décision au fond du Conseil d'État sur le décret du 9 décembre 2010 ». Cette situation s'est présentée dans d'autres affaires, notamment C.R.E. CoRDiS, 19 oct. 2011, *société SORAL 01 c/ société Électricité Réseau Distribution France (ERDF)*, J.O. n° 0274 du 26 nov. 2011, texte n° 84 ; C.R.E. CoRDiS, décision du 19 oct. 2011, *société KEZAKO c./ ERDF*, J.O. n° 0274, 26 nov. 2011, texte n° 82 ; C.R.E. CoRDiS, décision 19 oct. 2011, *société AGAT c./ ERDF*, J.O. n° 0274, 26 nov. 2011, texte n° 83 ; C.R.E. CoRDiS, décision du 26 sept. 2011, *groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) de Saint-Doué c./ ERDF*, J.O. n° 0252, 29 oct. 2011, texte n° 99.

²²⁶ Considérant que « (...) le Conseil national de l'Ordre des médecins (...) statue en qualité d'autorité administrative ; que, par suite (...) il ne peut pas légalement se soustraire à l'obligation qui lui incombe de se prononcer sur la recevabilité et le bien-fondé des réclamations qui lui sont présentées en décidant de surseoir à leur examen jusqu'à l'issue d'une instance judiciaire à engager par l'intéressé (...) », C.E.f. 9 fév 1966, *Sieur Augereau*, req. 63558, D.A. 1966, n° 106, p. 22.

²²⁷ La décision d'un litige peut motiver la formulation de recommandations à l'égard d'autres opérateurs ou agents du secteur. Les recommandations consistent ainsi en des régulations de contenu individuel. Il est nécessaire de souligner que le terme régulation n'est pas utilisé comme un synonyme de réglementation ou d'acte administratif. La régulation est beaucoup plus large que les instruments juridiques dont elle se sert.

contentieux administratif. Les raisons d'exclusion de certains litiges, n'intéressant pas la régulation administrative, peuvent donner un indice quant au critère pour la détermination du caractère administratif du contentieux.

B. La question d'un contentieux administratif où l'administration n'est pas partie

Lorsque l'administration décide des litiges concernant deux administrés, l'appartenance de ce litige au contentieux administratif et, même plus largement, au contentieux de l'administration, s'avère difficile à établir. Il s'agit de deux personnes privées s'opposant autour de relations contractuelles, guidées notamment par le droit de la concurrence ou par les droits d'auteur. Certes, le contentieux concerne le service public ou des principes de droit public ; mais, l'administration n'est pas partie au litige. Pour établir la nature du contentieux qui est tranché par l'administration, trois analyses doivent être réalisées : celle de la nature de l'organe compétent, celle de la nature des parties du litige et celle des intérêts en jeu et le droit applicable.

Tout d'abord, le contentieux administratif est traditionnellement défini à partir de la compétence de la juridiction administrative/juridiction du contentieux administratif²²⁸. Ce critère néglige l'ensemble de l'activité contentieuse de l'administration et exclut du contentieux administratif tous les litiges portés devant la juridiction judiciaire, pour la France²²⁹. Dès lors, en France, le contrôle des décisions administratives sur ces litiges serait exclu du contentieux administratif dans la mesure où les recours contre les décisions contentieuses de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, de la Commission de régulation de l'énergie et de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet sont portés devant la cour d'appel de Paris²³⁰. Seul le contentieux des décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel; porté devant le Conseil d'État²³¹, relèverait du contentieux administratif. De même, en Colombie, le contentieux des décisions administratives sur les litiges entre administrés relèverait du contentieux administratif dans la mesure où la juridiction compétente est la juridiction du contentieux administratif.

Ensuite, le contentieux administratif est défini comme celui où, au moins, l'une des

²²⁸ « (...) le contentieux administratif regroupe l'ensemble des règles applicables à la solution juridictionnelle des litiges soulevés par l'activité administrative (...) », Charles DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, 7^e éd. Dalloz, Paris, 1999, p. 1. Dans le même sens, Jean-Marie AUBY et Jean-Bernard AUBY, *Institutions administratives*, 6^e éd. Dalloz, Paris, 1991, p. 219.

²²⁹ Il s'agit du même critère ayant donné lieu à considérer que le contentieux fiscal était judiciaire dans la partie qui correspondait au juge judiciaire et administratif, en ce qui concerne, notamment, les impôts directs alors que « c'est par accident, en définitive, que le contentieux fiscal est réparti entre nos deux juridictions, et ce partage n'a aucune portée juridique », Louis TROTABAS, « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, p. p. 722. Or, au lieu de considérer que le contentieux fiscal était un contentieux administratif porté devant le juge judiciaire, la doctrine française a préféré construire une catégorie à part : le contentieux fiscal.

²³⁰ Les décisions de l'A.R.C.E.P. sont portées devant le Conseil d'État, sauf en matière de résolution des litiges : art. L. 36-8, IV du Code des postes et des communications électroniques. La C.R.E. art. L. 134-24 du Code de l'énergie. L'H.A.D.O.P.I. art. L. 331-32, al. 6 du Code de la propriété intellectuelle.

²³¹ Article 42-8 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. « (...) dans le silence de la loi, le contentieux de l'ART relève de manière générale du juge administratif ; ce n'est que dans le cas particulier où elle intervient pour trancher des litiges contractuels, privés, que la loi prévoit une exception », C.c.f. Décision n° 96-378 DC, 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 99.

parties est une autorité administrative et où le litige concerne l'action administrative²³² ou les actes administratifs²³³. Cette définition permet d'inclure dans le contentieux administratif le contentieux d'un acte administratif ou de l'action administrative, décidé par les autorités administratives elles-mêmes. De même, ce critère permet d'inclure dans le contentieux administratif, le contentieux de la légalité des décisions administratives porté devant la juridiction judiciaire²³⁴, faisant ainsi exception au principe fondamental reconnu par les lois de la République sur la compétence de la juridiction administrative en matière de légalité des actes administratifs²³⁵, pour des raisons d'une bonne administration de justice²³⁶. Par conséquent, le contentieux de la légalité des décisions administratives sur les litiges entre administrés serait un contentieux administratif au sens large²³⁷, ou un contentieux administratif judiciaire. Or, l'application de ce critère aboutit à une conclusion étonnante : le contentieux décidé par l'autorité administrative ne serait pas administratif, car l'administration n'est pas partie et il ne concerne pas l'action ou les actes d'une autorité administrative. Cependant, le litige privé deviendrait administratif après la décision administrative, c'est-à-dire une fois que la décision administrative est l'objet d'un recours juridictionnel²³⁸.

Enfin, il faudrait adopter un troisième groupe de critères du contentieux administratif non juridictionnel consistant aux litiges intéressant à l'administration²³⁹, portant sur un droit ou une situation régulée administrativement²⁴⁰ et décidés par une autorité administrative. Ce critère permet d'accepter que les litiges qui sont portés à la décision de l'autorité administrative sont, certes, des litiges opposant des particuliers sur des intérêts privés ou des conventions privées²⁴¹, mais qu'il existe aussi un intérêt public dans la résolution du litige et que cet intérêt détermine le caractère administratif du contentieux, indépendamment de la

²³² « *Le contentieux administratif se compose, fondamentalement, de situations contentieuses, de contestation que fait naître l'activité des administrations publiques (...)* », Léon MOUREAU, « Notion et spécificité du contentieux administratif », *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 180.

²³³ « *Dans le sens strict, le contentieux administratif peut être défini comme l'ensemble des normes et des principes régulateurs des procédures qui sont suivis devant les tribunaux juridictionnels spécialisés dans la résolution des différends, des controverses ou des litiges entre l'administration publique et les administrés et, même, à l'intérieur de l'administration* », Jaime SANTOFIMIO, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, *Contencioso administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004, p. 62.

²³⁴ « *Si l'on ose pourtant avancer que la cour d'appel de Paris est une juridiction administrative, c'est que certains contentieux qui lui ont été confiés (...) présentent par leur objet et par leurs solutions un caractère administratif (...)* Il s'agit d'un "contentieux administratif judiciaire" », Pierre DELVOLVE, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 47-48. Il s'agit du contentieux administratif qui « *concernent des décisions administratives, à la fois par leur auteur et par leurs caractéristiques* », *ibidem*, p. 55.

²³⁵ C.c.f. Décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Rec.* p. 7, §15.

²³⁶ « (...) *cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle peut être justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice ; que, dès lors, il ne méconnaît pas le principe à valeur constitutionnelle invoqué par les auteurs de la saisine ; que par suite le grief invoqué doit être écarté* », C.c.f. Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 99, § 24.

²³⁷ Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, 6^e éd. Litec, Paris, 2009, p. 1.

²³⁸ Il faut préciser que les décisions des litiges entre administrés, ne sont pas l'objet de recours administratifs.

²³⁹ À l'égard du contentieux des autorités indépendantes porté devant la cour d'appel de Paris, le professeur DRAGO a affirmé que la Cour « *connaît (...) des litiges intéressant l'administration (...)* », Roland DRAGO, « Le juge judiciaire, juge administratif », *R.F.D.A.* 1990, p. 763.

²⁴⁰ D'une façon parallèle, il existe aussi des contentieux « *intéressant deux personnes privées* » qui malgré cela, sont portés devant la juridiction administrative, notamment concernant la Banque de France : Roland DRAGO, « Le juge judiciaire, juge administratif », *loc. cit.*, p. 757.

²⁴¹ « *Considérant qu'en l'espèce les décisions de l'Autorité pourront trancher des litiges relevant du droit de la concurrence ou des différends de nature commerciale ou technique survenus dans la négociation ou l'exécution des conventions d'interconnexion, lesquelles, en vertu de l'article L 34-8 du Code des postes et des télécommunications, constituent des conventions de droit privé* », C.c.f. Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Rec.*, p. 99, § 23.

nature des parties. Certes, le droit applicable est souvent le droit de la concurrence ; mais, ce n'est pas un droit de nature exclusivement privée²⁴². Par ailleurs, lorsque le litige concerne l'interconnexion, c'est l'intérêt du service public qui est en jeu. De même, la protection des droits d'auteur est une finalité d'intérêt public dont la mission administrative de protection justifie l'exercice de la fonction contentieuse dans la matière. Cela renvoie au caractère artificiel de la classification concernant le droit public et le droit privé. L'exemple de la résolution des litiges entre administrés, comportant un intérêt public et confié à la décision administrative est l'un des exemples de ce que Charles EISENMANN a pu appeler, le droit privé administratif²⁴³.

En conséquence, la résolution des litiges entre administrés demande la fixation de critères propres pour la détermination du contentieux administratif non juridictionnel. Il s'agit d'un contentieux tranché par une décision administrative dont l'administration peut être l'une des parties ; mais, cela n'est pas absolu. Un contentieux tranché par l'autorité administrative dont l'administration n'est pas partie peut être un contentieux administratif lorsque l'intérêt public est en cause. De surcroît, c'est précisément l'intérêt public se manifestant dans les missions de l'autorité administrative qui a justifié l'attribution de cette fonction contentieuse et, c'est ce même critère, qui détermine l'incompétence de ces autorités administratives pour trancher des litiges entre les mêmes parties ; mais, dont l'intérêt public est absent.

Sans l'attribution de la compétence pour trancher des litiges entre deux administrés, la théorie générale de l'activité contentieuse de l'administration serait construite sur des critères différents. L'administration serait portée à trancher un litige lorsqu'un acte administratif, même préliminaire est contesté. Grâce à la dernière fonction contentieuse de l'administration, il est possible de construire une théorie générale plus précise pouvant expliquer les évolutions futures de l'activité contentieuse de l'administration. Néanmoins, l'attribution de la fonction contentieuse entre administrés n'est pas sans risques pour la théorie générale, sur lesquels il est question de mettre en garde.

§ 2. Les risques théoriques de la fonction de résolution des litiges entre administrés

Les actuelles fonctions administratives de résolution des litiges entre administrés ont, en France comme en Colombie, moins de vingt ans d'existence. La Colombie attribue ces fonctions pour la première fois en 1994 et la France en 1996. Il s'agit d'une fonction encore en formation. Son futur pourrait être marqué par la multiplication de ce genre de fonctions ou par

²⁴² « En effet, les justifications passées des aménagements apportés au principe par le législateur ont perdu de leur poids. Les raisons généralement avancées en opportunité pour justifier la compétence du juge judiciaire sont l'expérience des affaires, la célérité, l'indépendance à l'égard de l'administration, ou la proximité du droit de la concurrence avec le droit commercial. Si elles ont pu avoir, il y a plus de quinze ans, une certaine signification, ces justifications ne sont toutefois plus guère pertinentes au regard tant de la fonction même de la juridiction administrative, qui est de concilier l'intérêt général et les intérêts particuliers, que de sa capacité maintenant acquise à juger rapidement lorsque c'est nécessaire. Au surplus et de façon de plus en plus évidente, le droit de la concurrence n'est pas plus privé que public », CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, op., cit., p. 334.

²⁴³ Définir le droit privé à partir des personnes concernées « est une définition très superficielle, qui ne résiste pas à un examen plus approfondi. En réalité, ce que l'on appelle communément le droit privé, c'est le droit judiciaire privé ; mais, précisément, à côté de ce droit privé judiciaire, il y a un droit privé administratif », Charles EISENMANN, *Cours de Droit administratif*, t. I, L.G.D.J. Paris, 1982, p. 27-28.

une formalisation extrême conduisant à la perte d'intérêt de cette fonction administrative. Face à ce genre de fonctions, la tentation de la juridictionnalisation (A) reste présente, ainsi que le risque de la dérive vers la médiation, la conciliation ou l'arbitrage (B).

A. La tentation de la juridictionnalisation

La juridictionnalisation ne consiste pas en la processualisation des autorités administratives chargées de la résolution des litiges entre administrés. La juridictionnalisation c'est la transformation de l'autorité administrative en juridiction ou l'attribution de ces compétences de résolution des litiges entre administrés à des juridictions.

Il existe des arguments théoriques qui pourraient jouer en faveur de la juridictionnalisation de la résolution des litiges entre administrés. Premièrement, l'absence de l'administration comme partie du litige justifierait l'attribution de cette compétence à des juridictions. De cette façon, l'idéal de la compétence juridictionnelle entre parties serait satisfait et l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs prendrait un argument pour la détermination du noyau dur de la compétence juridictionnelle. Deuxièmement, les juridictions verraient ainsi revalorisée leur mission en tant que régulateurs du marché²⁴⁴. Il s'agirait de régulateurs dont l'objectivité serait accrue en raison du fait qu'elles ne sont pas chargées de la partie normative de la régulation. L'exercice de ces fonctions contentieuses techniques donnerait à la juridiction des arguments pour démentir la présomption de son incapacité technique pour trancher des litiges de ce genre. Troisièmement, les parties du litige retrouveraient l'ensemble des garanties offertes par les juridictions, tout en évitant la multiplication des instances administratives et juridictionnelles, concernant la contestation de la décision administrative sur le litige.

Or, l'attribution de ces fonctions contentieuses à des juridictions, soit par la voie du transfert des compétences, soit par la transformation de l'autorité administrative en juridiction, emporterait des conséquences négatives non négligeables : tout d'abord, la performance technique de l'autorité administrative pour décider le contentieux est donnée par l'exercice des autres fonctions de régulation. Même dans le cas où la fonction contentieuse est attribuée à un organe indépendant au sein de l'autorité administrative, l'organe dispose de rapporteurs expérimentés dans la matière qui permettront l'exercice de la régulation par la voie contentieuse. Il est nécessaire de rappeler que les autorités administratives chargées de ces fonctions les exercent avec des finalités d'intérêt général précises et déterminées par les normes. Par conséquent, la juridictionnalisation de ces compétences mettrait en péril non seulement la qualité de la décision, mais elle dépouillerait la régulation d'un outil essentiel pour atteindre ses finalités. Ensuite, la procédure de décision du litige perdrait de la souplesse permettant, notamment, l'accord des parties sur le déroulement du contentieux, afin d'obtenir

²⁴⁴ Concernant les fonctions de l'A.R.C.E.P., la thèse de Monsieur METTOUDI ne va pas seulement qualifier les fonctions contentieuses de quasi juridictionnelles ; mais, il va plus loin en affirmant qu'il s'agit d'une véritable fonction juridictionnelle, Robert METTOUDI, *Les fonctions quasi juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, op. cit., p. 109, tout en considérant qu'« il serait audacieux de qualifier l'A.R.T. de juridiction », *ibidem*, p. 101 Pour lui, « l'attribution de ces fonctions n'est-elle pas la preuve d'une volonté de l'État de considérer que la régulation est un office de juridiction ? », *ibidem*, p. 112.

une décision dans les brefs délais exigés par les normes. La transformation de l'organe administratif en juridiction devrait être accompagnée de la prévision de garanties processuelles pleines, faute desquelles la chose jugée d'une telle décision priverait les administrés de la possibilité du contrôle juridictionnel approfondi ultérieur et celui-ci serait limité, le cas échéant, à un contrôle de cassation. Enfin, les retards de la décision juridictionnelle pourraient entraîner des conséquences néfastes pour la continuité du service public et pour les opérateurs privés.

Les arguments pour la juridictionnalisation et ceux en faveur de la compétence administrative ne sont pas des dogmes. La distribution des compétences entre la juridiction et l'administration doit être guidée par une analyse *in concreto* des effets de la décision juridictionnelle ou administrative sur l'intérêt général et sur les intérêts des parties. Les arguments exclusivement théoriques doivent laisser la place à des considérations pratiques d'efficacité et sur l'action administrative et sur les droits des parties du litige. Un dernier argument en faveur de la compétence administrative touche à la possibilité de rapprocher les parties en vue d'une solution à l'amiable. Or, cela ne doit pas se transformer en une dérive vers la médiation ou l'arbitrage.

B. La dérive vers la médiation ou l'arbitrage

L'exercice de l'activité contentieuse n'est pas incompatible avec la médiation exercée par l'autorité administrative ou avec l'attribution contractuelle de fonctions arbitrales à l'administration. La fonction de médiation entre les destinataires de la régulation est une fonction couramment attribuée aux autorités de régulation²⁴⁵. De même, les régulateurs peuvent être nommés arbitres, en raison de leur performance technique spécifique. Cependant, les fonctions contentieuses des autorités administratives en matière de litiges entre administrés ne doivent pas être confondues avec la médiation ou l'arbitrage, ou encore, l'administration ne doit pas, par elle-même, dénaturer sa fonction contentieuse.

Concernant l'arbitrage des autorités administratives, celui-ci est possible en matière de litiges dont l'autorité administrative ne dispose pas de la fonction contentieuse, notamment, dans des litiges entre les opérateurs du marché dont l'intérêt est exclusivement privé. L'interprétation stricte des fonctions contentieuses entre particuliers détermine ainsi le champ d'action de la fonction contentieuse et celui où l'administration ne peut être saisie que par la voie d'un accord entre les parties, pour l'adoption d'une sentence arbitrale et non d'une décision administrative.

Concernant la médiation, le rapport avec l'activité contentieuse entre administrés ne relève pas d'un champ d'action différente, comme c'est le cas de l'arbitrage. Il s'agit de

²⁴⁵ Le 11 mai 1999, la Commission européenne annonce l'ouverture d'une discussion autour de la création d'un réseau communautaire non juridictionnel de traitement des plaintes en matière financière. Tous les États membres sont interrogés sur l'existence, chez eux, de mécanismes non juridictionnels de résolutions des litiges. Les résultats montrent que les instruments les plus répandus sont la médiation et la conciliation et la France fait partie de ce groupe : *Bulletin mensuel d'information de la Commission des opérations de bourse*, n° 344, mars 2000, p. 1-2, in http://www.amf-france.org/documents/general/5734_1.pdf consulté le 31 déc. 2011.

fonctions proches, pouvant s'exercer simultanément, tout en les différenciant. En effet, l'ensemble des compétences contentieuses entre administrés exige, au préalable, une tentative d'arrangement direct entre les parties. Cette étape préalable n'exclut pas la réalisation d'une réunion entre les parties, visant à tenter un accord réalisé devant l'autorité administrative. Cette nouvelle tentative de conciliation est réalisée devant la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet du litige sur les mesures techniques de protection empêchant d'exercer des exceptions aux droits d'auteur²⁴⁶. Dans ce cas, la négociation directe se déroule devant l'autorité administrative et c'est seulement après le constat de l'échec que démarre la procédure contentieuse²⁴⁷. De même, devant la Commission colombienne de la régulation des communications, même si la tentative de conciliation préalable doit être réalisée, l'autorité administrative organise aussi une autre procédure pour trouver un arrangement à l'amiable²⁴⁸. Faute de cet accord, la Commission pourra décider le litige.

La fonction de médiation n'est pas incompatible avec la fonction contentieuse et même les juges exercent aussi cette fonction. En France, l'engagement de la procédure contentieuse devant l'autorité administrative ne fait pas obstacle à un accord direct entre les parties, mettant fin à la procédure devant l'administration²⁴⁹. En Colombie, en revanche, le Conseil d'État a émis des réserves quant à la fin de la procédure administrative contentieuse pour l'accord des parties. Pour le Conseil d'État, les litiges qui sont soumis à l'autorité régulatrice concernent des intérêts publics qui ne pourraient pas être laissés exclusivement à l'accord entre les particuliers²⁵⁰. Les nécessités du service public et le caractère d'ordre public de la fonction de régulation plaident ainsi, pour un contrôle administratif des accords passés entre les parties. Cette réserve du Conseil d'État colombien confirme que la résolution de ces litiges est une fonction administrative et qu'il ne s'agit pas exclusivement de litiges touchant aux intérêts privés.

L'autorité administrative chargée de la fonction de décider des litiges entre administrés peut tenter de rapprocher les parties²⁵¹, tout en veillant à la réalisation des valeurs et des

²⁴⁶ Article L. 331-35 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁴⁷ « Dans le respect des droits des parties, la Haute Autorité favorise ou suscite une solution de conciliation (...) À défaut de conciliation dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, la Haute Autorité, après avoir mis les intéressés à même de présenter leurs observations, rend une décision motivée », Article L. 331-35 du Code de la propriété intellectuelle.

²⁴⁸ « DE LA MEDIATION : Après la communication des offres finales, le directeur exécutif de la C.R.C. doit fixer, dans un délai de 3 jours, la date pour la réalisation d'une audience de médiation visant à tenter un arrangement à l'amiable », art. 45, al. 1^{er} de la loi n°1341 du 30 juillet 2009. La C.R.E.G. prévoyait une telle procédure de conciliation devant elle, à l'art. 5 du Règlement n° 245 du 22 avril 2003 ; mais, ce règlement a été annulé par le Conseil d'État : C.E.c. Section 1^{re} Sentence du 30 avril 2009, affaire n° 2004-00123 01, C.R. Rafael LAFONT.

²⁴⁹ La procédure de décision du litige devant l'A.R.C.E.P. se termine lorsque les parties concluent en parallèle un accord sur l'interconnexion : A.R.T. Décision n° 99-822 du 30 septembre 1999, *France Télécom c/ 9 Télécom Réseau*, in http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/99-822.pdf consulté le 24 déc. 2011.

²⁵⁰ La résolution par la voie de la conciliation entre les opérateurs du service « (...) est contraire à l'art. 365 de la Const.c. disposant que les services publics peuvent être fournis par l'État, par des communautés organisées ou par des particuliers ; mais, l'État ne peut pas abandonner la régulation, le contrôle et la surveillance de ces services, en raison de la souveraineté et de l'intérêt social. Cela veut dire qu'il est contraire à la Constitution de permettre que les dysfonctionnements du marché soient corrigés par la volonté exclusive des parties du litige. La résolution même de ces litiges constitue une forme de réguler le marché. Par conséquent, la résolution de ces litiges est une fonction exclusive de l'État. Si l'on acceptait que la solution soit exclusivement privée, l'État renoncerait à ses prérogatives d'arbitrage et de régulation du marché », C.E.c. Section 1^{re} Sentence du 30 avril 2009, affaire n° 2004-00123 01, C.R. Rafael LAFONT

²⁵¹ « Ces trois exemples montrent l'efficacité de la procédure de règlement des différends. Dans les trois affaires, la saisine de l'Autorité a incité le défendeur à rechercher une solution amiable avec l'auteur de la saisine. Même si

missions dont elle est investie. Or, l'autorité administrative contentieuse ne doit pas refuser d'exercer sa fonction contentieuse par la voie unilatérale soit en considérant que sa décision doit nécessairement entériner un accord entre les parties, soit en exigeant, pour être saisie, l'accord entre les parties. L'autorité administrative renoncerait à sa compétence, par la voie de l'incompétence négative.

Conclusion du Chapitre

La dernière fonction contentieuse de l'administration place l'autorité administrative dans une situation proche de celle d'un juge qui décide des prétentions entre deux parties. Mais la comparaison s'arrête là. L'autorité administrative exerce la fonction administrative et décide le litige par la voie d'un acte administratif qui pourra être contrôlé par les juges.

La décision du litige entre administrés n'est pas, pour l'autorité administrative, sa fonction principale, la raison d'être de sa compétence. En décidant le litige, elle réalise les finalités de l'action administrative, notamment les missions de régulation qu'elle s'est vue confier. Ainsi, la décision contentieuse dépasse le cadre litigieux et devient un instrument de l'action administrative.

La question principale de la fonction de résolution des litiges entre administrés ne concerne pas sa nature contentieuse, mais sa légitimité. La réponse se fonde principalement sur un souci d'efficacité qui n'est pas nouveau dans l'action administrative. La détermination de la compétence contentieuse de l'administration pour décider des litiges entre particuliers se fonde sur les missions administratives et les implications du litige sur les intérêts publics, et non sur des raisons idéologiques. Néanmoins, l'argument de l'intérêt public présent dans le litige doit être utilisé avec prudence et contrôlé avec rigueur afin qu'il soit, à la fois, un critère de détermination de la compétence de l'autorité administrative en matière de résolution des litiges entre administrés et une véritable limite de celle-ci²⁵².

Le futur de la fonction contentieuse de résolution des litiges entre parties dépend, tout d'abord, de la compréhension théorique de cette fonction dans l'ensemble de l'activité contentieuse de l'administration. Ensuite, il tiendra à l'application que les autorités administratives feront de ces fonctions, en veillant à donner des réponses justes, de qualité, dans de bons délais, tout en respectant la pleine contradiction entre les parties. Enfin, le futur de cette fonction dépendra de la jurisprudence déterminant un bon équilibre entre les impératifs de souplesse et d'efficacité dont font part la jurisprudence relative au procès équitable et les garanties essentielles des parties du litige. La pratique française de l'accord

elles ne sont pas systématiques, de telles issues sont conformes à l'intention du législateur », La lettre de l'Autorité de régulation des télécommunications, 1^{er} janvier 2000, p. 12.

²⁵² Pendant la terreur, l'administration révolutionnaire avait élargi ses compétences contentieuses « sous prétexte de leurs liaisons avec des intérêts administratifs, de toutes sortes de questions d'état et de propriété, ainsi que de la validité et des effets des baux, de contrats privés, de vente, de donation, de testament, de servitude et d'autres matières régies de tout temps par le droit civil », Louis Marie DE CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, éd. Hérisant Le Doux, Paris, 1818, p. 19.

entre les parties sur un chronogramme du déroulement de la procédure contentieuse est un bon exemple de la conciliation entre la nécessité d'une fonction contentieuse performante et la garantie des droits des parties.

Conclusion du Titre

L'activité contentieuse de l'administration est para-juridictionnelle lorsque le litige qui est confié à la décision administrative aurait pu être attribué à une juridiction ; mais, des raisons différentes, notamment d'efficacité, ont justifié le recours à la fonction administrative. L'activité contentieuse est para-juridictionnelle dans le cas de la sanction administrative où l'autorité administrative engage une discussion avec la personne mise en cause, autour des griefs retenus et décide le contentieux par la décision de sanction ou d'exclusion de responsabilité. De même, l'activité contentieuse est para-juridictionnelle dans le cas où les autorités administratives décident des litiges entre administrés, concernés par sa mission administrative, suite à la saisine de l'une des parties du litige, c'est-à-dire sans besoin de l'accord des parties pour attribuer le litige à l'autorité administrative.

Affirmer que l'activité contentieuse est para-juridictionnelle n'insinue pas la supplantation du juge ou son remplacement transitoire. L'administration exerce les fonctions contentieuses para-juridictionnelles de façon ordinaire, dans le cadre de ses fonctions administratives. Les décisions administratives contentieuses peuvent être l'objet du contrôle juridictionnel. La compétence des juridictions est préservée, non seulement quant à la décision définitive des litiges, mais aussi en raison du caractère accessoire de l'activité contentieuse de l'administration. Ainsi, l'autorité administrative sanctionne en raison de sa fonction principale, comme un complément de celle-ci ou un instrument pour la réalisation de ses missions. De même, elle tranche des litiges entre des personnes objets de son action administrative, à la condition que ces litiges aient des conséquences sur l'intérêt général et sur les missions de l'autorité administrative. En revanche, les litiges entre ces personnes, intéressant exclusivement des parties privées, ne peuvent être décidés par l'administration qu'à la suite d'un accord sur l'attribution de la compétence arbitrale à l'administration.

Conclusion de la Seconde partie

L'identification de l'activité contentieuse de l'administration a pour finalité de mettre à l'épreuve la théorie générale de la fonction administrative de résolution des litiges. Sans l'exercice d'identification *in concreto*, les conclusions quant au domaine de l'activité contentieuse de l'administration seraient imprécises : l'administration exercerait la fonction contentieuse à chaque fois qu'elle est saisie d'un recours administratif, qu'elle sanctionne ou qu'elle départage deux administrés, alors que cela n'est pas automatique.

L'identification de l'activité contentieuse de l'administration suppose l'existence d'un contentieux avant l'adoption de la décision administrative et d'un contentieux après la décision administrative. Ce contentieux sans acte administratif est possible tant devant l'administration que devant la juridiction.

L'exercice d'identification exige la détermination des conditions pour l'exercice de la fonction administrative contentieuse :

- Premièrement, l'administration doit être portée à décider le litige, et non simplement à donner un avis. La décision doit concerner le fond du contentieux et, par conséquent, les décisions implicites ne permettent pas l'exercice de la fonction administrative contentieuse.

- Deuxièmement, la décision doit être unilatérale : l'administration exerce la fonction contentieuse quand elle tranche le litige. La résolution des litiges par la voie de la conciliation ne relève pas de l'activité contentieuse de l'administration.

- Troisièmement, l'administration doit trancher un contentieux qui se matérialise devant elle. Ainsi, en matière des recours administratifs, il est nécessaire que le recours contienne une véritable contestation de la régularité d'un acte administratif, qui soit examinée sérieusement par l'autorité administrative et décidée de façon expresse. Les recours fondés exclusivement sur l'opportunité de la décision et ceux décidés par le silence de l'administration n'ont pas une nature contentieuse. De même, les sanctions administratives n'ont une nature contentieuse que dans le cas où la personne mise en cause a la possibilité de contester les griefs retenus contre elle et que la défense de la personne inculpée est prise au sérieux par l'autorité administrative au moment de décider le litige. Ainsi, le litige entre deux particuliers se matérialise-t-il devant l'administration, lorsqu'un véritable débat contentieux est engagé devant l'administration qui tranche ce litige.

- Quatrièmement, l'administration doit résoudre le litige dans sa qualité administrative. Lorsqu'elle se voit attribuer de fonctions juridictionnelles, en droit colombien, ou quand elle est investie par les parties pour arbitrer le litige, la décision sera juridictionnelle, elle n'exercera pas la fonction administrative et, plus précisément, la fonction administrative contentieuse. L'activité contentieuse de l'administration ne concerne que la résolution non définitive des litiges, c'est-à-dire dépourvue d'effets de chose jugée.

L'identification de l'activité contentieuse est arrivée à un constat peu surprenant :

l'exercice de la fonction contentieuse s'accompagne du développement des garanties processuelles pour les administrés, transformant l'activité contentieuse de l'administration en une garantie, même pour les administrés.

Conclusion générale

Définir l'activité contentieuse de l'administration est un exercice qui touche aux contours mêmes du droit administratif, de l'action et des fonctions administratives et, plus largement, à la configuration du pouvoir public. Cette définition a affronté des difficultés liées aux préjugés théoriques et idéologiques dont celui de la vision classique de la séparation des pouvoirs. D'après l'interprétation classique de la séparation des pouvoirs, la juridiction est chargée exclusivement de la résolution des litiges. La définition de l'activité contentieuse de l'administration a pourtant démontré que la lutte contre l'arbitraire public ne passe pas par l'éparpillement du pouvoir ; mais, par la prévision de contrôles et de garanties pour les administrés. L'exercice multi-organique des fonctions du pouvoir public ne contredit pas les principes du droit public, mais, au contraire, réalise les finalités de l'action publique. La fonction contentieuse de l'administration est devenue une garantie des droits des administrés, contribuant ainsi à la réalisation plus large de l'État de droit.

Une autre difficulté de la définition de l'activité contentieuse de l'administration touche à l'impossibilité d'avoir recours à des catégories existantes. La notion de l'activité contentieuse de l'administration s'est avérée impossible dans la mesure où aucun des concepts déjà existants, en France comme en Colombie, relatifs aux fonctions administratives, à la procédure administrative et aux actes administratifs ne permettaient de donner une notion précise du phénomène. Certes, il est possible d'affirmer que l'administration exerce une fonction de justice lorsqu'elle tranche des litiges et, dès lors, la justice n'est pas réservée aux juridictions⁵⁵³⁸. Néanmoins, l'idée de justice est essentiellement vague⁵⁵³⁹ et elle ne permet pas de cerner la fonction administrative contentieuse : la justice ne se réalise pas seulement par la voie contentieuse et, par conséquent, tous les organes du pouvoir font part de la quête de justice. La fonction du juriste a dû, dès lors, dépasser la méthode habituelle de la notion⁵⁵⁴⁰ pour construire des concepts nouveaux relatifs à l'administration contentieuse : activité contentieuse de l'administration, fonction administrative de résolution des litiges, procédure administrative contentieuse non juridictionnelle, procès administratif non juridictionnel, décision administrative contentieuse, recours administratif contentieux, notamment.

Pour définir, c'est-à-dire pour préciser les limites de l'administration contentieuse, il

⁵⁵³⁸ « L'institutionnalisation de la fonction de justice n'exclut pas elle-même des formes ou des degrés différents », Jacques COMMAILLE, « Formes de justice », *Droits*, n° 34, 2001, p. 22.

⁵⁵³⁹ Il est étonnant, pour le moins, que la définition la plus répandue de la justice « à chacun selon son mérite », soit très proche de la formule allemande « *jedem das seine* », inscrite à l'entrée du camp de concentration de Buchenwald.

⁵⁵⁴⁰ « Je conclus cette étude comme je l'ai commencé en disant que, sans doute, le rôle du juriste est de faire rentrer les actes et les situations d'ordre juridique dans des catégories aux lignes fixes ; mais, (...) la catégorie du contrat est trop étroite et trop rigide pour renfermer les actes et les situations qui se rattachent au fonctionnement des services publics », Léon DUGUIT, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, p. 284.

a été nécessaire, à plusieurs reprises, de dépasser le cadre de l'administration et de la fonction administrative pour préciser, notamment, la définition de la juridiction et de la fonction qu'elle exerce. La juridiction a été définie à partir d'un critère formel, lié à la qualification expresse donnée par une norme ou à la reconnaissance de cette nature par une décision juridictionnelle. La fonction juridictionnelle ne saurait être définie à partir de la résolution des litiges, dans la mesure où la fonction contentieuse n'est pas exclusivement juridictionnelle. La fonction juridictionnelle est caractérisée par la chose jugée dont ne jouissent pas les actes administratifs. Dès lors, la différence essentielle entre les recours administratifs et les recours ou actions juridictionnelles consiste en l'organe qui décide le contentieux, ainsi qu'en l'effet de cette décision. Ce même critère différencie la sanction administrative de la sanction pénale. De même, les terrains de la juridiction ont dû être parcourus afin de démontrer que l'existence d'un acte administratif n'est nécessaire pour l'engagement d'un contentieux ni devant le juge ni devant l'administration. La règle de la décision préalable a dû ainsi être démystifiée, permettant de reconnaître qu'avant l'adoption d'une première décision administrative, un contentieux peut être engagé devant l'administration qui sera portée à le trancher. La fixation des limites de l'activité contentieuse de l'administration a exigé, aussi, l'identification des limites internes, référées exclusivement à l'administration. C'est dans cette cet exercice que les conditions d'identification de l'activité contentieuse de l'administration, à l'intérieur de l'action administrative, ont été précisées : l'activité contentieuse de l'administration requiert l'existence d'un contentieux se matérialisant devant l'administration par une contestation ou par une opposition de prétentions, portée à la décision unilatérale de l'administration qui, par conséquent, n'a pas des effets de chose jugée.

S'il a été dénoncé avec raison que la vision exclusivement contentieuse de l'administration donnait une vision assez étroite et déformante de la réalité administrative⁵⁵⁴¹, alors qu'on considérait que le contentieux était exclusivement celui porté au juge, l'étude de l'activité contentieuse de l'administration a permis de donner une vision quelque peu moins incomplète et moins déformée des administrations française et colombienne et de leurs fonctions. Or, plus largement, la définition de l'activité contentieuse de l'administration permet une vision différente du droit tout entier : défini comme un instrument pour la prévention et la résolution des conflits dans la société⁵⁵⁴², il est possible de préciser que cette fonction du droit, relative à la résolution des conflits n'est pas réservée aux juges.

L'activité contentieuse de l'administration a un long chemin à parcourir : pour être acceptée, il ne suffit pas qu'elle soit comprise, qu'elle soit expliquée au sein du droit

⁵⁵⁴¹ « (...) la prise de vue qu'offre, sur la réalité administrative, le seul contentieux, source principale de la réflexion juridique en France, est singulièrement étroite, et déformante (...) Une matière sans contentieux risque fort de demeurer, pour la science du droit administratif, terre inconnue », Jean RIVERO, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *A.J.D.A.* 1966, p. 155.

⁵⁵⁴² « (...) la première vocation du droit est d'aplanir les conflits sociaux (...) C'est pourquoi les juristes sont souvent des sociologues sans le savoir », Georges GURVITCH, « Problèmes de sociologie du droit », in *Traité de sociologie*, t. II, P.U.F., Paris, 1960, p. 173.

administratif, qu'elle soit encadrée, qu'elle soit justifiée ; il est impératif que des garanties pour l'administré soient mises en place, tout en veillant à la préservation de la souplesse comme un atout de la résolution administrative des litiges. La généralisation du droit d'être entendu en matière de recours administratifs, la prévision de conséquences juridiques pour l'absence d'examen sérieux du recours, la lutte contre le silence de l'administration, la prévision expresse du droit à la preuve en matière de sanctions, notamment, sont des réformes à attendre pour la consolidation d'une fonction administrative qui était, jusqu'à présent, aussi injustement critiquée qu'injustement ignorée.

Bibliographie

I. Ouvrages

A. Droit et institutions françaises

1. XIXe siècle et auparavant

- APPLETON, Jean, *La séparation de l'administration active et de la juridiction administrative*, Albert Fontemoing éd., Paris, 1898.
- AUCOC, Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école impériale des ponts et chaussées*, t. I, Dunod, Paris, 1869.
- BATBIE, Anselme Polycarpe, *Traité théorique et pratique du droit public et administratif*, t V, 2^e éd, Larose et forcel, Paris, 1885.
- BENTHAM, Jérémie et Étienne DUMONT, *Tactique des assemblées législatives, suivi du Traité des sophismes politiques*, t. II, 2^e éd, Bossange frères, Paris, 1822.
- BERRIAT SAINT-PRIX, Félix, *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836.
- BOUCHENE-LEFER, Adèle-Gabriel-Denis, *Principes et notions élémentaires pratiques, didactiques et historiques du droit public administratif, ou Précis de l'organisation politique et administrative de la France de 1789 à ce jour*, Cosse et Marchal, Paris, 1862.
- CORMENIN (de), Louis Marie, *Droit administratif*, 5^e éd., t. II, Gustave Thorel, Paris, 1840.
- CORMENIN (de), Louis Marie, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, éd. Hérisant Le Doux, Paris, 1818.
- CHAUVEAU, Adolphe, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, t. I, Cotillon, Paris, 1841.
- DALLOZ, Désiré et Armand DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 34, éd. Jurisprudence générale, Paris, 1865.
- DARESTE, Antoine, *Études sur les origines du contentieux administratif en France*, Auguste Durand, Paris, 1855.
- DUCROCQ, Théophile, *Cours de Droit administratif*, 1^{ère} éd. Auguste Durand Libraire-éditeur, Paris, 1862.
- DUCROCQ, Théophile, *Cours de Droit administratif*, 5^e éd. t. I, Ernest Thorin, Paris, 1877.
- DUCROCQ, Théophile, *Cours de Droit administratif*, t. I, 4^e éd. Ernest Thorin, Paris, 1874.
- FOUCAIT, Emile-Victor, *Éléments de droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du Droit public positif avec l'indication des lois à l'appui*, 3^e éd. t. I, Videcoq, Paris, 1843.
- FUZIER-HERMAN, Edouard, *La séparation des pouvoirs*, Librairie de A. Maresq Aîné, Paris, 1880.
- GERANDO (de), *Institutes du Droit administratif français ou éléments du code administratif*, t. I, 2^e éd. Nêve, Paris, 1842.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 3^e éd. Larose, Paris, 1896.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif*, 2^e éd, L. Larose et Forcel, Paris, 1893.

- HENRION de PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas, *De l'autorité judiciaire en France*, Théophile Barrois, Paris, 1827.
- HENRION de PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas, *De l'Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Théophile Barrois, Paris, 1810.
- JACQUELIN, René, *Les principes dominants du contentieux administratif*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1899.
- JOUSSERANDOT, Louis, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, A. Marescq Ainé, Paris, 1878.
- LAFERRIERE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et du contentieux administratif*, 2^e éd., Berger-Levrault, Paris, 1896.
- Le BRET, Cardin, *De la souveraineté*, IX, I éd. J. Quesnel, Paris, 1635.
- Louis XIV, *Mémoires pour l'instruction du dauphin, mémoires pour l'année 1661*, éd. de Pierre Gaubert, Paris, 1992.
- MACAREL, Louis-Antoine, *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, 1^{ère} partie, t. II, Gustave Thorel, Paris, 1844.
- MACAREL, Louis-Antoine, *Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, J.-P. RORET, Paris, 1828.
- MACAREL, Louis-Antoine, *Éléments de jurisprudence administrative extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse*, 2 vol., t.1, Dondey-Dupré, Paris, 1818.
- MERLIN, Philippe Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd. vol. 9, J.P Robert, Paris, 1828.
- MESTRE, Achille, *Du principe en vertu duquel l'administration seule est compétente pour déclarer l'État débiteur*, Berger-Levrault, Paris, 1899.
- MEYER, Jonas Daniel, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. IV, éd. Mme Vve. LEPETIT, Paris, 1820.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éditions confluentes, Bordeaux, 1999.
- SAINT-GIRONS, Antoine, *Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Larose, Paris, 1881.
- SIREY, Jean-Baptiste, *Le Conseil d'État selon la charte constitutionnelle*, imprimerie de Mme. Veuve AGASSE, Paris, 1818.
- SERRIGNY, Denis, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapport avec le droit civil*, t. III, 2^e éd. Durand, Paris, 1865.
- TROLLEY, Alfred, *Traité de la hiérarchie administrative*, t. I, G. Thorel, Paris, 1844.

2. XXe-XXIe siècles

- ALBERT, Raphaël, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926.
- AMBRA (d'), Dominique, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, coll. Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., Paris, 1994.
- ANTOINE, Aurélien, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, L.G.D.J., Paris, 2009.
- APPLETON, Jean, *Traité élémentaire du Contentieux Administratif*, Dalloz, Paris, 1927.
- ARNAUD, Pierre, *Les Commissions administratives à caractère juridictionnel*, Thèse Université de Paris, Imprimerie Artistique Moderne, Paris, 1938.
- AUBY, Jean-Marie et al., *Droit de la fonction publique*, 6^e éd., Dalloz, Paris, 2009.
- AUBY, Jean-Marie et Jean-Bernard AUBY, *Institutions administratives*, 6^e éd. Précis Dalloz, Paris, 1991.
- AUBY, Jean-Marie et Jean-Bernard AUBY, *Institutions administratives*, 6^e éd. Dalloz, Paris, 1991.
- AUBY, Jean-Marie et Robert DUCOS-ADER, *Institutions administratives*, Dalloz, Paris, 1996.
- AUBY, Jean-Marie et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 1984.
- AUBY, Jean-Marie et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 2, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 1984.
- AUBY, Jean-Marie et Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Litec, Paris, 1992.

- AUTIN, Jean-Louis et Catherine RIBOT, *Droit administratif général*, 5^e éd. Litec, Paris, 2007.
- BARTHELEMY, Joseph, et Paul DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933, réimpression Economica, Collection « classiques », Paris, 1985.
- BENOIT Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968.
- BERGOIGNAN-ESPER, Claudine, *La séparation des fonctions de justice répressive*, P.U.F., Paris, 1973.
- BERN, Philippe, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, L.G.D.J. 1972.
- BERTHELEMY, Henri, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4^e éd., Arthur Rousseau, Paris, 1906.
- BIGOT, Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, P.U.F., Paris, 2002.
- BIGOT, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, L.G.D.J., Paris, 1999.
- BONNARD, Roger, *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, Thèse, Bordeaux, 1903.
- BONNARD, Roger, *Le contrôle juridictionnel de l'administration, étude de droit administratif comparé*, éditions Delagrave, Paris, 1934, réimpression Dalloz, Paris, 2006.
- BONNARD, Roger, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 1943.
- BOUCOBZA, Isabel, *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, Dalloz, Paris, 2005.
- BOURRICAUD, François, *Esquisse d'une théorie de l'autorité*, 2^e éd., Plon, Paris, 1970.
- BRACONNIER, Stéphane, *Droit des services publics*, 2^e éd. P.U.F., Paris, 2007.
- BRAIBANT, Guy et Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^e éd. Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005.
- BRAIBANT, Guy, Celine WIENER et Nicole QUESTIAUX, *Le Contrôle de l'administration et la protection des citoyens : étude comparative*, éd. Cujas, Paris 1973.
- BREEN, Emmanuel, *Gouverner et punir*, P.U.F., Paris, 2003.
- BRISSON, Jean-François, *Les recours administratifs en Droit public français, contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel*, thèse, Bibliothèque de droit public t. 185, L.G.D.J., Paris, 1996.
- BURDEAU, François, *Histoire du droit administratif*, P.U.F., Paris, 1995.
- BURDEAU, Georges, *Les libertés publiques*, 2^e éd., L.G.D.J. Paris, 1961.
- CAILLOSE, Jacques, *Introduire au droit*, 3^e éd. Montchrestien, Paris, 1998.
- CALANDRI, Laurence, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, t.259, L.G.D.J. Paris, 2008.
- CANAC, René, *Des réclamations en matière de contributions directes*, Éditions et publications contemporaines Pierre Bossuet, Paris, 1929.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil, Introduction*, 18^e éd. P.U.F., Paris, 1998.
- CARBONNIER, Jean, *Flexible droit*, 10^e éd. L.G.D.J., Paris, 2001.
- CARCASSONNE, Guy, *La Constitution*, 10^e éd., Éditions du Seuil, Paris, 2011.
- CARRE de MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. I., Sirey, Paris, 1920, p. 346. Réimp. Dalloz, 2004 en un seul tome.
- CARRE de MALBERG, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Sirey, Paris, 1922.
- CASTAGNEDE, Bernard, *La répartition des compétences juridictionnelles en matière fiscale*, Thèse (dact.), Paris I, 1972, vol I.
- CHABANOL, Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, 8^e éd., Litec, Paris, 2009.
- CHABAS, Jean, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Sirey, Paris, 1931.
- CHAPUS, René, *Droit administratif général*, t. I, 15^e éd. Montchrestien, Paris, 2001.
- CHAPUS, René, *Droit du Contentieux Administratif*, 13^e éd. Montchrestien, Paris, 2008.
- CHEVALLIER, Jacques, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J., Paris, 1970.
- CHEVALLIER, Jacques, *Le service public*, 8^e éd., P.U.F., Paris, 2010.
- CHEVALLIER, Jacques, *Science administrative*, 3^e éd. P.U.F. Paris, 2002.
- CHIAVERINI, Philippe et Denis MARDESSON, *Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel*, Paris, L.G.D.J., 1996.
- CIAUDO, Alexandre, *L'irrecevabilité en contentieux administratif français*, L'Harmattan, Paris, 2009.
- CIUPA, Isabelle, *L'interconnexion dans les télécommunications : le concept d'O.N.P. comme outil d'une régulation concurrentielle*, Presses Universitaires du Septentrion, 1997.
- COLLIARD, Claude-Albert, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 1959.

- CONSEIL D'ÉTAT, *L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social*, étude de la Section du rapport et des études, Doc. fr., E.D.C.E. 2004.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, Études et documents n° 52, La documentation française, Paris, 2001.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, Les études du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 1995.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Les études du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 2008.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Régler autrement les conflits : Conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, étude de la Section du rapport et des études, La documentation française, Paris, 1993.
- CORAIL (de), Jean-Louis, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1954.
- CORNU, Gérard (dir), *Vocabulaire juridique (Association H. Capitant)*, P.U.F., 9^e éd. 2011.
CORNU, Gérard et Jean FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd. P.U.F., Paris, 1996.
- COSTA, Delphine, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Bibliothèque de Droit public, t. 210, L.G.D.J., Paris, 2000.
- COUCHEZ, Gérard, *Procédure civile*, 15^e éd. Sirey, Paris, 2008.
- CROUZATIER-DURAND, Florence, *La fin de l'acte administratif unilatéral*, L'Harmattan, Paris, 2003.
- DEBBASCH, Charles et FREDERIC COLIN, *Droit administratif*, 10^e éd. Economica, Paris, 2011.
- DEBBASCH, Charles et Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, 7^e éd. Dalloz, Paris, 1999.
- DEBBASCH, Charles, *Procédure administrative contentieuse et procédure civile*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1962.
- DEGOFFE, Michel, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris, 2000.
- DEGOFFE, Michel, *La juridiction administrative spécialisée*, Bibliothèque de droit public, t. 186, L.G.D.J., Paris, 1996.
- DELAUNAY, Bénédicte, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés. Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Bibliothèque de droit public, t. 172, L.G.D.J., Paris, 1993.
- DELLIS, Georges, *Droit pénal et droit administratif*, Bibliothèque de droit public t. 184, L.G.D.J., Paris, 1997.
- DELMAS-MARTY, Mireille et Catherine TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? de la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, Paris, 1992.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, Paris, 1983, p. 88.
- DELVOLVE, Pierre, *L'Acte administratif*, Sirey, Paris, 1983.
- DEMICHEL, André, *Droit administratif. Essai de réflexion théorique*, L.G.D.J., Paris, 1978.
- DESCHEEMAER, Christian, *La Cour des comptes*, La Documentation française, Paris, 1992.
- DI MALTA, Pierre, *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*, L.G.D.J., Paris, 1961.
- DI MANNO, Thierry, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997.
- DOUËB, Frédéric, *Les sanctions pécuniaires des autorités administratives*, thèse (dact.) Université de Paris II, 2003.
- DREAN-RIVETTE, Isabelle, *La personnalisation de la peine dans le code pénal*, L'Harmattan, Paris, 2005.
- DU BOIS de GAUDUSSON, Jean, *L'usager du service public administratif*, L.G.D.J. Paris, 1974.
- DUBOIS, Louis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, L.G.D.J., Paris, 1962.
- DUEZ, Paul et Guy DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz, Paris, 1952.
- DUGUIT, Léon, *Las transformaciones del derecho público*, trad. Adolfo POSADA et Ramón JAEN, éd. Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, Madrid, 1913.
- DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, 3^e éd. E. de Boccard, Paris, 1928.
- DUPUIS, Georges, Marie-José GUEDON et Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 12^e éd. Sirey, Paris, 2011.
- ÉGEA, Vincent, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, Deffrénois, Paris, 2010.
- EISENMANN, Charles, *Cours de Droit administratif*, t. I, L.G.D.J. Paris, 1982.
- EISENMANN, Charles, *Cours de Droit administratif*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1983.

- EMMANUELLI, François-Xavier, *Un mythe de l'absolutisme bourbonien : l'intendance, du milieu du XVII^{ème} siècle à la fin du XVIII^{ème} siècle, (France, Espagne, Amérique)*, Université de Provence, Aix-En-Provence, 1981.
- ESMEIN, Adhémar, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd. t. I, Sirey, Paris, 1927.
- ESPLUGAS, Pierre, *Conseil constitutionnel et service public*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 80, L.G.D.J., Paris, 1994.
- FAVOREU, Louis et LOÏC PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd. Dalloz, 2009.
- FAVOREU, Louis, LOÏC PHILIP et al. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 14^e éd. Dalloz, 2007.
- FAVROLLE, Ingrid, *Les aspects de la déjudiciarisation : remettre le juge au cœur de son activité juridictionnelle*, mémoire Master 2, Université Panthéon-Assas, 2009.
- FORGES (de), Jean-Michel, *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1991.
- FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, Paris, 2003.
- FRICERO, Natalie, *L'essentiel de la procédure civile*, 4^e éd., Gualino, Paris, 2006.
- FRIER, Pierre-Laurent et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 6^e éd. Montchrestien, Paris, 2010.
- FRILEUX, René, *La question de la suppression de la justice administrative*, thèse, éd. Jouve, Paris, 1903.
- GABOLDE, Christian, *Traité pratique de la procédure contentieuse administrative*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1974.
- GAILLARD, Claude, *Rapport de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi de réglementation des télécommunications*, n° 2698, 30 avril 1996 et Rapport n°2750.
- GARE, Thierry et Catherine GINESTET, *Droit pénal, procédure pénale*, 4^e éd. Dalloz, Paris, 2006.
- GAUDEMET, Yves, *Droit administratif*, 18^e éd. L.G.D.J. 2005.
- GAUDEMET, Yves, *Les méthodes du juge administratif*, Bibliothèque de droit public, t. CVIII, L.G.D.J., Paris, 1972.
- GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*, t. 1, 16^e éd., L.G.D.J. Paris, 2001.
- GELARD, Patrice, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) déposé le 15 juin 2006.
- GENTOT, Michel, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1994.
- GILLI, Jean-Paul, *La cause juridique de la demande en justice*, L.G.D.J. Paris, 1962.
- GJIDARA, Marc, *La fonction administrative contentieuse – étude de science administrative -*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1972.
- GOHIN Olivier, *Institutions administratives*, 5^e éd., L.G.D.J. Paris, 2006.
- GOHIN, Olivier, *Contentieux administratif*, 6^e éd. Litec, Paris, 2009.
- GOHIN, Olivier, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Bibliothèque de droit public, t. 151, L.G.D.J. Paris, 1988.
- GOUBERT, Pierre, *L'Ancien Régime : les pouvoirs*, Armand Colin, Paris, 1979.
- GUEDON, Marie-José, *Les autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J., 1991.
- GUGLIELMI, Gilles, *La notion d'administration publique dans la théorie française. De la révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, L.G.D.J., Paris, 1991.
- GUINCHARD, Serge et al., *Procédure civile*, Hyper cours, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2011.
- GUINCHARD, Serge et al., *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e éd., Dalloz, Paris, 2010.
- GUINCHARD, Serge et al, *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2005.
- GUINCHARD, Serge, Frédérique FERRAND et Cécile CHAINAIS, *Procédure civile*, 29^e éd., Dalloz, Paris, 2008.
- GUINCHARD, Serge, Frédérique FERRAND et Cécile CHAINAIS, *Procédure civile*, 30^e éd., Dalloz, Paris, 2010.
- GUYOMAR, Mattias et Bertrand SEILLER, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2010.
- HAROUEL, Jean-Louis et al., *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, 11^e éd. P.U.F., Paris, 2006.
- HAURIOU, Maurice, *Les éléments du contentieux*, Extr. du *Rec. De lég. de Toulouse*, Ed. Privat, 1905.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Sirey, 1933, réimpression Dalloz, Paris, 2002.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public, à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat ès sciences politiques*, Sirey, Paris, 1914.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Larose, Paris, 1901.
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif*, 8^e éd. Larose, Paris, 1914, p. 444.

- IDOUX, Pascale, *La contradiction en Droit administratif français*, Collection thèses t. II, Université de Montpellier I, 2005.
- ISAAC, Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, Bibliothèque de droit public, t. 79, L.G.D.J., Paris, 1968.
- JAPIOT, René, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Arthur Rousseau, Paris, 1916.
- JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I. 3^e éd. Paris 1925, Réimpression, Dalloz, 2005.
- JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, Berger-Levrault, Paris et Nancy, 1904.
- JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III : *Le fonctionnement des services publics*, 3^e éd., Marcel GIARD, Paris, 1926, réimpression Dalloz, Paris, 2009.
- JEZE, Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, théorie générale des contrats de l'administration, III^e partie, 3^e éd., Paris, 1936.
- JUGAULT, Joseph, *De la liaison du contentieux. Essai sur la genèse de l'acte juridictionnel*, thèse dact. Université de Rennes, 1969.
- JULIEN, Pierre et Natalie FRICERO, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 2009.
- KONDYLIS, Vassilios, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, t. 168, Paris, 1994.
- LABAYLE, Joseph, *La décision préalable, condition de formation du contentieux administratif*, thèse, Arthur Rousseau éd., Paris, 1907.
- LADREIT de LACHARRIERE, René, *Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle*, Sirey, Paris, 1937.
- LAFERRIERE, Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, Berger-Levrault, Paris, 1887, réimpression L.G.D.J., Paris, 1989.
- LASSERRE, Bruno et al., *La transparence administrative*, P.U.F., Paris, 1987.
- LAUBADERE (de) André, Franck MODERNE et Pierre DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, 2^e éd., L.G.D.J. Paris, 1984.
- LAUBADERE (de), André, *Cours de Droit constitutionnel et d'institutions politiques – Licence 1^{ère} année*, Les cours de droit, Paris, 1955-1956.
- LAUBADERE (de), André, *Traité de droit administratif*, 6^e éd., L.G.D.J., Paris, 1973.
- LAUCHAME, Jean-François, Claudie BOITEAU et Hélène PAULIAT, *Droit des services publics*, 2^e éd. Armand Colin, Paris, 2004.
- LAVIALLE, Christian, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1974.
- LEBRETON, Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8^e éd., Sirey, Paris, 2009.
- LEBRETON, Gilles, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand Colin, Paris, 1995.
- LEFONDRE, Michel, *Recherches sur les sanctions administratives et leur nature juridique*, thèse Caen, 1973.
- LEGENDRE, Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, P.U.F. Paris, 1968.
- LEGRAND, André, *L'Ombudsman scandinave – études comparés sur le contrôle de l'administration*, L.G.D.J., Paris, 1970.
- LEMAIRE, André, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien Régime*, thèse Droit, Paris, 1907.
- LOMBARD, Martine (Dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2006.
- LOMBARD, Martine et Gilles DUMONT, *Droit administratif*, 6^e éd. Dalloz, Paris, 2005.
- LOMBARD, Martine et Gilles DUMONT, *Droit administratif*, 9^e éd., Dalloz, Paris, 2011.
- LOTH, René, *L'autorité de la chose jugée en matière administrative*, thèse, éd. Camille Robbe, Lille, 1911.
- MAGNET, Jacques, *La Cour des comptes – les institutions associées et les chambres régionales de comptes*, 4^e éd. Berger-Levrault, Paris, 1996.
- MARIE, Léon, *Le droit positif et la juridiction administrative*, t. II, Chevalier-Maresq, Paris, 1903.
- MARKUS, Jean-Paul, *Les juridictions ordinaires*, L.G.D.J., Paris, 2003.
- MAUBERNARD, Christophe, *Le rôle du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État à la lumière de la "théorie des apparences" », R.D.P. 2001.*
- MAZEAUD, Pierre, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La documentation française, Paris, 2008.

- MELLERAY, Fabrice, *Droit de la fonction publique*, 2^e éd., Economica, Paris, 2010.
- MESTRE, Jean.-Louis, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, L.G.D.J., Paris, 1976.
- MESTRE, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, P.U.F., Paris, 1985.
- METTOUDI, Robert, *Les fonctions quasi-juridictionnelles de l'autorité de régulation des télécommunications*, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2004, in <http://mettoudilaw.com/wp-content/uploads/2010/01/Th%C3%A8se-2-septembre-2004.pdf>, consulté le 4 mai 2011.
- MICHAUD, Yves, *Qu'est-ce que la culture?*, Odile Jacob, Paris, 2001.
- MICHAUD, Yves, *Violence et politique*, Gallimard, Paris, 1978.
- MINDU, Patrick, *La règle de la décision administrative préalable*, thèse dact., Université de Rennes, 1977.
- MINAUDIER, Jean-Pierre, *Histoire de la Colombie. De la conquête à nos jours*, L'Harmattan, Paris, 1997.
- MODERNE, Franck, *Recherche sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, thèse (dact.) Université de Bordeaux IV, 1960.
- MODERNE, Frank, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle, Contribution à l'étude du jus puniendi de l'État dans les démocraties contemporaines*, Economica, Paris, 1993.
- MOLLINET, Prosper, *Le pouvoir hiérarchique*, V. Giard & E. Brière, Paris, 1909.
- MOREAU, Jacques, *Droit administratif*, P.U.F., Paris, 1989.
- MOREL, André, *La juridiction des administrateurs actifs*, thèse, Giard et Brière, Paris, 1904.
- MORÓN, Juan, *Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, Bibliothèque de droit public, t. 75, L.G.D.J., Paris, 1967.
- MUNCH, Jean-Pierre, *La sanction administrative*, thèse soutenue le 17 mai 1947 à la Faculté de droit de l'Université de Paris, (dact.).
- MUSCAT, Hélène, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, L'Harmattan, Paris, 2001.
- NEZARD, Henri, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Rousseau, Paris, 1903.
- NIETO, Luis, *L'interpretación de las normas jurídicas*, ediciones Tiempo Presente, Bogota, 1976.
- NIGRO, Mario, *La decisione amministrativa*, 2^e éd. Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1953.
- NOURY, Arnaud, *Les alternatives au règlement par les juridictions étatiques des litiges intéressant l'administration*, étude sous la direction scientifique du professeur Gérard MARCOU, Université Lille 2, avril 2001.
- OBERDOFF, Henri, *Les institutions administratives*, 5^e éd. Sirey, Paris, 2006.
- ODENT, Bruno et Didier TRUCHET, *La justice Administrative, Que sais-je ?*, P.U.F., Paris, 2004.
- ODENT, Raymond, *Contentieux administratif*, t. I., rééd. Des cours de droit, Dalloz, Paris, 2007.
- OLIVIER-MARTIN, François, *L'absolutisme français. Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, L.G.D.J., Paris, 1997.
- OPPETIT, Bruno, *Droit et modernité*, coll. Doctrine juridique, P.U.F., Paris, 1998.
- PACTEAU, Bernard, *Contentieux administratif*, 6^e éd. P.U.F., Paris, 2002.
- PACTEAU, Bernard, *Contentieux administratif*, 7^e éd., P.U.F., Paris, 2005.
- PACTEAU, Bernard, *Traité du Contentieux administratif*, P.U.F., Paris, 2008.
- PAGES, Georges, *La monarchie d'ancien régime en France*, Armand Colin, Paris, 1946.
- PEISER, Gustave, *Le Recours en cassation en droit administratif français : Évolution et régime actuel*, Thèse Nancy, Impr. Saint-Martin, Metz, 1957.
- PERRIN, Alix, *L'injonction en droit public français*, éditions Panthéon-Assas, Paris, 2009.
- PETIT, Serge, *Le contentieux judiciaire de l'administration*, Berger-Levrault, Paris, 1993.
- PICARD, Étienne, *La notion de police administrative*, Bibliothèque de droit public, t. CXLVI, L.G.D.J., Paris, 1984.
- PLANTEY, Alain, *La fonction publique, traité général*, 2^e éd., Litec, Paris, 2001.
- PLANTEY, Alain, *Traité pratique de la fonction publique*, t. I, 3^e éd., L.G.D.J., Paris, 1971.
- PRELOT, Marcel et Jean BOULOIS, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 2^e éd. Dalloz, Paris, 1987.
- PREVEDOUROU, Eugénie, *Les recours administratifs obligatoires : étude comparée des droits allemand et français*, L.G.D.J., Paris, 1996.
- RENUCCI, Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., Bogota, 2010.

- RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 6^e éd. L.G.D.J. Paris, 2008.
- RIVERO, Jean, *Droit administratif*, 2^e éd. Dalloz, Paris, 1962.
- RIVERO, Jean, *Les libertés publiques*, t. 1, 8^e éd., P.U.F., Paris, 1997.
- RIVERO, Jean, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, thèse, Sirey, Paris, 1934.
- ROLAND, Henri et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd. Litec, Paris, 1999.
- ROLLAND, Louis, *Droit administratif*, 11^e éd. Paris, 1957.
- ROLLAND, Louis, *Précis de Droit administratif*, 11^e éd. Dalloz, Paris, 1957.
- ROUQUETTE, Rémi, *Petit traité du procès administratif*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 2010.
- SANDEVOIR, Pierre, *Études sur le recours de pleine juridiction*, L.G.D.J., Paris, 1964.
- SAUGEY, Bernard, Rapport n° 20 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi, ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, in <http://www.senat.fr/rap/110-020-1/110-020-11.pdf>
- SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard, *L'autorité de la chose décidée*, thèse, L.G.D.J., Paris, 1969.
- SEILLER, Bertrand, *Droit administratif*, t. 1, 3^e éd., Flammarion, Paris, 2010.
- SEILLER, Bertrand, *Droit administratif*, t. 2, 4^e éd., Flammarion, Paris, 2011.
- SOLEIL, Sylvain, *Introduction historique aux institutions. IV^e-XVIII^e siècle*, Flammarion, Paris, 2002.
- SORIANO, José, *Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y Alemania, Temas de derecho público*, n°35, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1994.
- STASSINOPOULOS, Michel, *Traité des actes administratifs*, collection de l'institut français d'Athènes, n° 82, Athènes, 1954.
- SUDRE, Frédéric et al., *Les grandes arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, P.U.F., 2003.
- SUDRE, Frédéric et Caroline PICHÉRAL (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation Française, Paris, 2003.
- SUDRE, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., P.U.F., Paris, 2011.
- SUEUR, Philippe, *Histoire du droit public français XVe-XVIII^e siècle*, t. 2, P.U.F., 1989.
- TEITGEN-COLLY, Catherine, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, Paris, 1981.
- TERNEYRE, Philippe, *Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs*, E.D.C.E. 1988.
- THIREAU, Jean-Louis, *Les idées politiques de Louis XIV*, P.U.F., Paris, 1973.
- THOMASSET-PIERRE, Sylvie, *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, L.G.D.J., Paris, 2003.
- TROPER, Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., Paris, 1980.
- TRUCHET, Didier, *Droit administratif*, 4^e éd. P.U.F., Paris, 2011.
- VEDEL, Georges et Pierre DELVOLVE, *Droit administratif*, 9^e éd. P.U.F., Paris, 1984.
- VEDEL, Georges et Pierre DELVOLVE, *Droit administratif*, t. 2, 12^e éd. P.U.F., Paris, 1992.
- VEDEL, Georges et Pierre DELVOLVE, *Le système français de protection des administrés contre l'administration*, Sirey, Paris, 1991.
- VEDEL, Georges, *Précis de Droit Administratif*, Dalloz, 3^e éd 1965 p. 423.
- VENEZIA, Jean-Claude, *Le pouvoir discrétionnaire*, L.G.D.J., 1959.
- VERDEAUX, Cécile, *Les autorités administratives indépendantes à caractère économique et financier sont-elles des juridictions ?*, Mémoire du Master 2 recherche Justice et droit du procès, Université de Paris II, 2007-2008.
- VINCENT, Jean et al., *Institutions judiciaires*, 7^e éd., Dalloz, 2003.
- VIVIEN, Auguste, *Études administratives*, 3^e éd. t. I, Guillaumin, Paris, 1859, réimpression Cujas, Paris, 1974.
- WALINE, Jean, *Droit administratif*, 22^e éd. Dalloz, Paris, 2008.
- WALINE, Marcel, *Droit administratif*, 8^e éd., Sirey, Paris, 1959.
- WALINE, Marcel, *Droit administratif*, 9^e éd. Sirey, Paris, 1963.
- WALINE, Marcel, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1969.
- WEIDENFELD, Katia, *Histoire du droit administratif. Du XIV^e siècle à nos jours*, Economica, Paris, 2010.
- WEIDENFELD, Katia, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e – XV^e siècles)*, thèse, Paris II, De Boccard, Paris, 2001.

B. Droit et institutions colombiennes

- ACERO, Luis, *La creación judicial del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2000.
- ACERO, Luis, *Teoría aplicada de la jurisdicción : estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004.
- ACOSTA, Paola, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Temas de derecho público, n° 77, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007.
- AYALA, Jorge, *Elementos de Derecho administrativo General*, éd. Doctrina y Ley, Bogota, 1999.
- BENAVIDES, José-Luis, *El contrato estatal: entre el derecho público y el privado*, 2^e éd. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004.
- BETANCUR, Carlos, *Antecedentes del Código contencioso administrativo*, t. I, éd. Banco de la República, Bogota, 1985.
- BETANCOURT, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, 4^e éd. Señal Editora, Bogota, 1999.
- BETANCUR, Carlos, *Derecho Procesal Administrativo*, 5^e éd. Señal editora, Bogota, Medellín, 2000.
- BERTRAND, Jean Toussaint, *Histoire de l'Amérique espagnole. Depuis les origines jusqu'à nos jours*, t. I, éditions Spes, Paris, 1928.
- CAÑÓN, Yolanda, *Funciones jurisdiccionales de la superintendencia de industria y comercio*, thèse Université du Rosario (dact.), Bogota, 2002.
- CARDONA, Pedro, *Manual de Derecho procesal civil*, t. I, 4^e éd. Leyer, Bogota, 2003.
- CARVAJAL, Bernardo, *Le principe de dignité de la personne humaine en droit public colombien et français*, thèse soutenue à l'Université de Paris I, le 6 juin 2011.
- CASTRO, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2^e éd. éd. Argra, Bogota, 1950.
- CELY, Adriana, *Les fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés - Étude franco-colombienne*, thèse soutenue à l'Université de Paris II, le 15 mars 2011, thèse publiée chez les Éditions universitaires européennes en oct. 2011.
- CORTIÑAS, León, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, 3^e éd. éd. Temis, Bogota, 2003.
- CRUZ, Horacio et Juan NAIZIR, *El Código de Procedimiento Civil a la luz de la Constitución Política*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2006.
- DEVIS, Hernando, *Tratado de Derecho Procesal civil*, Partie générale, t. I, Temis, Bogotá, 1961.
- DEVIS, Hernando, *Compendio de derecho procesal civil*, partie générale, Temis, Bogota, 1963.
- DEVIS, Hernando, *Nociones generales de Derecho procesal civil*, Aguilar, Bogota, 1966.
- DUARTE, Harlem et al., *Efectos de la asignación de funciones jurisdiccionales a las superintendencias*, Monographie de formation continue, Université du Rosario, Bogota, 2002.
- ECHANDÍA, Darío, *Obras selectas*, t. II, Banco de la República, Bogota, 1982.
- ESGUERRA, Juan, *La protección constitucional del ciudadano*, Ed. Legis, Bogota, 2004.
- FERNÁNDEZ, Eduardo, *Las Constituciones colombianas comparadas*, t. II, éd. Universidad de Antioquia, Medellín, 1964.
- FONSECA, Marco, *Procesos concursales : concurato y liquidación obligatoria*, éd. Uninorte, 1996.
- GALLEGO, Alfredo, *Poder y derecho, Del Antiguo régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVII a XIX*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- GARCÍA, Alfonso, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas – Estudios de derecho indiano*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987.
- GARCÍA, Eduardo et al., *Elementos teórico-prácticos de Derecho procesal civil*, éd. Doctrina y Ley, Bogota, 2008.
- GOMEZ, Carlos, *Dogmática del derecho disciplinario*, 4^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007.
- HENAO PEREZ, Juan, *Le dommage : analyse à partir de la responsabilité civile extra contractuelle de l'Etat en droit colombien et droit français*, thèse soutenue à l'Université de Paris II, le 27 nov. 2007.
- HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones*, t. I, 2^e éd. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003.
- JULIO, Alexei, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución de 1991*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003.

- LAFONT, Rafael, *Naturaleza jurídica del derecho disciplinario*, Procuraduría general de la Nación, Instituto de estudio del ministerio público, Bogota, 1998.
- LÓPEZ, Alfonso, *Cuestiones colombianas*, Impresiones modernas, Méxique DF, 1995.
- LÓPEZ, Alfonso, *Introducción al estudio de la Constitución de Colombia*, 3^e éd. USTA, Bogota, 1983.
- LÓPEZ, Hernán, *Instituciones de Derecho procesal civil colombiano*, t. I, 8^e éd. Dupré editores, Bogota, 2002.
- LÓPEZ, Hernán, *Ley 446 de 1998 y el Código de procedimiento civil*, Dupré, Bogota, 1999.
- LUNA, Luis, *Lo contencioso administrativo*, Ediciones Librería del profesional, Bogota, 1981.
- MALAGÓN, Miguel, *Vivir en Policía, una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007.
- MAYORGA, Fernando, *La Audiencia de Santa Fe de Bogota en los siglos XVI y XVII*, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogota, 1991.
- MAZIN, Oscar, *L'Amérique espagnole. XVIe-XVIIIe siècles*, Les Belles Lettres, Paris, 2005.
- Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Bogota 7-11 de julio del 2008, imprenta Nacional de Colombia.
- MONTAÑA PLATA, Alberto, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, 2a. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005.
- MONTAÑA-PLATA, Alberto, *Dimensión teórica de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, n° 36, Bogota, 2005.
- MONTAÑA PLATA, Alberto, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2010.
- MORALES, Hernando, *Curso de derecho procesal civil*, t. I., 1^{1e} éd. éd. ABC, Bogota, 1991.
- MORENO, José, *Procedimiento y proceso administrativo práctico*, t. I, éd. La ley, Madrid, 2006.
- MURO, Antonio, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, Porrúa, Méxique, 1989.
- OSPINA GARZÓN, Andrés, *De la Jurisdicción administrativa a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, ¿Un viaje de ida y vuelta?*, t. V Série de Droit administratif, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2009.
- OTS-CAPDEQUI, José, *El Estado Español en las Indias*, Fondo de Cultura económica, 2^e éd. Méxique, 1946.
- PALACIO, Juan, *Derecho Procesal Administrativo*, 4^e éd. Librería Jurídica Sánchez, Bogota, 2004.
- PARIAS, Andrés, *Funciones jurisdiccionales de la superintendencia de sociedades en el derecho comercial*, monographie de fin d'études, Universidad Javeriana, Bogota, 2001.
- PARRA, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, 11^e éd. éd. Librería del profesional, Bogota, 2001.
- PEREZ, Francisco de Paula, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5^e éd., Lerner, Bogota, 1962.
- PEREZ, Francisco de Paula, *Derecho constitucional colombiano*, 6^e éd. Universidad Javeriana, Bogota, 1992.
- PÉREZ, Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, 5^e éd. Temis, Bogota, 1997.
- PEREZ, Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, Horizontes, Bogota, 1974.
- PIETSCHMANN, Horst, *El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- POCHARD, Marcel et William ZAMBRANO, *Le Conseil d'État en Colombie et en France, La protection de l'État de droit*, éditions l'Harmattan, Paris, 2009.
- POLANCO, Tomás, *Las reales Audiencias en las provincias americanas de España*, Mapfre, Madrid, 1992.
- RESTREPO, Manuel, José, *Historia de la Revolución de la República de Colombia*, Librería Americana, Paris, 1827.
- RINCON, Jorge, *Derecho administrativo laboral*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2009.
- RODRIGUEZ, Gustavo, *Procesos Contencioso Administrativos*, Librería Jurídica Wilches, Bogota, 1986.
- RODRIGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, 16^e éd. Temis, Bogota, 2008.
- ROJAS, Gabriel, *El espíritu del derecho administrativo*, éd. Temis, Bogota, 1972.
- ROJAS, Miguel, *Introducción a la teoría del proceso*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1997.
- ROJAS, Miguel, *La teoría del proceso*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2002.
- SÁCHICA, Luis, *La Constitución colombiana, cien años haciéndose*, Universidad nacional autónoma de México, 1982.

- SAMPER, José-María, *Derecho público interno de Colombia*, t. II, Biblioteca popular de cultura colombiana, Ministerio de educación nacional, Bogota, 1951.
- SANTOFIMIO, Jaime et Sandra MORELLI, *El centralismo en la nueva Constitución colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1992.
- SANTOFIMIO, Jaime, *Acto administrativo : procedimiento, eficacia y validez*, Universidad nacional autónoma de México, UNAM, México, 1988.
- SANTOFIMIO, Jaime, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 3^e éd. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003.
- SANTOFIMIO, Jaime, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 4^e éd., Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003.
- SANTOFIMIO, Jaime, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, « Contencioso administrativo », Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2004.
- SARRIA, Eustorquio, *Derecho procesal administrativo*, Temis, Bogota, 1963.
- TASCÓN, Tulio, *Derecho contencioso administrativo colombiano*, editorial La Gran Colombia, Bogota, 1946.
- VELASQUEZ, Magdala et Álvaro TIRADO, *La reforma Constitucional de 1936*, collection Pensadores Políticos Colombianos, Senado de la República, Bogota, 1982.
- VELEZ, Jorge, *Los dos sistemas del derecho administrativo*, Universidad Sergio Arboleda, Bogota, 1994.
- URIBE, Diego, *Las Constituciones de Colombia*, t. I., éd. Cultura Hispánica, Madrid, 1977.
- VIDAL, Jaime, *Derecho administrativo*, 13^e éd. Legis, Bogota, 2008
- YOUNES, Diego et María MEJÍA, *Descongestión de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, t. I, *Deutsche Gesellschaft Für Technische Zusammenarbeit (GTZ)*, Colección de reformas a la Rama judicial, Bogota, 2004.
- ZARATE, Anibal, *L'indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative, Colombie, France, États-Unis*, thèse soutenue à l'Université de Paris II, le 1^{er} juin 2011.

C. Droit d'autres États, sociologie et théorie du droit

- ÁLVAREZ, Arturo, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional de Consumo, Jerez de la Frontera, 1999.
- ARISTOTE, *Politique*, t. II, Livre IV, Traduction de Jean AUBONNET, Les Belles Lettres, Paris, 1971.
- BECCARIA, Cesare, *Des délits et des peines*, trad. Par P.J.S. DUFEY, éd. Dalibon, Paris, 1821.
- BOCCHINI, Francesco, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2004.
- BOGNETI, Giovanni, *La divisione dei poteri*, 2^e éd., Giuffré, Milan, 2001.
- BOLZE, Antoine, *La notion de litige juridique*, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- CARLI, Carlo, *Derecho Procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.
- CARNELUTTI, Francesco, *Trattato del processo civile*, Diretto dallo stesso, Napoli, 1958.
- CASETTA, Elio, *Compendio di diritto amministrativo*, 3^e éd. Giuffré, , Milano, 2003.
- CHEVALLIER, Jacques, *L'État de droit*, 5^e éd. Montchrestien, Paris, 2010.
- CHEVALLIER, Jacques, *L'État post-moderne*, Série politique, n°35, L.G.D.J., Paris, 2003.
- CLAVERO, Manuel, *Estudios de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1992.
- COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo español*, t. I, Librería de don Ángel Calleja editor, Madrid et Santiago, Casa de los señores Calleja, Lima, 1850.
- CULP DAVIS, Kenneth, *Administrative Law and Government*, 2^e éd., West Publishing co., Minnesota, 1975.
- CULP DAVIS, Kenneth, *Administrative Law Treatise*, vol. I, West Publishing co., Minnesota, 1958.
- DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado*, éd. Juz, México, 1946.
- DíEZ-PICAZO, Luis, *Régimen constitucional del poder judicial*, Ed Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001.
- FRIEDMANN, Wilson, *Théorie générale du droit*, 4^e éd. L.G.D.J., Paris, 1965.

- GENY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I., 2^e éd. L.G.D.J., Paris, 1954. GARCÍA, Eduardo et Tomás FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 4^e éd. Civitas, Madrid, 1983.
- GARCÍA, Eduardo et Tomás FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. II, 3^e éd., Civitas, Madrid, 1991.
- GARCÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1989.
- GARRIDO, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 9^e éd. éd. Tecnos, Madrid, 1989.
- GARRIDO, Fernando et José FERNANDEZ, *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas*, 2^e éd., Civitas, Madrid, 1995, p. 244.
- GARRIDO, Fernando, *La ley de procedimiento administrativo*, éd. Estudios Administrativos, Madrid, 1959.
- GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto amministrativo*, t. II, 2^e éd. Giuffré, Milano, 1988.
- GONZÁLEZ, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, Eunsa, Pamplona, 1997.
- GONZALEZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, t. II, 2^e éd., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1996.
- GUTHRIE, Chris, Jeffrey RACHLINSKI, et Andrew WISTRICH, "Inside the Mind judiciaire", *Cornell Law Review*, vol. 86, n° 4, mai 2001, in <http://ssrn.com/abstract=257634> consulté le 8 déc. 2011.
- HERRERA, Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, éd. Kimé, Paris, 1997.
- JELLINEK, Georg, *L'État Moderne et son Droit*, I^{ère} partie, trad. par Georges FARDIS, V. Giard & E. Brière, Paris, 1911.
- JELLINEK, Georg, *L'État Moderne et son Droit*, II^e partie, trad. par Georges FARDIS, M. Giard & E. Brière, Paris, 1913, réimpression éd. Panthéon-Assas, Paris, 2005.
- KELSEN, Hans, *Théorie générale des normes*, (1979) trad. Olivier BEAUD et Fabrice MALKANI, P.U.F., Paris, 1996.
- KELSEN, Hans, *Théorie générale du droit et de l'État*, Russell & Russell, New York, 1945, traduit au français par Béatrice Laroche, Bruylant-.L.G.D.J. Paris-Bruxelles, 1997.
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, trad. Charles EISENMANN, Dalloz, Paris, rééd. L.G.D.J., Paris, 1999.
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^e éd. par Charles EISENMANN, Dalloz, Paris, 1962.
- LABAND, Paul, *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, t. I, trad. par C. GANDILHON, V. Giard & E. Brière, Paris, 1900.
- LINARES, Juan, *Cosa juzgada administrativa en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*, éd. Kraft, Buenos Aires, 1956.
- LINARES, Juan, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, éd. Astrea, Buenos Aires, 1975.
- LOCKE John, *Essai sur le pouvoir civil*, trad. Jean-Louis FYOT, P.U.F., Paris, 1953.
- LOCKE, John, *Le second traité du gouvernement. Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. Jean-Fabien SPITZ, P.U.F., Paris, 1994.
- LOLME (de), Jean Louis, *Constitution de l'Angleterre*, E. Van Harrevelt, Amsterdam, 1771, rééd. Paris, Dalloz, 2008.
- LÓPEZ PELLICER, José, *Lecciones de Derecho Administrativo*, éd. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelone, 1989.
- LÓPEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.
- MARCHETTI, Barbara, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti*, Milano, CEDAM, Università di Trento, 2005.
- MARFÁN, María, *La cosa juzgada administrativa en la Administración no contenciosa*, Universidad de Chile, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972.
- MAYER, Otto, *Le droit administratif allemand*, éd. française, t. I., Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, p. XIII.
- MEKRL, Adolf, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien u. Berlin, Springer, 1927.
- MÉNDEZ, Aparicio, *La jerarquía*, éd. Amalio Fernández, Montevideo, 1973.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *L'esprit des lois*, Lib. De Firmin Didot Frères, Paris, 1853.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PAREJO, Luciano et al, *Manual de derecho administrativo*, Ariel, Madrid, 1994.
- PELÁEZ, Julián, *Tratado teórico práctico de organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Imprenta de D. B. Gonzalez, Madrid, 1849.

- PEREZ, Jesús et Jaime GUASP, *Derecho procesal administrativo*, vol. 2, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- PIERCE, Richard, Sidney SHAPIRO et Paul VERHUIL, *Administrative Law and process*, 2^e éd. University Textbook Series, The Foundation press, New York, 1992.
- RAWLS, John, *La justice comme équité : une reformulation de la Théorie de la justice*, trad. par Bertrand GUILLARME, La Découverte, Paris, 2003.
- RAWLS, John, *Théorie de la justice (theory of justice)*, trad. par Catherine AUDARD, éd. du Seuil, Paris, 1991.
- ROBSON, William, *Justice and Administrative Law*, 3^{ème} éd., Londres, 1951, réimp. Greenwood press, publishers, Connecticut, 1970.
- ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho procesal civil (Trattato di diritto procesuale civile)*, t. I, trad. Santiago SENTIS-MELENDO et Marino AYERRA-REDÍN, éd. Temis – Bogota, éd. Depalma, Buenos Aires, 1969.
- ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho procesal civil (Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts – Munich et Berlin, 1951)*, Trad. Angela ROMERO-VERA, Tome Ier, E.J.E.A., Buenos Aires, 1955.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Le Contrat Social*, Chez Mourer et pinparet, Paris, 1797.
- SANTAMARÍA, Juan, *Principios de Derecho administrativo general*, t. II, 1^{ère} éd., iustel, Madrid, 2004.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*, INAP, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2003, SCHMITT, Carl, *Théorie de la Constitution*, trad. Par Lilyane DEROCHE, P.U.F., Paris, 1989.
- SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, Little Brown and company, Toronto, 1976.
- SENTIS, Santiago, *El juez y el derecho (Iura novit curia)*, éd. E.J.E.A., Buenos Aires, 1957.
- SIEYES, Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce le tiers état ?*, 3^e éd. Paris, 1789, réédition Champs Flammarion, Paris, 1988.
- SOSA, Francisco, *jurisdicciones administrativas especiales*, éd. Universidad de Sevilla, Seville, 1977.
- TOCQUEVILLE (de), Alexis, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1, Louis Hauman et c. Libraires, Bruxelles, 1835.
- TRACY (de), Destutt, *Commentaire sur l'Esprit des lois*, Delaunay libraire, Paris, 1819.
- VILLAR, Luis, *Kelsen en Colombia*, éd. Temis, Bogota, 1991.
- VECCHIO (del), Giorgio, *L'État et le droit*, Dalloz, Paris, 1964.
- VERKUIL, Paul R., *Nineteenth Annual Administrative Law Issue : Symposium : The Independence of Independent Agencies : The Purposes and Limits of Independent Agencies*, Duke L.J., 1988.
- WEBER, Max, *Économie et société*, 1992, trad. sous la dir. de Jacques CHAVY et d'Éric de DAMPIERRE, Pocket, Paris, 1995.
- WEBER, Max, *Économie et société*, Plon, Paris, 1971.
- ZANOBINI, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, 8^e éd. Giuffré, Milano, 1958. (Dans la version en langue espagnole: *Curso de derecho administrativo*, trad. Héctor MASNATTA, éd. Arayú, Buenos Aires, 1954).
- ZOLLER, Elizabeth, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Dalloz, Paris, 2010.

II. Articles, commentaires, notes et conclusions

A. Droit et institutions françaises

- ABIKHZER, Franck, « Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité? », *A.J.D.A.* 2005 p. 985.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël et Laurent SERMET, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.A.* 2001, p. 1258.
- AMRANI MEKKI, Soraya, « La déjudiciarisation », *La Gazette du Palais*, n° 156, mai-juin 2008, p. 1434.
- AMSELEK, Paul, « Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'attentes administratives à la liberté individuelle », *R.D.P.* 1965, p. 801

- ANDIEUX, André, conclusions sous C.E.f. 11 avril 1930, *soc « Les grands Moulins de Seigle »*, *Rec.*, p. 471 ; *D.* 1930, 3, p. 25.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, « Le Conseil d'État et le principe de précaution », *D.A.* juin 1999, p. 4.
- ANTOINE, Michel, « La monarchie française de François I^{er} à Louis XVI », in *Les Monarchies*, (direction d'Emmanuel LE ROY LADURIE), P.U.F., Paris, 1986, p. 187.
- ARGYRIADIS-KERVEGAN, Caroula, « Rudolf Gneist : La justice administrative, institution nécessaire de l'État de droit », in *Figures de l'État de droit*, (Olivier JOUANJAN dir.), Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, p. 235.
- ARTUR, Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 5^e article, *R.D.P.* 1900, nov.-déc., p. 499.
- ARTUR, Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 4^e article, *R.D.P.* 1900, sept. – oct., p. 246.
- ARTUR, Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 2^e article, *R.D.P.* mai – juin 1900, p. 479.
- ARTUR, Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 1^e article, *R.D.P.* 1900, mars-avril, p. 224.
- ARTUR, Émile, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », 7^e article, *R.D.P.* 1902, p. 241.
- ARZOUZE, Charles et Patrick LEDOUX, « L'indemnisation des victimes d'infractions boursière » in *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} Juillet 2006, n° 4, p. 399.
- AUBY, Jean-Marie, « Les recours administratifs préalables », *A.J.D.A.* 1997, p. 11.
- AUBY, Jean-Marie, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *A.J.D.A.* 1995, *Numéro spécial du cinquantenaire*, p. 97.
- AUBY, Jean-Marie, « La procédure administrative non contentieuse », *D.* 1956, *chron.*, p. 27.
- AUBY, Jean-Marie, « L'administration et ses usagers. Le décret du 28 novembre 1983 », *A.J.D.A.* 1984, vol. 40 n° 3, p. 124-136.
- AUBY, Jean-Marie, « Les recours administratifs », *A.J.D.A.* I, 1955, p. 117.
- AUBY, Jean-Marie, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.* 1952, *chron.*, p. 111.
- AUTIN, Jean-Louis, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *R.A.*, 1989, p. 224.
- AUTIN, Jean-Louis, « Les autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *R.D.P.* n° 5, 1998, p. 1218.
- AUTIN, Jean-Louis, « Les autorités administratives indépendantes et la Constitution », *R.A.* n° 244, juillet-août 1988, p. 333.
- AVRIL, Pierre et Jean GICQUEL, « Chronique constitutionnelle française », *Pouvoirs*, 1989, n° 50, p. 197.
- BACQUET, Alain, conclusions sur C.E.f. 1^{er} fév. 1980, *SARL Clinique Ambroise Paré*, *R.D.S.S.* 1980, p. 359.
- BACQUET, Alain, conclusions sur C.E.f. 1^{er} fév. 1980, *Clinique Ambroise Paré*, *Rec.*, p. 62, *R.D.S.S.* 1980, p. 359.
- BANDRAC, Monique, « De l'acte juridictionnel, et de ceux des acte du juge qui ne le sont pas », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, Paris, 2000, p. 181.
- BANDRAC, Monique, « Indications sommaires sur les principales modifications introduites dans les règles antérieures par le décret du 25 septembre 1975 instituant un Nouveau Code de procédure civile », *J.C.P.*, 1976, I, 2799, n° 47.
- BELLOUBET-FRIER, Nicole, note sous C.E.f. 6 juillet 1990, *Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle c/ Mattei*, req. n° 100480 et 101053, *A.J.D.A.* 1991, p. 231.
- BENHAMOU, Yves, « Réflexions sur l'évolution de la fonction de juger dans l'État de droit », *R.A.*, 1999, p. 538.
- BENOIT, Francis-Paul, « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *J.C.P.* 1964, I, 1838.
- BENOIT, Francis-Paul, « Les fondements de la justice administrative », in *Le Juge et le Droit public, Mélanges offerts à Marcel WALINE*, t. I, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 285.
- BERGEL, Jean-Louis, « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, *Chr.*, p. 165-166.
- BERGEL, Jean-Louis, « La juridiction gracieuse en droit français », *D.* 1983, *Chr.*, p. 153.
- BERTRAND, Edmond, « Du contrôle judiciaire du dessaisissement des juifs et de la liquidation de leurs biens », *J.C.P.* 1943, I, 354.
- BIANCARELLI, Jacques Conclusions sur C.E.f. Ass. 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, *A.J.D.A.* 1982, p. 658.
- BIENVENU, Jean-Jacques, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits*, n°4, 1986, p. 93.

- BIENVENU, Jean-Jacques, note sous C.c.f. Décision n° 84-181 DC, 10-11 octobre 1984, *A.J.D.A.* 1984, p. 692.
- BLANCO, Florent, « Entre l'annulation et la conservation de l'acte », in *Les États intermédiaires en droit administratif*, Journée d'études du 15 juin 2007, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, p. 147.
- BOISSARD, Sophie, « Vers un désencombrement des cours administratives d'appel ? », *A.J.D.A.* 2003 p. 1375.
- BOITEAU, Claudie, « Le juge unique en droit administratif », *R.F.D.A.* 1996, p. 10.
- BOLARD, Georges, « Principes de procédure et efficacité : du droit commun civil et pénal au droit de la concurrence et de la course », *J.C.P. E.*, 1993, supplément n° 5, p. 42.
- BOLLE, Stéphane, « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique, un régime « introuvable » », *R.F.D.A.* 2001, p. 424.
- BONICHOT, Jean-Claude, « Le recours administratif préalable obligatoire : dinosaure juridique ou panacée administrative ? », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p. 81.
- BONNARD, Roger, « Les droits publics subjectifs des administrés », *R.D.P.* 1932, p. 695.
- BONNARD, Roger, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. Carré de MALBERG*, Sirey, Paris, 1933, p. 22.
- BONNEAU, Henri, « La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », *D.* 1955, chron. III, p. 12.
- BOTTEGHI, Damien et Alexandre LALLET, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », *A.J.D.A.* n° 3, 2011, p. 156.
- BOUCHENE-LEFER, Adèle-Gabriel-Denis, « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administratives ou du contentieux et du non contentieux administratif », *R.P.D.F.* 1864, t. XVII, p. 460.
- BOUCHENE-LEFER, Adèle-Gabriel-Denis, « Les Ministres sont-ils juges ordinaires du Contentieux administratif ? », *Revue pratique de droit français*, *R.P.D.F.* 16 avril et 1^{er} mai 1863.
- BOUQUET, Gaël et Stéphanie BEAUVILLARD, « Le règlement des différends devant la Commission de régulation de l'énergie », *A.J.D.A.* 2004, p. 1911.
- BOUSSINOT, Roger, « Avertissement », in *Dictionnaire des synonymes, analogies, antonymes*, Bordas, Paris, 2005.
- BOY, Laurence « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, p. 3033.
- BRAIBANT, Guy, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, Éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1998, p. 708.
- BRAIBANT, Guy, conclusions sous C.E.f. 24 avril 1964, *Delahaye, Droit social*, 1964, p. 435.
- BRAIBANT, Guy, conclusions sur C.E.f. Sect. 13 juin 1958, *Esnault, Rec.*, p. 343.
- BRAIBANT, Guy, conclusions sur C.E.f. Sect. 8 janv. 1960, *Ministre de l'intérieur c/ Rohmer, Rec.*, p. 12.
- BREDIN, Jean-Denis, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge », *Justices*, 1996, n° 3, p. 161.
- BREMOND, Jules-Xavier, « De la juridiction des ministres », *R.C.L.J.*, t. XV, 1886, p. 262.
- BRISSON, Jean-François, « Les recours administratifs préalables obligatoires en droit public français, alternative au juge ou voie sans issue ? », in table ronde "Problèmes de procédure administrative non contentieuse", vendredi 13 mars 2009, Sciences Po, in http://chairemadp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2009/CONTRIBUTION_JEAN_FRANCOIS_BRISSON.pdf, consulté le 15 octobre 2009.
- BRISSON, Jean-François, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *A.J.D.A.* 1999, p. 859.
- BRISSON, Jean-François, « Régler autrement les litiges administratifs : les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés », *R.D.P.* mai-juin 1996, p. 804.
- BRONDEL, Séverine, « Le juge administratif face à une forte montée des recours », *A.J.D.A.* 2005, p. 572.
- BULLARD, Germain, « L'évolution de la notion de juridiction dite gracieuse ou volontaire et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne », *R.I.D. comparé* 1957, p. 5.
- BURDEAU, François, « Du sacre au massacre d'un juge. La doctrine et le Conseil d'État statuant au contentieux », in *La terre, la famille, le juge. Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Economica, Paris, 1990, p. 315.

- BURDEAU, Georges, « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *R.D.P.* 1945, p. 202.
- CAILLOSSE, Jacques, « Actes et contrats de l'administration. Remarques sur une partition juridique déréglée » in *Les États intermédiaires en droit administratif*, Journée d'études du 15 juin 2007, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, p. 104.
- CAILLOSSE, Jacques, « L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ? », in *L'action publique*, François LACASSE et Jean-Claude THOENING (éditeurs), L'Harmattan, Paris, 1996, p.309.
- CANIVET, Guy, « Légitimité du juge », in *Dictionnaire de la Justice*, (Dir. Loïc CADIET), P.U.F., Paris, 2004, p. 819.
- CANIVET, Guy, « Régulateurs et juges : conclusions générales », *P.A.* 23 janvier 2003 n° 17, p. 50.
- CANO, Antonio, « Limitaciones al principio de ejecutividad administrativa », *R.E.D.A.* n° 37, 1983, p. 211.
- CAPPELLETTI, Mauro, « Quis custodes custodiet? Qui nous protégera contre ceux qui nous protègent? Essai de droit comparé sur la responsabilité des autorités judiciaires », in *Le pouvoir des juges*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, Marseille, Paris, 1990, p. 117.
- CARON, Christophe, « Encore les droits de l'homme en droit de la propriété industrielle ! », *Communication Commerce électronique* n° 4, Avril 2006, comm. 59.
- CARRON, Adrien, « A propos du contentieux de l'indemnisation des entreprises de gaz et d'électricité nationalisées dont les titres n'étaient pas cotés en Bourse », *C.J.E.G.*, 1956, p. 75-76.
- CASSIA, Paul, note sous C.E.f. 10 déc. 2004, *Ministre de la défense c/ Vergne*, *A.J.D.A.* 2005, p. 1246.
- CASTAGNEDE, Bernard, note sous C.E.f. Ass. 31 octobre 1975, *Société Coq-France*, *A.J.D.A.* 1976, p. 317.
- CHABANOL, Daniel, « Barrages contre le contentieux », *D.F.* 1986, p. 993.
- CHABANOL, Daniel, « La réforme du Conseil d'État : une réponse dangereuse à un vrai problème », *Gaz. Pal.* 1985 p. 688.
- CHABANOL, Daniel, « Les cours administratives d'appel et le Conseil d'État », *A.J.D.A.* 2008 p. 1258.
- CHABANOL, Daniel, « Une réforme inachevée », *A.J.D.A.* 1988, p. 107.
- CHAMPAUD, Claude, « L'idée d'une magistrature économique (Bilan de deux décennies) », *Justices*, 1995, n°1, p. 74.
- CHAPUISAT, Jérôme, « Réformé ! », *A.J.D.A.* 1988, p. 75.
- CHAPUS, René « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*. Ed. Cujas, Paris, 1975, p. 268.
- CHAPUS, René, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, Chron., p. 99.
- CHAPUS, René, « La procédure, les aspects procéduraux », *A.J.D.A.* 1988, p. 93.
- CHARDEAU, Jacques, conclusions sur C.E.f. 2 mars 1956, *Secteur Électrique du Cambresis*, *C.J.E.G.*, 1956, Jur., p. 180.
- CHARDEAU, Jacques, conclusions sur C.E.f. 27 mai 1955, *Électricité de France*, *C.J.E.G.*, 1955, Doct., p. 48.
- CHAUMONT, Charles, « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1942, p. 101.
- CHAUVAUX, Didier et Thierry-Xavier GIRARDOT, « Portée de l'obligation de notification incombant à l'auteur d'un recours contre une décision d'urbanisme », *A.J.D.A.* 1996, p. 513.
- CHAVRIER, Géraldine, « Réflexions sur la transaction administrative », *R.F.D.A.* 2000, p. 548.
- CHEMLA, Eliane, Céline WIENER et Yves GOUNIN, « Les relations citoyens-administration », *C.F.P.A.* 2000, n° 193, p. 3.
- CHENOT, Bernard, « la notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », in *E.D.C.E.* 1950, p. 79.
- CHEVALLIER, Jacques, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 277.
- CHEVALLIER, Jacques, « L'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur », *A.J.D.A.* 1972, p. 69.
- CHEVALLIER, Jacques, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001, p. 827.
- CHEVALLIER, Jacques, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 58.
- CHEVALLIER, Jacques, « Réflexions sur l'arrêt "Cadot" », *Droits*, 1989, n°9, p. 88.
- CHEVALLIER, Jacques, « Régulation et polycentrisme dans l'administration française », *R.A.* n°301, p. 47.
- CHEVALLIER, Jacques, note sous C.E.f. 13 juin 1969, *Ministre des armées c/Bussy*, *D.* 1969, p. 482.

- CHEVALLIER, Jaques, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *J.C.P.*, 1986, G. I. Doctrine n° 3254.
- Claudie BOITEAU, « Le juge unique en droit administratif », *R.F.D.A.*, 1996, p. 10.
- COLLET, Martin, « Autorités de régulation et procès équitable », *A.J.D.A.* 2007 p. 80.
- COMBEAU, Pascal, « Le décret du 28 novembre 1983 est mort, vive la loi ? », *A.J.D.A.* 2006, n° 32, p. 1745.
- COMMAILLE, Jacques, « Formes de justice », *Droits*, n° 34, 2001, p. 22.
- CONSEIL D'ÉTAT, « Pour la prévention du contentieux administratif », *E.D.C.E.* 1988, p. 19.
- CONSTANS, Louis, Jean-Pierre HENRY et Claude GALIAY, note sous C.E.f. 28 mai 1986, *Albin, D.* 1987, p. 199.
- CONTAMINE-RAYNAUD, Monique, « La Commission Bancaire, autorité et juridiction », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, Paris, 1996, p. 407.
- CORAIL (de), Jean-Louis, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 103.
- CORAIL (de), Jean-Louis, « La distinction de la mesure disciplinaire et de la mesure hiérarchique dans le droit de la fonction publique », *A.J.D.A.* 1967, p. 3.
- COSTA, Delphine, « L'autorité des marchés financiers : Juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? A propos de l'arrêt du Conseil d'État du 4 février 2005, société G.S.D. Gestion et M. YX », *R.F.D.A.*, nov.-Déc. 2005. p. 1178.
- COSTA, Jean-Paul, « La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) », *R.F.D.A.* 1996 p. 184.
- COSTA, Jean-Paul, « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *A.J.D.A.* 1987, p. 341.
- DAIGRE, Jean-Jacques, « La nouvelle procédure de sanction de la COB. Une réforme en clair-obscur », *J.C.P. E*, n° 41, 2000, p. 1604.
- DEBBASCH, Charles, « Déclin du contentieux administratif », *D.* 1969, p. 97.
- DEBBASCH, Charles, « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 127.
- DEGOFFE, Michel et Arnaud HAQUET, note sous C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou, R.F.D.A.* 2004, p. 1132.
- DEGOFFE, Michel, « L'impartialité de la décision administrative », *R.F.D.A.* 1998, p. 712.
- DEGUERGUE, Maryse, « Les dysfonctionnements du service public de la justice », *R.F.A.P.* 2008, n° 125, p. 151.
- DELARUE, Jean-Marie, « Actualité de la problématique de la sanction administrative », *A.J.D.A. Les sanctions administratives actualité et perspectives*, n° spécial 2001, p. 14.
- DELAUNAY, Bénédicte, « La loi du 12 avril 2000 relative au droit des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *R.D.P.* 2000, n° 4, p. 1191.
- DELAUNAY, Bénédicte, « Les protections non juridictionnelles des droits publics subjectifs des administrés », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, Travaux de l'A.F.D.A., n° 4, Litec, Paris, 2011, p. 212.
- DELAUNAY, Benoît, « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », *R.F.D.A.* 2009, p. 551.
- DELCROS, Xavier, « Le C.S.A., nouvelle institution constitutionnelle », *A.J.D.A.* 1988, p. 472.
- DELVOLVE, Jean, conclusions sur C.E.f. Sect. 30 juin 1950, *Quéralt, Droit social*, 1951, p. 248.
- DELVOLVE, Pierre, « La justice hors le juge », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1984, p. 16-17.
- DELVOLVE, Pierre, « De nouvelles modalités pour les actes administratifs unilatéraux », *R.F.D.A.* 1984, p. 28
- DELVOLVE, Pierre, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 47-48.
- DELVOLVE, Pierre, « Rapport général », in *Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées : conciliation, médiation et arbitrage*, Actes de la conférence multilatérale, Lisbonne, 31 mai-2 juin 1999, éditions du Conseil d'Europe, 2000, p. 13.
- DELVOLVE, Pierre, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », in *P.A.* 17 septembre 2001, N°185, p. 18.
- DIERIUX, Emmanuel, « Le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel », *P.A.* 15 mars 2005, n°52, p. 3.

- DESCHANEL, Emile, « Bulletin. Destitution de M. Jérôme Aron », *La liberté de penser. Revue démocratique*, tome septième, 1851, Au bureau de la revue, Paris, 1851, p. 102.
- DIBOUT, Patrick, « La liberté d'accès aux documents administratifs », *R.A.* 1979, note 112, p. 36.
- DONNEDIEU DE VABRES, Jean, concl. sur C.E.f. 17 avril 1953, *Falco et Vidailiac*, *R.D.P.* 1953, p. 461.
- DONNEDIEU DE VABRES, Jean, note sous C.E.f. 8 mai 1942, *Andrade*, *S.* 1943, III, p. 5.
- DOUENCE, Jean-Claude, « Les incidences d'un refus de déféré préfectoral sur le contrôle de légalité des actes locaux », note sous CE, Sect., 25 janvier 1991 *M. Brasseur*, *R.F.D.A.* 1991, p. 594.
- DOUVRELEUR, Jean et Olivier DOUVRELEUR, « Le principe d'indépendance : de l'autorité judiciaire aux autorités administratives indépendantes », *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 325.
- DRAGO, Roland, « Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public - Mélanges offerts à Marcel WALINE*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 388.
- DRAGO, Roland, « L'État débiteur », *Revue de Science et de législation financière*, 1952, p. 808
- DRAGO, Roland, « Le Conseil de la concurrence », *J.C.P.* 1987, I, 3300.
- DRAGO, Roland, « Le juge judiciaire, juge administratif », *R.F.D.A.* 1990, p. 763.
- DRAGO, Roland, « Préface » à la thèse d'André LEGRAND, *L'Ombudsman scandinave*, L.G.D.J., Paris, 1970, p. III.
- DRAGO, Roland, note sous C.A. Paris, 1^{re} ch. H, 7 mars 2000, *Sté. KPMG Fiduciaire de France*, *J.C.P.* n°42, 18 octobre 2000, p. 1936.
- DRAGO, Roland, « Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'État », in *Le juge et le droit public - Mélanges offerts à Marcel WALINE*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 388.
- DUCOULOUX-FAVARD, Claude et Nicolas RONTCHEVSKY, « La procédure de sanction administrative des infractions boursières après le décret n° 97-774 du 31 juillet 1997 », *Bulletin Joly Bourse*, 1^{er} mars 1998 n° 2, p. 107.
- DUGRIP, Olivier et Frédéric SUDRE, « Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives : l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 octobre 1989 », *R.F.D.A.* 1990, p. 215.
- DUGUIT Léon, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *Revue d'économie Politique*, L. Larose, Paris, 1893, p. 2.
- DUGUIT, Léon, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1906, p. 449 et 453.
- DUGUIT, Léon, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, p. 279.
- DUGUIT, Léon, « De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public », *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, p. 284.
- DUGUIT, Léon, « Des fonctions de l'État moderne – étude de sociologie juridique », *Revue Internationale de Sociologie*, 2^e année, n° 3, mars 1894, p. 32.
- DUGUIT, Léon, « La fonction juridictionnelle », *R.D.P.* 1922, p. 170.
- DUGUIT, Léon, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *Revue d'économie Politique*, L. Larose, Paris, 1893, p. 2.
- DUPUIS, Georges, « Définition de l'acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 209.
- DURAND, Claude et Jacques MOREAU, « Théorie des sanctions administratives », *JurisClasseur administratif*, fasc. 202,11, 1958.
- ESCLASSAN, Marie-Christine, « Juridiction gracieuse et sanctions fiscales », in *Revue française de finances publiques*, n° 65, « Les sanctions fiscales », mars 1999, p. 109.
- ETOA, Samuel et Jean-Marc MOULIN, « L'application de la notion conventionnelle de procès équitable aux autorités administratives indépendantes en droit économique et financier », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* – Université de Caen, n° 1, 2002, note 11, p. 49.
- EVEN, Bernard, « Des conseils de préfecture aux tribunaux administratifs », *R.F.D.A.* 2004 p. 475.
- FATOME, Étienne et Jacques MOREAU, note sous C.E.f. 6 mai 1985, *Association Eurolat*, *A.J.D.A.* 1985, p. 621.
- FAVOREU, Louis et Loïc PHILIP et al. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e éd. Dalloz, 2009, p. 572-573.
- FERRAND, Frédérique, « Préface » à *L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales*, (Sylvie THOMASSET-PIERRE), *op. cit.*, p. VI.

- FERRARI, Pierre, « Les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : commentaire général de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 », *A.J.D.A.* 2000, n° 6, p. 471.
- FLUECKIGER, Alexandre, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et de droit fiscal*, Lausanne, 2001, vol. 57, n° 1-2, p. 93-119.
- FOMBEUR, Pascale, « Référé-suspension et recours administratif préalable obligatoire. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 12 octobre 2001, Société Produits Roche », *R.F.D.A.* 2002, p. 315.
- FOUQUET, Olivier, conclusions sous C.E.f. 10 fév 1984, *D.F.* 1984, n° 983.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, p. 610.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Les contours de l'Autorité des marchés financiers », *Droit bancaire et financier, Revue Banque édition*, Paris, 2004, p. 173.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Les offices du juge », in *Jean Foyer, auteur et législateur, Écrits en hommage à Jean Foyer*, P.U.F., Paris, 1997, p. 466, n° 7.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Les différentes définitions de la régulation », *P.A.* 10 juillet 1998, n° 82, p. 5.
- FROMONT, Michel, « préface » à *La naissance du pouvoir réglementaire*, (Micher VERPEAUX), P.U.F., Paris, 1991.
- GABOLDE, Christian, « La procédure administrative précontentieuse », *D.* 1984, 19^e cahier, Chr., p. 123.
- GANDREAU, Stéphanie, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *R.D.P.* 2005, p. 321.
- GARNERIE, Laurence, « Rapport Guinchard : quel divorce pour demain ? », *Droit et Patrimoine*, n° 173, 1 sept. 2008, p. 6 -10.
- GASTAUD, Jean-Pierre, « La nature juridique du plan arrêté judiciairement », *P.A.* 16 juin 1993, n° 72, p. 14.
- GAUDEMET, Yves, « La prohibition des arrêts de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire », *R.D.P.* 2010, p. 1616.
- GAUDEMET, Yves, « Arbitrage et patrimoine », *Droit et patrimoine*, 2002, n° 105.
- GAUDEMET, Yves, « Crise du juge et contentieux administratif en Droit français », in *la crise du juge*, L.G.D.J., Paris 1996, p. 92.
- GAUDEMET, Yves, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif » in *Juger l'administration, administrer la justice, mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p. 387-403.
- GAUDEMET, Yves, « La codification de la procédure administrative non contentieuse en France », *D.* 1986, chron., p. 107.
- GAUDEMET, Yves, « La régulation. Introduction », *R.F.A.P.* n°109, 2004, 1, p. 13.
- GAUDEMET, Yves, « Le Médiateur est-il une autorité administrative ? À propos des rapports du Médiateur et du juge administratif », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au Professeur R.-E. Charlier*, Éditions de l'Université et de l'Enseignement moderne, Paris, 1981, p. 129, note 13.
- GAUDEMET, Yves, « Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », *A.J.D.A.* 1994, p. 84.
- GAUDEMET, Yves, « Préface » à la thèse de Georges DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, Bibliothèque de droit public t. 184, L.G.D.J., Paris, 1997, p. XIX.
- GAUDEMET, Yves, « Toujours à propos du Médiateur », *A.J.D.A.* 1987, p. 520.
- GAZIER, François et Yves CANNAC, « Les autorités administratives indépendantes », *études et documents* n° 35, Conseil d'État 1983-1984, p. 14.
- GENEVOIS, Bruno, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *R.F.D.A.* 1989, p. 221.
- GENEVOIS, Bruno, « Principes généraux du droit », *Encyclopédie Dalloz*, Contentieux administratif, n°532 à 536, 2004, p. 8.
- GENEVOIS, Bruno, Conclusions sur C.E.f. 19 juin 1981, *D.* 1981, p. 476.
- GENEVOIS, Bruno, note sous C.c.f. Décision n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, *R.F.D.A.* 1989, p. 227.
- GERMAIN, Michel et Marie-Anne FRISON-ROCHE, obs. sur C.A.P. 7 mai 1997, *Oury, R.D.B.B.*, mai-juin, 1997, p. 119.
- GHUINCHARD, Serge, « Préface » à la thèse de Constantin DELICOSTOPOULOS, *L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire*, thèse, L.G.D.J., Paris, 2002 p. XII.
- GOHIN, Olivier, « Le Contentieux administratif : I. La juridiction administrative », *Documents d'études*, n° 2.09, La documentation Française, éd. 1997, p. 2.

- GOHIN, Olivier, « Regards de travers sur une mal-aimée : la procédure administrative non contentieuse en droit comparée (Luxembourg, Belgique, France) », in *Mélanges en l'honneur de Jacqueline MORAND-DEVILLER – confluences -*, Montchrestien, Paris, 2007, p. 351-366.
- GOHIN, Olivier, note sous C.E.f. Ass. 17 fév. 1995, *M. Marie ; M. Hardouin*, *R.D.P.* 1995, p. 1338.
- GONOD, Pascale, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *R.D.P.* 1993, p. 1351-1384.
- GONOD, Pascale, « La codification de la procédure administrative », *A.J.D.A.* 2006, p. 489.
- GONOD, Pascale, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *R.D.P.* 1993, p. 1372.
- GORNY, Violette, « Même le meilleur des notaires ne peut remplacer le juge et l'avocat », *La Gazette du Palais*, n° 111, 20 avril 2008, p. 862.
- GRANRUT (du) Bernard, « La justice hors le juge », *Cahiers du droit de l'entreprise, La semaine juridique, Droit de l'entreprise*, Supl. 27, 5 juillet 1984, p. 15.
- GROSHENS Jean-Claude, « Le pouvoir des supérieurs hiérarchiques sur les actes de leur subordonnés », *A.J.D.A.* 1966, p. 143.
- GRÜNDLER, Tatiana, « Autorités administratives indépendantes, cours constitutionnelles : quelle place dans la démocratie ? », in *Les démocraties ingouvernables ?*, Cahiers français, n° 265, mai-juin 2010, la documentation française, p. 66.
- GUILLIEN, Raymond, « Décision préalable et distinction des contentieux en droit administratif français », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 260.
- GUILLIEN, Raymond, « Essai sur une réforme générale du contentieux administratif », *D.* 1955, p. 97.
- GUINCHARD, Serge, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle. Université Panthéon-Assas, Paris II*, Dalloz, Paris, 2000, p. 1201.
- GUYOMAR, Mattias et Pierre COLLIN, note sous C.E.f. 22 juin 2001, *Société Athis*, n° 193392, in *A.J.D.A.* 2001, p. 634.
- GUYOMAR, Mattias, « Les sanctions administratives », *P.A.* 12 janvier 2006, n° 9, p. 9.
- GUYOMAR, Mattias, concl. sur C.E.f. Ass. 7 juillet 2004, *Benkerrou*, *R.F.D.A.* 2004, p. 915.
- HAMON, François et Herbert MAISL, « L'urgence et la protection des libertés contre l'administration », *D.* 1982, chron. VII, p. 54.
- HAURIOU, Maurice et Achille MESTRE, « Analyses et comptes rendus – L'État, le droit objectif et la loi positive, par Léon Duguit », *R.D.P.* 1902, p. 362.
- HAURIOU, Maurice, « Droit administratif », in *Répertoire du droit administratif – (Répertoire Bécquet)*, t. XIV, Paul Dupont éd., Paris, 1897, p. 16.
- HAURIOU, Maurice, « Les idées de M. Duguit », *Recueil de législation de Toulouse*, 1911, p. 5.
- HAURIOU, Maurice, « note » sous C.E.f. 29 avril 1892, *Wotting c/Ville de Limoges*, *S.* 1892, III partie, p. 17.
- HAURIOU, Maurice, note sous C.E.f. 20 juin 1911, *Directeur de l'Assistance Publique*, *S.* 1913, 3, p. 65.
- HAURIOU, Maurice, note sous C.E.f. 23 mars 1906, *dame Chauvin*, *S.* 1908, III, p. 17.
- HAURIOU, Maurice, note sous C.E.f. 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, *S.* 1915, 3, p. 9.
- HAURIOU, Maurice, note sous C.E.f. 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bézie*, *S.* 1912, III, p. 129.
- HEBRAUD, Pierre, « commentaire », de la loi du 15 juillet 1944, *D.* 1946, L (3), p. 334.
- HEBRAUD, Pierre, « L'acte juridictionnel et la classification du contentieux », *Rec. De l'Ac. De Lég. De Toulouse*, 1949, p. 132.
- HELLER, Charles, « La suspension dans le droit de la fonction publique », *R.D.P.* 1980, p. 422.
- HEURTE, André, « La notion d'ordre public dans la procédure administrative », *R.D.P.* 1953, p. 620.
- HUGON, Christine, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *P.A.* 11 déc. 2003, p. 7.
- JACQUE, Jean-Paul, « Les moyens d'ordre public dans le contentieux de pleine juridiction en France », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J. 1974, p. 229.
- JACQUELIN, René, « L'évolution de la procédure administrative », *R.D.P.* 1903, p. 377.
- JAGERSCHMIDT, Henri, Conclusions sur l'arrêt *Cadot*, *Rec.* 1889, p. 1151.
- JANICOT, Laetitia, « L'homologation : vers une justice administrative gracieuse », *R.D.P.* 2007, n° 4, p. 907-936.
- JEAMMAUD, Antoine, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n° 34, 2001, p. 18.

- JEAMMAUD, Antoine, « Contrainte », in *Dictionnaire de la culture juridique*, (Denis ALLAND et Stéphane RIALS dir.), P.U.F., Paris, 2003, p. 275.
- JEAN-PIERRE, Didier, « De quelques difficultés récurrentes à propos de la suspension des fonctionnaires », *J.C.P. A.* 2006, n° 24, chron. 1132.
- JESTAZ, Philippe, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron., p. 197.
- JEZE, Gaston, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.* 1909, p. 667.
- JEZE, Gaston, « Le Conseil d'État au contentieux et les projets de modification des règles de compétence administrative », *R.D.P.* 1894, p. 64.
- JEZE, Gaston, « préface » à *Le Contentieux administratif des États modernes*, (Stratis ANDREADES), Sirey, Paris, 1934, p. VII.
- JEZE, Gaston, note sous C.E.f. 10 février 1905, *Monsservin et autres* et 10 novembre 1905, *Carrière*, *R.D.P.* 1906, p. 51.
- JEZE, Gaston, note sous C.E.f. 10 février 1905, *Monsservin et autres* ; 10 novembre 1905, *Carrière*, *R.D.P.* 1906, p. 54.
- JEZE, Gaston, note sous C.E.f. 10 juillet 1931, *Chemin de fer de l'Est et autres*, *R.D.P.* 1931, p. 776.
- KOVAR, Robert, « La notion de juridiction en droit européen », in *Gouverner, administré, juger. Mélanges offerts à Jean Waline*, Dalloz, Paris, 2002, p. 607.
- L'HUILLIER, Jean, « commentaire à la loi du 8 avril 1946 », *Recueil Sirey*, 1946, p. 351.
- L'HUILLIER, Jean, note sous C.E.f. Ass. 27 mai 1955, *Électricité de France*, *D.* 1956, p. 310.
- LACHAUME, Jean-François, « Quelques remarques sur les critères de l'acte administratif exécutoire, émanant d'organismes privés gérant un service public administratif », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 95.
- LAFERRIERE, Julien, « Chronique législative, 1^{er} étude », *R.D.P.* 1920, p. 554.
- LAFERRIERE, Julien, « Chronique législative, 2^{ème} étude », *R.D.P.* 1921, p. 129.
- LAGARDE, Xavier, « Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique », *D.* 2005, n° 1, p. 83.
- LAMPUE, Pierre, « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis les origines jusqu'au début du XXe siècle », *R.I.S.A.* 1954, p. 359.
- LANGROD, Georges, « Procédure administrative et droit administratif », *R.D.P.* 1948, p. 549.
- LANGROD, Georges, « Remarques sur l'autorité des décisions administratives », *R.D.P.* 1948, p. 20.
- LASCOUMES, Pierre et Cécile BARBERGER, « De la sanction à l'injonction : le droit pénal administratif comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1988, p. 45.
- LASRY, Claude, concl. sur C.E.f. 12 oct. 1956, *Baillet*, *D.* 1956, p. 664.
- LAURIE, Frédéric, « Faut-il mettre fin à l'imprescriptibilité des poursuites disciplinaires dans la fonction publique ? », *A.J.D.A.* 2002, p. 1390.
- LAURIE, Frédéric, « La constitutionnalisation du droit disciplinaire », *VI^e congrès français de droit constitutionnel*, A.F.D.C., Montpellier, 9-11 juin 2005 p. 7.
- LAUVAUX, Philippe, « Aspects historiques de la responsabilité politique », in *La responsabilité des gouvernants*, Descartes & cie. Paris, 1999, p. 22.
- LAVERGNE, Benjamin, « La norme jurisprudentielle et son revirement en droit public », *Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif*, n° 1, 2008, p.283-312.
- LAVROFF, Dimitri Georges, « conclusion », *La séparation des pouvoirs, théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, 2007.
- LE PORS, Anicet, « Chronique d'une mort annoncée : le décret du 28 novembre 1983 », *J.C.P. A.*, n° 6, 2007, n° 2021, p. 23.
- LEGENDRE, Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, P.U.F. Paris, 1968, 580, p. 33.
- LEGER, Jacques, « Le constat : une crise salutaire », in *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, Éditions du C.N.R.S. Paris 1986, p. 20.
- LENA, Hyacinthe, « Aspects de la juridiction gracieuse en droit fiscal », *A.J.D.A.* n° 10, 1979, p. 3.
- LENOBLE, Jacques, « Introduction : la crise du juge : Mythe ou réalité ? », in *La crise du juge*, L.G.D.J., collection la pensée juridique moderne, Paris, 1996, p. 3.
- LEPETIT, Jean-François, « État, juge et régulateur », *P.A.* 23 janvier 2003 n° 17, p. 9.
- LETOURNEUR, Maxime, conclusions sous C.E.f. 27 janvier 1950 *Sieur Billard*, *Rec.*, p. 58, S. 1950, 3, p. 41.

- LEVAVASSEUR de PRECOURT, Frédéric Eugène, concl. sur C.E.f. 13 avril 1881, *Bansais, Rec.*, p. 431 ; S. 1882, p. 29.
- LEVAVASSEUR DE PRECOURT, Frédéric Eugène, conclusions sur C.E.f. 30 avril 1880, *Harouel et Horin, Rec.*, p. 419.
- LEYSSAC (de), Claude Lucas, « Les autorités de régulation. Entretien avec Yves Gaudemet, Michel Guénaire et Claude Lucas de Leyssac », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, Mai 2008, entretien 3.
- LEYSSAC (de), Claude Lucas, « Faut-il faire du Conseil de la concurrence une juridiction ? », *R. J. comm.*, 1992, p. 277.
- LINOTTE, Didier et Guillaume SIMONIN, « L'autorité des marchés financiers, prototype de la réforme de l'Etat ? », *A.J.D.A.* 2004, p.147.
- LOCHAK, Danièle, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », *in Les usages sociaux du droit*, C.U.R.A.P.P. - P.U.F., Paris, 1989, p. 252.
- LOMBARD, Martine, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », *A.J.D.A.* 2005, p. 530.
- LONG, Marcel, « Création des cours administratives d'appel », *A.J.D.A.* 2008, p. 1241.
- LUBEN, Ivan, « L'autorité adopte son nouveau règlement intérieur », *La lettre de l'Autorité de régulation des télécommunications*, 1^{er} janvier 2000, p. 10.
- LUCHAIRE, François, « Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ? », *R.D.P.* 1979, note n° 3, p. 36.
- LUCHAIRE, François, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est-elle exactement celle de la chose jugée ? », *in Le Conseil constitutionnel*, t. II : jurisprudence, 2^e éd. Economica, Paris, 1998, §17, p. 11-12.
- MAHINGA, Jean-Grégoire, « La transaction en droit public », *P.A.* 16 juin 2003, n° 119, p. 12.
- MAISL, Herbert, Céline WIENER et Jean-Marie WOEHRLING, « L'administration et ses usagers. Un décret ne fait pas le printemps », *A.J.D.A.* 1984, vol. 40, n° 3, p. 137-148.
- MALLOL, Francis, « La sanction disciplinaire déguisée en droit de la fonction publique », *A.J.D.A.* 2011, p.1656.
- MAMONTOFF, Catherine, « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », *R.F.D.A.* 1999, p. 1004.
- MAMONTOFF, Catherine, « La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives », *R.F.D.A.* 1999, p. 1004.
- MARIE, Léon, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », 1^{er} article, *R.D.P.* 1901, p. 266-267.
- MARIMBERT, Jean « L'ampleur du contrôle juridictionnel sur le régulateur », *P.A.* 23 janvier 2003 n° 17, p. 41.
- MARIMBERT, Jean, « Les conditions de l'indépendance comme facteur de légitimité », *in Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 83.
- MARION, Alain, « Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier », *in Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 27.
- MARTIN, Raymond, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *J.C.P.* I, 1990, 3469.
- MARTIN, Richard, « El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva ley del procedimiento administrativo general », *in Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general*, 2^e partie, ARA editores, Lima, 2003, p. 470.
- MATSOPOULOU, Haritini, « La présence du rapporteur du Conseil de la concurrence au délibéré, au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *P.A.* n°114, 20 sept. 1996, n° 114, p. 4.
- MAYORGA, Fernando, «la real audiencia : Órgano colegiado de justicia en el período hispánico» *Revue Credencial historia*, n° 148, avril 2020, *in* <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/revistas/credencial/abril2002/lareal.htm> consulté le 7 oct. 2010.
- MELLERAY, Fabrice, « Les catégories du droit de l'acte unilatéral et de la procédure administrative non juridictionnelle », *in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Jean-Bernard AUBY (dir.), Dalloz, Paris, 2010, p. 672.
- MESTRE, Jean-Louis, « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *E.D.C.E.*, n° 43, 1991, p. 281.
- MESTRE, Jean-Louis, « Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents », *R.F.D.A.*, 1996, p. 289.

- MESTRE, Jean-Louis, « Le traitement du contentieux administratif au XVIII^e siècle », *La revue administrative*, édition spéciale *Le Conseil d'État avant le Conseil d'État*, 1999, p. 83.
- MESTRE, Jean-Louis, « Intendants et contentieux administratif au XVIII^e siècle », *Revue administrative*, 1, Novembre, 2004, p. 639.
- MIMIM, Pierre, « Les moyens d'ordre public et l'office du juge », *J.C.P.* 1946, I, n° 542.
- MITARD, Éric, « L'impartialité administrative », *A.J.D.A.* 1999, p. 478.
- MITTERRAND, François, « Lettre à tous les français », Imprimerie L'avenir graphique, Paris, 1988, p. 6-7.
- MITTERRAND, François, message au colloque de l'Association « Services publics », dans les textes réunis par Robert FRAISSE, *Le service public demain*, Economica, Paris, 1989, p. 1.
- MODERNE, Franck, « Les modèles étrangers », in *Les autorités administratives indépendantes*, P.U.F., Paris, 1988, p. 221.
- MODERNE, Frank, « La distinction du tiers de l'usager dans le contentieux des dommages de travaux publics », *C.J.E.G.* 1964, p. 154.
- MODERNE, Frank, « Préface » à l'ouvrage *Les principes de la procédure administrative non contentieuse, études de droit comparé (France, Espagne, Amérique Latine)* (Allan R. BREWER-CARIAS), Economica, Paris, 1992, p. 2.
- MORANGE, Georges, note sous C.E.f. 11 août 1944, *Chaverou, D.* 1945, p. 228.
- MOREAU, Jacques, « La cause dans le contentieux de la responsabilité administrative extra-contractuelle », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges Stassinopoulos*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 89.
- MOREAU, Jacques, « Les autorités administratives indépendantes dans le domaine des assurances », *R.G.A.T.*, 1990, n° 1, p. 11.
- MOUREAU, Léon, « Notion et spécificité du contentieux administratif », in *Mélanges Jean Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 187.
- NICINSKI, Sophie, « Intervention économique et régulation », in *Traité de droit administratif*, Pascale GONOD, Fabrice
- ODENT, Raymond, « Les droits de la défense », *E.D.C.E.* 1953, p. 64.
- ODENT, Raymond, conclusions sur C.E.f. Ass. 26 oct. 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213; S. 1946, III, p. 3.
- ORDONNEAU, Pierre, « Les problèmes posés au cours des 10 dernières années par l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs », in *E.D.C.E.* 1977-1978, p. 114.
- OST, François, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 33.
- PACLOT, Yann, « Remarques sur le pouvoir de sanction administrative de la future autorité des marchés financiers », *J.C.P. Entreprise et Affaires*, n° 24, 12 Juin 2003, act. 174.
- PACTEAU, Bernard, « Les Conseils de préfecture au XIX^e siècle. Installation, implantation et interrogations », in *Les conseils de préfecture (an VIII-1953)*, Université de Poitiers, L.G.D.J., Poitiers, 2005, p. 7.
- PARLEANI, Gilbert, « La transaction en droit de la Concurrence » in « Faut-il accorder à l'AMF le pouvoir de transiger ? Compte rendu du Colloque organisé par l'AEDBF le 8 février 2005 » fait par Delphine SAURI, p. 5, in <http://aedbf-france.fr/COLLOQUES/resumetransactionamf.doc> p. 7, consulté le 18 fév. 2012.
- PEDRON, Pierre, « Traitement de la délinquance des mineurs : pour une rationalisation du droit et des pratiques éducatives sur le fondement des propositions de la commission Varinard », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, janv. 2009, n° 1, p. 25-62.
- PEISER, Gustave, note sous C.E.f. 6 fév. 1981, *Balzano, A.J.D.A.* 1981, p. 269.
- PELLISSIER, Gilles, « Pour une revalorisation de la spécificité des recours administratifs – Réflexions sur la fonction des recours administratifs dans l'ordre juridique français - », *R.F.D.A.* n° 14 – 2 – mars – avril 1998, p. 321.
- PERRIN, Bernard, « Le cadre juridique des emplois discrétionnaires de la fonction publique territoriale », *A.J.D.A.* 1989, p. 147.
- PETIT, Jacques, « L'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux sanctions fiscales », *R.F.D.A.* 1997, p. 843.
- PIEROT, Robert, « Le médiateur, rival ou allié du juge », in *Le juge et le droit public – Mélanges offerts à Marcel WALINE*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 684.
- PIETRAN COSTA, Alain, « Début du contradictoire dans la procédure de sanction COB : quand la notification des griefs ne fait pas grief », In *Bulletin Joly Bourse*, 1 mai 2000, n°3, p. 254.

- PISIER, Evelyne, « Vous avez dit indépendantes ? Réflexions sur les AAI », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 79.
- PISSALOUX, Jean-Luc, « Une expérience réussie : le recours administratif préalable des militaires », *A.J.D.A.* 2005, p. 1042.
- POCHARD, Marcel, « L'administration publique et la protection des droits fondamentaux », in *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, éd. imprenta Nacional de Colombia, Bogota, 2008 p. 77.
- POCHARD, Marcel, « Quel avenir pour la fonction publique ? », *A.J.D.A.* 2000, p. 7-8.
- PONTIER, Jean-Marie, « La notion d'état intermédiaire en droit administratif », in *Les États intermédiaires en droit administratif*, Journée d'études du 15 juin 2007, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, p. 12.
- POUJADE, Bernard, commentaire sous C.E.f. Sect. 1^{er} mai 1936, *Couspel du Mesnil*, G.A.C.A. 2^e éd., arrêt n° 56, p. 977.
- PREVEDOUROU, Eugénie, « L'influence de l'obligation du recours administratif préalable sur l'action en justice », Note sous l'arrêt de la C.J.C.E du 17 avril 1997, *Dimossia Epicheirissi Ilektrismou (DEI) c/ Evrenopoulos*, C-147/95, *R.F.D.A.* 1998, p. 1023.
- PUGET, Henry et Georges MALEVILLE, « Les recours purement administratifs mode de protection des administrés », *R.A.*, 1953, p. 113.
- PUGET, Henry, « Les recours quasi-contentieux en droit comparé », *R.I.D.C.*, janv.-mars, 1953, p. 254.
- PWNICA, Emmanuel, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *R.F.D.A.* 2010, p. 915.
- QUENTIN-BAUCHART, « Étude sur la juridiction administrative », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1870, t. 37, p. 145.
- QUILICHINI, Paule, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *A.J.D.A.* 2004, p. 1060.
- RAPP, Lucien, « Nature et pouvoirs de l'autorité de régulation des mesures techniques de protection », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, Janv 2007, n° 23, p. 65. V. C.c.f. Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, J.O. 3 août 2006, p. 11541.
- RENOUX, Thierry, « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, Paris, 2003, p. 853.
- RIALS, Stéphane, « L'office du juge », *Droits*, n°9, *La fonction de juger*, 1989, p. 8.
- RICHER, Laurent, « Commentaire de la Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *A.J.D.A.* 2000, p. 239.
- RICHER, Laurent, « Des droits du juge à ceux des justiciables », *A.J.D.A.* 1986, p. 278.
- RICHER, Laurent, « L'action administrative bénévole », in *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Economica, Paris, 1982, p. 123.
- RICHER, Laurent, « Préface » à la thèse de Michel DEGOFFE, *La juridiction administrative spécialisée*, Bibliothèque de droit public, t. 186, L.G.D.J., Paris, 1996, p. XI.
- RICHER, Laurent, Sophie NICINSKI et Pierre-Alain JEANNENEY, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », *A.J.D.A.* 2009, p. 521.
- RIVERO, Jean, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *R.D.P.* 1953, p. 287.
- RIVERO, Jean, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, p. 37-40.
- RIVERO, Jean, « Le juge administratif français, un juge qui gouverne », *D.* 1951, Ch., p. 21.
- RIVERO, Jean, « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », in *Mélanges Jean DABIN*, Bruylant, Bruxelles, 1963, p. 813-836, in *Pages de doctrine*, L.G.D.J., Paris, 1980, p. 567.
- RIVERO, Jean, « Remarques à propos du pouvoir hiérarchique », *A.J.D.A.* 1966, p. 155.
- RIVERO, Jean, « Synthèse », in *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Economica, Paris, 1983, p. 139.
- RIVERO, Jean, Préface à *Le pouvoir discrétionnaire*, (Jean-Claude VENEZIA), L.G.D.J., 1959.
- ROBERT, Jacques, « La bonne Administration de la justice », *A.J.D.A.* 1995, p. 117.
- ROBLOT-TROIZIER, Agnès, « Séparation des pouvoirs », in Michel VERPEAUX, Pierre MONTALIVET et al., *Droit constitutionnel, les grandes décisions de la jurisprudence*, P.U.F., Paris, 2011, p. 119.
- ROCHE, Jean, « Les exceptions à la règle de la décision préalable devant la juridiction administrative », *Mélanges Marcel Waline*, t. II, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 738.

- ROLIN, Élisabeth, « Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications », *P.A.* 23 janvier 2003 n° 17, p. 26.
- ROLIN, Frédéric, « Le coût du retard à juger devant les juridictions administratives. L'arrêt qui valait un milliard d'euros », *A.J.D.A.* 2004, p. 2145.
- ROMIEU, Jean, conclusions sur C.E.f. 2 déc. 1982, *Mogambury, Rec.*, p. 837.
- ROMIEU, Jean, conclusions sur T.c.f. 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just, Rec.*, p. 713, in *D.* 1903, 3, p. 41.
- ROUCHON-MAZERAT, Edmond, concl. sur C.E.f. 10 juillet 1931, *Chemin de fer de l'Est et autres, S.* 1931, III, p.115.
- ROUCOUX, Didier, « Réflexions sur le rôle du juge », *P.A.* n° 92, 7 mai 2008, p. 5.
- ROUGEVIN-BAVILLE, Michel, conclusions sur C.E.f. Sect. 19 nov. 1971, *Bruguière, Rec.*, p. 693.
- ROUX, Emmanuel, « France. Les apports de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits du citoyens dans leurs relations avec l'administration », in *Annuaire européen d'administration publique 2000*, vol. 23, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2001, p. 435.
- SABIANI, François, « Transaction administrative : les trois ambiguïtés de l'homologation », *D.A.*, mai 2003, n° 5, p. 6.
- SANTAMARÍA, Juan, "Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa", *R.A.P.* n° 77, mai-août, 1975, Instituto de Estudios Políticos, p. 89.
- SAUVE, Jean-Marc, « Justice administrative et autorités de régulation » Intervention au Colloque EFB-Dalloz - 9 avril 2008 in <http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/coll-efb-dalloz.pdf>, consulté le 10 fév. 2009.
- SAUVE, Jean-Marc, « Éditorial », in *Rapport public 2008* du Conseil d'État, La documentation française, Paris, 2008, p. 9.
- SAUVE, Jean-Marc. « Les sanctions administratives en droit public français », *Les sanctions administratives Actualité et perspectives*, *A.J.D.A.* n° spécial 2001, p. 17.
- SCHRICKE, Christian, conclusions sous C.E.f. 6 oct. 1982, *SA Laboratoires Delangrange, D.F.* 1983, n° 526.
- SENERS, François, conclusions sur C.E.f. Sect. 7 déc. 2001, *S.A. Ferme de Rumont, R.F.D.A.* 2002, p. 47.
- SEURIN, Jean-Louis, « Les origines historiques de la séparation des pouvoirs », in *Études offerts à Jean-Marie Auby*, Dalloz, Paris, 1992, p. 651.
- SLINGENEYER, Thibaut, « La pensée abolitionniste hulsmanienne », *Archives de politique criminelle*, n° 27, 2005, Éditions A. Pedone, p. 18, in http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=APC&ID_NUMPUBLIE=APC_027&ID_ARTICLE=APC_027_0005, consulté le 15 fév. 2010.
- SOTO (de), Jean, « La notion de juridiction », *D.* 1956, chr., p. 49.
- STIRN, Bernard et Simon FORMERY, « "La déjudiciarisation d'un certain nombre de contentieux est devenue une nécessité" », *J.C.P. A.* 2008, n° 10, 2051, p. 21.
- STRULLOU, Yves, conclusions sur C.E.f. 7 oct. 2009, *Ouahrirou, A.J.D.A.* 2009, p. 2239.
- TAILLEFAIT, Antony, « Les emplois fonctionnels dans la fonction publique territoriale », *D.A.* mars 2003, chron. N° 6, p. 10.
- TEDESCHI, Paul, « Quelques aspects de la réforme du contentieux administratif », *J.C.P.* 1988, I, 3342.
- TEITGEN-COLLY, Catherine, « Les instances de régulation et la Constitution », *R.D.P.* 1990, p. 191.
- TERCINET, Josiane, « Le retour de l'exception de recours parallèle », *R.F.D.A.* 1993 p. 705.
- TERRE, François, « La réforme de la COB : la confusion des pouvoirs », *La vie judiciaire*, 7 août 1989, p. 3.
- THIELLAY, Jean-Philippe, conclusions sur C.E.f. 25 juin 2008, req. n° 286910, *Mme. Baron, A.J.D.A.* 2008, p. 1777.
- THOMAS, Léonce, note sous C.cass. Civ. 3 juillet 1912, *D.* 1916, I, p. 235.
- TIMSIT, Gérard, « La régulation. La notion et le phénomène », *R.F.A.P.* n°109, 2004, 1, p. 5.
- TIMSIT, Gérard, « M. le maudit, Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 618.
- TINIERE, Romain, « La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif », *R.F.D.A.* 2009 p. 729.
- TOUT, Thierry, « La planète des sages », in *Notre Etat : Le livre vérité de la Fonction Publique*, Roger FAUROUX et Bernard SPITZ (dir.), éd. Robert Laffont, Paris, 2001, p. 694.

- TREPPOZ, Armelle, « La loi du 12 avril 2000 sur les relations entre les citoyens et les administrations », *D.A.* 2000, n° 8-9, p. 4.
- TRICOT, Bernard, concl. sur C.E.f. 29 janv. 1954, *Notre dame du Kreisker*, *R.P.D.A.* 1954, p. 50.
- TROPER, Michel, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », in *Pouvoirs*, n° 16, *La justice*, 1981, p. 6.
- TROPER, Michel, « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire électronique Montesquieu*, mis à jour le : 14/02/2008, <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lsh.fr/index.php?id=286>.
- TROPER, Michel, Préface à *La fonction juridictionnelle. Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, (Isabel BouCOBZA), Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2005. p. X.
- TROTABAS, Louis, « La nature juridique du contentieux fiscal en droit français », *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, Paris, 1929, p.715.
- TRUCHET, Didier, « La justice comme service public », in *Le service public de la justice*, éd. Odile Jacob, Paris, 1998, p. 31.
- TRUCHET, Didier, « La structure du droit administratif peut-elle rester binaire ? », *D.* 2000, p. 443.
- TRUCHET, Didier, « Label de service public et statut de service public », *A.J.D.A.* 1982, p. 429.
- TRUCHET, Didier, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », in *A.J.D.A.* 2005, p. 1768.
- TRUCHET, Didier, « Recours administratif », *Rép. Cont. Adm. Dalloz*, octobre 2000, p. 4.
- TUOT, Thierry, « Quel avenir pour le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes ? », *A.J.D.A.* numéro spécial 2001, p. 137.
- TURPIN, Dominique, « Le pouvoir judiciaire » in *Constitution et justice, Onzième session de l'Académie de Droit constitutionnel*, Tunis, 1995, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1996, p. 155.
- VAILLANT, Daniel, « Réflexion sur l'action administrative et sa sanction », *A.J.D.A. Les sanctions administratives*, n° spécial 2001, p. 9.
- VATIER, Bernard, « La justice est-elle un service public ? », in *Mélanges offerts à Pierre Drai – Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 141.
- VEDEL, Georges, « Hasard et nécessité », *Revue Administrative*, Numéro spécial n° 3, 2000, p. 208.
- VEDEL, Georges, « La loi des 16-24 août 1790 : texte ? prétexte ? contexte ? », *R.F.D.A.*, sept-oct. 1990, p. 708.
- VEDEL, Georges, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *E.D.C.E.* 1954, p. 43.
- VEDEL, Georges, « préface » à la thèse Pierre ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique t. 80, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 4 de la préface.
- VENEZIA, Jean-Claude, « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », in *Problèmes de droit public contemporain. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J. Paris, 1974, p. 148.
- VERRIER, Patrice, « Le Médiateur », *R.D.P.* 1973, p. 945.
- WALINE Marcel, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif français », *R.D.P.* 1928, p. 447.
- WALINE, Jean, « Évolution du contrôle de l'administration depuis un siècle », *R.D.P.* 1984, p. 1331.
- WALINE, Marcel, « Du critère des actes juridictionnels », *R.D.P.* 1933, p.567.
- WALINE, Marcel, « Le principe Audi Alteram partem », in *Livre jubilaire du Conseil d'État Luxembourgeois*, 1957, p. 503-504.
- WALINE, Marcel, note sous C.E.f. 16 déc. 1953, *époux Deltel*, *R.D.P.* 1956, p. 157.
- WALINE, Marcel, note sous C.E.f. 3 déc. 1958, *Boutin*, *R.D.P.* 1959, p. 756, *Notes d'arrêts de Marcel Waline*, t. I, Dalloz, 2004, p. 309.
- WALINE, Marcel, note sous C.E.f. 3 fév. 1956, *de Fontbonne*, *R.D.P.* 1956, p. 862.
- WIEDERKEHR, Georges, « L'évolution de la justice gracieuse », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 483.
- WOEHRLING, Jean-Marie, « Réflexions sur une crise : la juridiction administrative à la croisée des chemins », in *Mélanges R.-E. Charlier*, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, Paris, 1981, p. 341-368.

B. Droit colombien et institutions colombiennes

- APONTE, Gustavo, « La Administración como protectora de derechos fundamentales », in *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, imprenta Nacional de Colombia, p. 69.
- ARBOLEDA, Enrique, « Vía gubernativa », *Comentarios al nuevo Código contencioso administrativo*, éd. Cámara de comercio, Bogota, 1984, p. 74.
- ARREGUI, Pilar, « Los Alcaldes mayores en Indias : algo más sobre una hipótesis de trabajo », in *Derecho y administracion pública en las Indias hispánicas*, v. I, éd. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, p. 154.
- ATEHORTÚA, Alberto, “El control en las empresas de servicios públicos domiciliarios”, *Revue Contexto*, n° 21, nov. 2004, Universidad Externado de Colombia, p. 23.
- BALLÉN, Rafael et al., « Causas de la congestión en la jurisdicción contencioso administrativa », *Revue Prolegómenos – Derechos y valores*, V. IX, n° 18, juillet-décembre 2006, p. 35.
- BETANCUR, Carlos, « Acciones y recursos ordinarios », *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, n° spécial *Nuevo Código contencioso administrativo*, 1984, n° 65, p. 227.
- BOTERO, Andrés, « El órgano ejecutivo como ente administrador de justicia », *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, U.P.B. Medellín, n° 95, 1995, p.48.
- CABALLERO, Gaspar, “El control administrativo – La jerarquía y la tutela-”, in *La protección jurídica de los administrados*, Ediciones rosaristas, Bogota, 1980, p. 53.
- CAMPO, Juan, « Un ejemplo del carácter de gravamen de la vía gubernativa para los administrativos – Derechos de ciudadanos de América Latina en España-», *Revista de derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n°2, juillet 1997, p. 74.
- CANO, Fidel, “La ley de los caballos”, in *El Espectador*, n° 71, 4 juillet 1888, reproduit in *Periodistas Liberales del siglo XIX*, Editorial Minerva, Bogota, 1936, p. 150.
- CASTAÑO, José, « Desplazamiento de la función jurisdiccional en autoridades administrativas como clara violación al preámbulo de la Constitución de 1991. (Réplica a la ponencia del Dr. Alfonso Guarín Ariza) », *Revista del Instituto colombiano de Derecho procesal*, n° 32, 2006, p. 172.
- ECHEVERRY, Álvaro, « La Constitución de 1991 y el principio de la seguridad jurídica », dissertation d’admission à l’Académie colombienne de Jurisprudence, présentée le 30 novembre 2005, <http://www.aci.org.co>
- ESGUERRA, Juan, « El campo de aplicación de los procedimientos administrativos », in *Comentarios al Código contencioso*, 2^e éd., Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1986, p. 48.
- FAJARDO, Mauricio, « Algunas reflexiones acerca de la racionalización del Proceso Contencioso-Administrativo” in *Memorias – Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Bogotá 7-11 de julio del 2008, imprenta Nacional de Colombia, p. 216.
- GIL, Enrique, « La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial », *Revista digital de Derecho administrativo – Universidad Externado de Colombia*, n° 3, 2009, p. 14.
- GREGORIO, Carlos, “Gestión Judicial y reforma de la Administración de justicia en América Latina”, in www.iabd.org/sds/doc/sdg-Doc13-s.pdf, consulté le 15 déc. 2009.
- HERNÁNDEZ, Augusto, « Alegato en defensa de los jueces administrativos singulares o individuales », in *V Jornadas de derecho constitucional y administrativo -Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo-*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005, p. 337.
- HERNÁNDEZ, Jairo, « El derecho penal administrativo en Colombia », *Revista Universitas*, n° 46, Universidad Javeriana, juin 1974, p. 45.
- HINESTROSA, Fernando, « ¿Hacia una reforma de la administración de justicia?, in *Escritos varios*, Umaña Trujillo impresores, Bogota, 1983, p. 522.
- HINESTROSA, Fernando, « La présence de la culture juridique française en Colombie », in *L’ENA hors les murs*, numéro hors série *La Colombie au-delà des chichés*, septembre 2009, p. 13.

- HOYOS, Ricardo, « Las comisiones de regulación en Colombia », in *El derecho público a comienzos del siglo XXI, estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. II, Thomson, civitas, Madrid, 2003, p. 1403-1419.
- IBÁÑEZ, Jorge, “La inspección, vigilancia y control como expresión de la función de policía administrativa y la vigilancia y control de la gestión fiscal de la administración”, *Revue Vniversitas*, n° 103, juin 2002, p. 474 et 476.
- JIMÉNEZ, Claudia, “Represión administrativa y organismos de vigilancia y control. Análisis de derecho comparado colombo-francés”, *Revue Contexto*, n° 8, Universidad Externado de Colombia, août 2000, p. 56.
- JULIO, Alexei, “El ejercicio de funciones judiciales por la administración”, in *II Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2002, p. 295.
- LAFONT, Rafael, “La conciliación en lo contencioso administrativo”, in *II Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2002, p. 328.
- LAFONT, Rafael, entretien « Ostau de Lafont se la juega por nuevo Código », in *El Colombiano*, 5 octobre 2009.
- LAW, Enrique, “Policía administrativa y actividad financiera”, *Revista de derecho económico*, n° 5-6, janvier-Juin, éd. Temis, Bogota, 1985, p. 6.
- LOMBARDI, Giorgio, « El silencio de la administración pública – perfiles comparativos y aspectos problemáticos -», *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, n° 1, avril 1984, p. 75.
- LONDOÑO, Hernando, débat sur l’article 29 de la Constitution à l’Assemblée Nationale Constituyente, *Gaceta Constitucional*, n° 84, p. 8.
- MELGUIZO, Carlos, « Separación y limitación de los poderes públicos », *Revista de la Academia colombiana de jurisprudencia*, an V, 28 juin 1915, n° 49, p. 247.
- MEZA, Fernando, « Derecho de defensa en los procedimientos policivos », *Revue Estudios de derecho*, Universidad de Antioquia, mars 1972, vol. XXXI, n° 81, p. 51.
- MONROY-CHURCH, Ricardo H., « Descongestión de procesos requiere planes de avanzada », in *Corporación excelencia para la Justicia*, 23 juin 2009, <http://www.cej.org.co>, p. 1, consulté le 15 déc. 2009.
- MONTAÑA PLATA, Alberto, “Algunas reflexiones sobre el régimen normativo de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones”, in *Lecciones en materia de telecomunicaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2003, p. 165.
- MORA, Humberto, « La jurisdicción de lo contencioso administrativo y la administración de justicia », *Revista del Colegio mayor de nuestra señora del Rosario*, Août-Sept. 1991, n° 554, p. 46.
- MORENO, Luis, « La justicia y el principio de separación del poder en la tradición histórica colombiana », in *Justicia constitucional – El rol de la Corte constitucional en el Estado contemporáneo*, ouvrage collectif, Legis – Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, 2006, p. 1.
- OSPINA GARZÓN, Andrés, “Facultades *lura novit curia* y reparación integral”, *V Jornadas de derecho constitucional y administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2005, p. 551.
- OSSA, Jaime, “La jurisdiccionalización del derecho disciplinario”, *Revue Estudios de derecho*, Universidad de Antioquia, vol. LV, n° 125-126, 1996, p.166.
- OTS-CAPDEQUI, José, « Creación de la R. Audiencia y su gobierno hasta 1563 », in *Curso superior de historia de Colombia*, Academia Colombiana de Historia, t. V, éd. A.B.C., Bogota, 1951, p. 227-264.
- PALACIO, Juan, *Derecho Procesal Administrativo*, 4^e éd. Librería Jurídica Sánchez, Bogota, 2004, p. 73.
- PALACIOS, Andrés, « Introducción al análisis económico del derecho administrativo », *Revista de derecho público*, n° 22, Universidad de los Andes, Bogota, fév. 2009, p. 15-16.
- PEDRAZA, Dolly, « Descongestión de la Justicia contenciosa administrativa », *Organisation des États Américains, Département de Droit International*, in http://projusticia.org.pe/Informes/Reforma/Descongestion_Justicia.pdf.
- PENAGOS, Gustavo, “Protección jurídica de los administrativos”, *Revue Vniversitas*, n° 76, juin 1989, p. 81.
- PENAGOS, Gustavo, « El silencio administrativo », *Revista Vniversitas*, n° 81, 1991, p. 128.
- PÉREZ, Leonardo, « El divorcio por mutuo acuerdo ante notario : mitos y tabúes », in *Tercer Encuentro Internacional de Derecho Notarial*, l’Havane 29-31 mai 2008, www.fgr.cu
- PINILLA, Nilson, « Fundamentos de Derecho administrativo sancionatorio », *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 11, n° 39, Universidad Externado de Colombia, sept.-déc. 1989, p. 75.
- QUINTERO, Beatriz, « El derecho procesal en la Constitución de 1991 », *Revue Temas procesales*, n° 16, Medellín, mai 1993, p. 84.

- RAMÍREZ, Carlos, « Acciones y pretensiones contencioso-administrativas », *Revista de la Academia colombiana de Jurisprudencia*, n° 236-237-238, juillet-décembre 1980, p. 124.
- RESTREPO CANAL, Carlos, « Fundación de la Real Audiencia de Santa Fe de Bogotá y sus efectos políticos », *Boletín de Historia y Antiquedades*, XXXVI, n° 417-419, Bogota, juillet-sept. 1949, p. 385 .
- RESTREPO, Manuel, « Dimensión y causalidad de la congestión en la Jurisdicción contencioso administrativa », *Revista diálogos de saberes*, n° 29, juillet-décembre 2008, p. 256.
- ROZO, Eduardo, « Influencia del constitucionalismo francés en Bolívar », *Revista du Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n° 541, vol. 81, janv.-mars, 1988, p. 90.
- SANTOFIMIO, Jaime, “El procedimiento administrativo en Colombia y Perú. Actuaciones procesales”, *in Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, ARA Editores, Lima, 2001, p. 228.
- UPEGUI, Juan, « Crítica sobre un modelo de adjudicación. Análisis de algunos presupuestos acrílicos de la función judicial », *Revista de Derecho del Estado*, n° 16, Université Externado de Colombia, juin 2004, p. 145.
- UPRIMI, Leopoldo, « La ambigüedad e inconveniencia de los términos « jurisdicción », « función jurisdiccional » y « rama jurisdiccional del poder público » en torno de una reforma constitucional propuesta por la comisión Echandía », n° 215-216-217, janvier-juin 1977, p. 392.
- URIBE, Diego, « La regeneración », *in Evolución política y constitucional de Colombia*, Université Complutense de Madrid – Agencia española de cooperación internacional, Madrid, 1996, p. 172.
- VIDAL, Jaime, « Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana », *in Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n° 4, janv.-déc., 2000, p. 436.
- VIDAL, Jaime, « Prólogo » à *La reforma constitucional de 1936*, (Álvaro TIRADO et Magdala VELÁSQUEZ), éd. La oveja negra, Bogota, 1982, p. 9.
- ZAMBRANO, William, « Les droits des citoyens vis-à-vis de l’administration : le cas de la Colombie », *R.I.D.C.* 1992, vol. 44, n° 2, p. 464.

C. Droit d’autres États, sociologie et théorie du droit

- AMATO, Giuliano, « Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 3, 1997, p. 647.
- ARENA, Gregorio, « L’esperienza delle agenzie nel sistema amministrativo svedese », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1974, p. 69.
- ASÍS (de), Agustín, “Los recursos administrativos”, *in La Administración Pública española*, (Jaime RODRÍGUEZ – directeur), Ministerio de administraciones públicas, Instituto Internacional de Ciencias administrativas, sección española, Madrid, 2002, p. 626.
- BENVENUTI, Feliciano, “Autotutela”, *in Enciclopedia del diritto*, t. IV, Giuffrè editore, Milano, 1959, p. 546.
- BENVENUTI, Francesco, « Funzione amministrativa, procedimento, processo », *Rivista trimest. di dir. pubb.*, 1952, p. 141.
- BENOIT, Francis-Paul, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », *in Mél. Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 25.
- BONNARD, Roger, « La théorie de la formation du droit par degrés dans l’œuvre d’Adolf Merkl », *R.D.P.* 1928, p. 28.
- CANADA-BARTOLI, Eugenio, “Decisione amministrativa”, *in Dig. Disc. Pubbl.* Vol. IV, p. 270.
- CARNELUTTI, Francesco, « Lite et funzione processuale », *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, 1, p. 23.
- CASINI, Lorenzo, « Le agenzie amministrativa », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 53, n° 2, 2003, p. 393.
- CHEVALLIER Jacques, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.* n° 3, 1998, p. 659.
- CHIOVENDA, José (Giuseppe), *Principios de Derecho procesal civil (principii di dir. Proc. Civ.)*, Trad. de la 3^e éd. 1913, par José CASAS Y SANTALO, t. 1^{er}, Instituto éd. Reus, Madrid, 1922, p. 378.
- DANÓS, Jorge, « El proceso de elaboración y aprobación de la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General », *in Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general, Ley n° 27444*, ARA Editores, Lima, 2001, p. 20-21.

- DÍEZ-PICAZO, Luis, « Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial », *Revista española de Derecho constitucional*, n° 34, janv.-avril, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1992, p. 23.
- EISENMANN, Charles, « La pensée constitutionnelle de MONTESQUIEU », in *La pensée politique et constitutionnelle de MONTESQUIEU. Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948*, Colloque de l'Institut de Droit comparé de la Faculté de Droit de Paris, Sirey, Paris, 1952, p. 133-160.
- EISENMANN, Charles, « L' « esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges R. Carré de MALBERG*, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 165.
- FERNÁNDEZ, Gabriel, « La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América », *Vniversitas* n° 106, décembre 2003, p. 183.
- FORIERS, Paul, « Présomptions et fictions », in *Les présomptions et fictions en Droit*, Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 7.
- FROMONT, Michel, « Les modes alternatifs de règlement des litiges : l'exemple allemand », *A.J.D.A.* 1997, p. 59.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La formación histórica del principio de autotutela», *Moneda y crédito*, n° 128, 1974, p. 65.
- GARCIA-LLOVET, Enrique, « Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho », *R.A.P.* n° 131, 1993, p. 117.
- GARRIDO-FALLA, Fernando, « la obligación de resolver : actos presuntos y silencio administrativo », *Revista española de derecho administrativo*, n° 82, 1994, p. 189-199.
- GAUTIER, Pierre, « Philosophie des lumières et privation de liberté : le cas de Montesquieu », in *Enfermement et sécurité pénale*, Dalloz, Paris, 2007, p. 39.
- GÓMEZ-REINO, Enrique, «el arbitraje administrativo en el derecho de la competencia», *Revista de Administración Pública*, n° 162, Sept.-déc., 2003, p. 7.
- GONZÁLEZ, Francisco, «Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos», *Revista de estudios de la vida local*, n° 211, 1981, p. 409.
- GUILLÉN, Javier, «Administración y actividad arbitral : la necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo», *Revista de Administración Pública*, n° 166, Janv.-avril 2005, p. 360.
- GURVITCH, Georges, « Problèmes de sociologie du droit », in *Traité de sociologie*, t. II, P.U.F., Paris, 1960, p. 173.
- GUZMÁN, Christian, «Separación de funciones en la administración pública», in *Derecho administrativo*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 727.
- KELSEN, Hans, « The Law as a Specific Social Technique », 1941, in *What is Justice ? Justice, Law and Politics in the mirror of science*, University of California Press, 1971, p. 239.
- KELSEN, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *R.D.P.* 1928, p. 224-225.
- KELSEN, Hans, « Qui doit être de gardien de la Constitution ? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?) die Justiz », 1930-1931, Heft 11-12, Bd. VI, p. 567.
- KERNEIS, Soazick, « Autorité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-P.U.F., Paris, 2003, p. 112.
- LEUCHTENBURG, William, « The case of the contentious commissioner : Humphrey's Executor vs. United States », in *Freedom and reform : essays in honor of Henry Steele*, H/M. Imán & L.W. Levy eds. 1967, p. 278-312.
- LÓPEZ, Fernando, «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», *R.A.P.* n° 115, janv-avril, 1985, p. 58.
- MADISON, « Le fédéraliste, n° XLVII », in *Le Fédéraliste*, L.G.D.J., Paris, 1957, p. 401.
- MARIO NIGRO, «La decisione amministrativa», *Enc. Dir.* XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 812.
- MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II «La actividad de las administraciones públicas.», 4^{ème}, éd. Aranzadi, Madrid, 1999.
- MOUSSEAU, Jacques, « La télévision en Grande-Bretagne », *Communication et langages*, n° 78, 1998.
- NIGRO, Mario, «La decisione amministrativa», *Enc. Dir.* XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 812.
- NILS HERLITZ, « Le droit administratif suédois », *Rev. Int. Sc. Adm.*, 1953, p. 533.
- PARADA, José, «La actividad administrativa arbitral», in *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: homenaje al profesor Garrido Falla*, Madrid, Editorial Complutense, D.L., 1992, p. 1174
- PAREJO, Luciano, « La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo », in *R.E.D.A.* n° 49, 1986, p. 23-27.

- PICARD, Étienne, « L'état du droit comparé en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51, n°4, Octobre-décembre 1999, p. 892.
- QUINTERO, Gonzalo, "La autotutela, los limites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal", *R.A.P.* n° 126, sept.-déc. 1991, p. 253.
- TRAVI, Aldo, "Decisione amministrativa", in *Dig. Disc. Pubbl.* Vol. IV, 1989.
- WALINE, Marcel, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. I, Sirey, Paris, 1963, p. 370.
- WALZ, Michael, « Introduction à injustice légale et droit supralégal de Gustav Radbruch », *Archives de philosophie du droit*, 1995, vol. 39, p. 305-306.
- WEBER, Max, « Propos sur l'exposé d'Hermann Kantarowicz : « la science du droit et la sociologie » Congrès allemand de sociologie 1910 », in *La Sociologie du droit de Max Weber.* (J-Ph. HEURTIN et N. MOLFESSIS), Dalloz, Paris, 2006, p. 227.

Index

(Les chiffres correspondent au numéro de la page de la version imprimée de la thèse)

- A -

- **Accès à la justice** : 162, 211, 311, 377, 401, 429, 446, 464, 474, 505-506, 556 et suiv, 563, 564-567, 720.
 - droit au juge : 566.
 - droit au recours juridictionnel : 161-162, 521, 564-565, 572, 607, 615.
 - (Voir : décision implicite, décision présumée, décision fictive)
 - (Voir : décision préalable)
 - (Voir : recours administratifs préalables obligatoires)
 - (Voir : Recours administratif : conservation du délai du recours juridictionnel)

- **Acte administratif** :
 - Abrogation de.. : 168, 220, 222, 524, 531, 534-541, 554, 591.
 - contentieux : 356 (Voir : décision administrative contentieuse).
 - Préparatoire : 497-500, 694.
 - Révocation de... : 168, 531, 535, 537-541, 575, 577.
 - (Voir : décision administrative)

- **Administration** :
 - Active : 13, 26, 33, 36, 47, 65, 71-73, 76-85, 107, 110, 118, 123, 127, 160, 172-173, 196, 217, 237, 268, 280, 290, 304-305, 310, 326, 362, 405, 407, 409, 422, 442, 447.
 - Consultative : 74.
 - Contentieuse : 11-13, 25, 35-44, 76, 78, 83, 421, 807.
 - De contrôle : (voir : contrôle).
 - De la justice (Colombie) : 16, 32, 87-91, 93-94, 101-102, 109, 141, 170, 203, 208, 242, 254, 294, 296-297, 367-369, 486, 491, 730.
 - Dénis d' : 610.
 - Juridictionnelle : 76, 169-170, 182, 264, 409, 413, 440, 448.
 - - juge/ministre-juge : (voir : ministre-juge)
 - Non juridictionnelle : 36, 47, 409-417, 432, 439-444, 448, 465, 612-613, 759.

- **Autorité** :
 - administrative contentieuse : 379, 617, 781, 785, 791, 794, 802.
 - administrative indépendante : 27, 34, 127, 129-131, 133, 136-138, 145, 167-168, 206, 234, 287, 289, 291, 298, 329, 339, 353, 355, 366, 382, 385, 409, 656, 684, 730, 739-740, 742-743, 746, 752, 774, 782, 790.
 - contentieuse : 66-67, 74, 80, 84, 323, 361, 379, 615, 774, 783, 790-791, 793-795.
 - de régulation : 18, 146, 201, 754, 768, 774-774, 780, 783, 786, 792, 797.
 - Judiciaire : 135, 164-166, 221, 266-267, 649-653.
 - publique indépendante : 790.

- **Autotutela** :
 - (voir : prérogatives de puissance publique)

- **Agence** : 129, 131-133, 135, 294, 303, 332, 339, 343-344, 395, 762-763, 765.

- C -

- **Cause :**
 - De l'action/ de la demande/ litis/ du recours : 455-456, 464, 480, 489, 491-493.
- **Chose jugée**
 - administrative : 216, 218-220.
 - de la juridiction gracieuse : 172, 175, 177-179.
 - Définition de la... : 220-223.
 - élément juridictionnel : 225, 234, 299.
 - et chose décidée : 216, 218-220, 223.
- **Conciliation** : 18, 124-125, 174, 426, 445, 496, 502-509, 516, 519, 539, 543, 568, 621-622, 767, 774, 784, 799, 801-802.
- **Contentieux**
 - administratif non juridictionnel : 23-24, 260, 423, 688, 714, 798-799.
 - administratif juridictionnel : 23, 472, 475-477, 485.
 - Caractère normal du... : 179.
 - Civil : 390, 758-759.
 - Définition matérielle du... : 11, 169, 179-181, 239, 359-361, 365-368, 388, 391, 495-502, 569 et suiv., 687 et suiv.
 - identification juridictionnelle du... : 21-23, 59 et suiv., 78-81, 85 et suiv., 91-95, 107 et suiv., 169 et suiv., 287-288, 513.
 - Liaison du... : 27, 431, 449-452, 458, 460, 469-472, 493-502.
 - Prévention du... : 120, 124-127, 377, 431, 494, 502-509, 511, 616, 619, 624, 688, 808.
- **Contradiction :**
 - (voir : Garanties : contradiction / contradictoire.
- **Contrôle :**
 - administratif : 35, 47-48, 69, 82, 92, 191-192, 210, 214, 242, 247, 259, 262, 305, 317-325, 336, 376-378, 415-416, 523, 530-534, 541-542, 548, 550-556, 567, 573-574, 600, 622, 662, 664-668, 738-739, 742, 745, 774, 784, 802.
 - contentieux : 322-325.
 - hiérarchique (v. sanction disciplinaire)
 - juridictionnel : 11, 20, 137, 168, 178, 191, 212, 215, 287, 318, 324, 328, 373-374, 377, 384, 386, 390, 394, 405-408, 411, 419, 422-423, 426, 442, 445, 478, 493, 500, 508, 516-517, 522, 540-541, 552, 559, 567, 574, 596, 619, 624, 632-633, 725, 745, 762, 776, 800, 804.

- D -

- **Décision administrative**
 - Contentieuse : 492, 578, 583, 624-625, 772, 782, 787, 794, 807.
 - Exécutoire : 175, 219, 240, 269, 308-311, 319, 345, 371, 374, 379-380, 388, 390, 450, 549, 554, 568, 578, 703-704, 757, 795.
 - Fictive : 604-614.
 - Implicite : 48, 435, 439, 446, 454, 461, 464, 466, 468, 474, 517-519, 522-523, 525, 529, 557, 565, 580, 590-591, 595-599, 603-614, 620, 622-623.
 - Obligatoire/exécutive : 309-310.
 - Préalable : 54, 66, 69, 125, 310-311, 431 et suiv., 808.
 - Présumée : 605-608, 612.
- **Délai raisonnable :**
 - (voir : encombrement des juridictions).
- **Droit**
 - à l'examen effectif du recours : 572, 580, 589-595, 620.
 - à la preuve : 587, 594, 600, 696, 717-719, 737, 808.

- Au recours et au juge : (voir accès à la justice).
- d'accès au dossier : 634, 645, 693-694, 709, 712-713.
- d'être entendu : 586-657, 589, 593, 616, 662, 688, 691, 714-717, 732, 737, 808.
- de décision : 359, 389, 433.
- de faire opposition : 271, 276.
- de parler en dernier : 715, 787.
- de pétition : 48, 82, 213, 301, 321-322, 361, 513-567, 569, 571-572, 574, 580, 599-603, 607, 613, 619, 622, 789.
- de plainte : 324, 349, 515, 567, 662, 689, 717, 748, 760.
- de recours administratif ou au recours administratif : 321, 570, 577.
- de récuser/ de demander le déport : 753-756, 790, 793-794.
- de se faire assister : 710-721.
- (Voir : garanties processuelles)
- (Voir : procédure administrative : régulière du droit)
- (Voir : procès : équitable)

- E -

- **Efficacité** : 33, 40, 65, 109-110, 123, 128, 144, 151, 154, 215, 230, 307, 312, 314, 320, 324, 365, 370, 376, 383-388, 390, 392-395, 398, 401, 505, 508, 515, 520, 545, 554, 581, 583-584, 589, 595, 600-602, 607, 611, 614, 617-618, 619-622, 653, 683-687, 690, 707, 709, 712, 714, 719, 730-831, 764, 778, 785-790, 800, 803-804.
- **Encombrement des juridictions** : 12, 104-128, 165, 179, 214, 234, 282, 288-289, 296-296, 300-301, 338, 370, 375-378, 383, 385, 391-392, 394, 446, 505-507, 542-543, 545, 583-584, 611, 614, 683.
 - Délai raisonnable : 109-110, 114, 143, 737, 785 et suiv.
 - (voir : Justice : Déni de...)
- **État de droit** : 11, 14, 31, 59, 118, 313, 334, 347, 359, 362, 370-378, 395, 406, 485, 504, 615, 807.
- **État d'esprit contentieux** : 595, 614-623, 790.

- F -

- **Fonction / activité**
 - administrative : 11, 19, 21, 35-54, 65, 102, 122, 134, 187-189, 195, 209, 232-233, 246, 306, 325-236, 331, 333-335, 348, 350-352, 355-356, 361, 366, 378, 404-421, 426, 493, 496, 574, 578, 580, 603, 614-615, 682, 685-686, 746, 756-757, 760-766, 784, 793-796, 799, 802, 804-808.
 - arbitrale : 348, 350-352, 417, 420, 496, 762, 764-766, 778, 801, 804.
 - contentieuse/administrative : contentieuse : 11-13, 17, 26-27, 31, 38-40, 43-45, 50, 59, 63, 65-66, 69, 76, 79, 80, 86, 88, 91, 103-104, 107-108, 121, 128-129, 133-134, 137, 139, 141-142, 148-149, 152, 157, 161-162, 167-168, 189, 193-195, 201, 233-234, 246-251, 256, 270-271, 287, 290, 302, 304-305, 313, 315-317, 322-331, 332, 334, 340, 345, 347, 358-362, 365-370, 377-379, 387-398, 400, 403-404, 407-409, 411, 413, 416-423, 426-427, 431, 494, 496, 498, 501-502, 509-511, 513, 516, 567 et suiv., 625, 627-628, 688-689, 694, 696, 700, 703, 707-709, 713, 716, 721, 756-757, 768-769, 771-772, 774-776, 780, 782-807.
 - de police administrative : 14-16, 17-18, 33, 164, 295, 325, 334, 369, 413-415, 638, 641, 685.
 - de régulation : 13, 15-16, 18-19, 50, 119, 133-135, 138-139, 336, 348, 351, 386-387, 394, 398, 415-416, 423, 496, 660, 677, 684-685, 689, 738, 744, 757, 763-764, 766-769, 777, 778-784, 785, 796, 800-802.
 - de service public : 13-17, 19, 33, 42, 50, 194, 213, 325, 334, 413-415, 420, 495-496, 668, 775, 779, 797-798, 800, 802.
 - administrative décisoire : 356-358.
 - d'ajudication : 294, 337, 339-341, 395, 762.
 - et activité : 44-45.
 - exécutive : 97, 187-195, 389.
 - juridictionnelle : 11, 13, 36-37, 44, 48, 59, 65-70, 75, 81, 88-92, 94-95, 102-104, 140, 153, 161, 158-169, 171, 175, 186-195, 209-210, 215, 217, 224-225, 227-229, 231-234, 270, 273, 281, 293-298, 300, 302, 326-328, 332-334, 340, 351, 353-355, 359-360, 367, 373, 378, 384, 407, 411, 413, 417-419, 435, 449-450, 485, 542, 615, 627, 756, 761-762, 765, 778, 795, 807.

- juridictionnelle de l'administration colombienne : 32, 94, 100-104, 161, 207-210, 227, 231, 233, 264, 266, 293-305, 331, 345, 352, 391, 758-762.
- matériellement juridictionnelle : 39, 65-66, 68-70, 94, 114, 189, 193-195, 231, 327-330, 332-333, 360, 420.
- processuelle : 347, 352-356.
- quasi-juridictionnelle/quasi contentieuse : 30, 39, 206, 303, 335-345, 349, 351, 795.

- G -

• **Garanties processuelles :**

- application aux autorités administratives : 137-148, 163, 210-215, 314, 322-323, 330-331, 354, 383, 706, 722-738.
- Contradiction/contradictoire : 30, 67, 78, 138, 140, 198, 202, 206, 214, 226, 228, 248, 312, 337, 342, 349, 351, 353-354, 356, 394, 451, 486, 487-489, 504, 527, 586-588, 692, 714-715, 731, 736, 785-790, 794, 796, 803.
- Droits de la défense/droit de défense : 27, 139-140, 156, 321-322, 325, 348, 394, 401, 499-500, 567, 572-573, 578, 587, 634-637, 640-641, 656, 695, 709, 712-731, 737.
- Garantías judiciaires (Conv. A.D.H.) : 143-144, 147-148, 733-734.
- Indépendance : 27, 30, 36, 59, 73, 82, 85, 90, 127, 130, 133, 135-137, 182, 187-188, 196, 199-200, 206, 210, 214-215, 228, 231, 241, 243, 291, 303, 336, 339, 344, 365, 372-374, 382, 387, 393, 404, 406-408, 440, 442, 444-446, 465, 551-552, 556, 613, 734, 737-746, 753, 756-757, 790-791.
- Présomption d'innocence : 139, 142, 696, 703-707, 713, 732, 736, 748.
- (Voir : droit)
- (Voir : impartialité)
- (Voir : Procédure administrative : régulière du droit)
- (Voir : Procès : équitable)

- H -

- **Homologation** : 173-174, 178-179, 232, 411, 505, 508-509.

- I -

• **Impartialité :**

- administrative : 151, 154, 156-157, 201-202, 210, 214, 228, 234, 323, 347, 351, 380-383, 388, 394, 565, 617-618, 663, 705, 731, 736, 738, 746-756, 764, 783, 791-794.
- Extranéité (terzietà) : 201-202, 290, 381, 764, 783.
- fonctionnelle : 746-752.
- juridictionnelle : 30, 138, 157, 200-202, 228, 351, 379.
- objective : 747, 752.
- personnelle : 746 et suiv., 752-756.
- structurelle : 154, 284, 747.
- subjective : 323, 747, 752.

• **Indépendance :**

- (voir : garanties : indépendance).

- J -

- **Juridicité** : 323, 371-374, 376, 378, 387, 408, 478, 480-481, 486-487, 490, 492-493, 506, 508, 562-563, 570, 573, 575, 577, 583, 595, 646.

• **Jurisdiction**

- administrative spécialisée : 29, 83, 85, 115-116, 120, 197, 200-201, 205, 211, 264, 280-293, 299-303, 329, 341, 350, 394, 544, 748-749.
 - Définition de... : 168-234.
 - gracieuse : 169-170, 324.
 - Réserve juridictionnelle (premier et dernier mot) : 162-168, 181, 186, 625, 651.
 - Tribunal non juridictionnel : 383, 728, 861.
 - Unité ou pluralité juridictionnelle : 862.
 - volontaire : 170-171.
- **Juridictionnalisation** : 25, 27, 29, 32-34, 48, 50, 57, 59, 69-70, 79, 81, 107-108 et suiv., 120-121, 123, 125, 127, 158, 163, 169, 179-186, 206, 210-211, 215, 233, 289, 292, 303-304, 360, 375,
- **Justice**
 - retenue : 64, 74, 82, 107, 246, 248-249, 280, 311, 337, 349, 407-408, 584.
 - déléguée : 74, 199.
 - dénis de... : 109.
 - fonction de... : 14, 16, 32, 90, 241, 248, 257, 356-357, 807.
 - (voir : accès à la justice)
 - (voir : service public : justice)

- L -

- **Litige** (v. Contentieux)
- **Légalité** : 33, 140, 174-175, 178, 194, 220-221, 226, 291, 294, 310, 312-313, 318, 321, 324-325, 345, 353, 372, 408, 427, 431, 442, 445, 449, 458-465, 467, 474, 477-478, 481-482, 484, 487, 489-491, 493, 531-541, 562, 567, 572, 577, 591, 594-595, 598, 648, 650, 661, 663-664, 671, 685, 697-703, 723-725, 736-737, 745, 759, 769, 780, 787, 795-796, 798.
 - (Voir : juridicité)

- M -

- **Mesures de police** : 17, 139, 247, 415, 637-642.
- **Mesures prises en considération de la personne** : 315, 630, 634-636.
- **Ministre-juge** : 26-29, 38-39, 66, 80-81, 83, 92, 195, 197, 222, 264-280, 284, 304, 334, 359, 431-439, 465, 471, 476, 513-514, 521, 766.
 - administrateur-juge : 26, 110, 286, 293, 325-326, 328, 345, 391, 440, 448, 452, 519, 593.
 - Théorie de l'État débiteur : 265, 267, 432-434, 437.
 - (Voir : décision préalable)
 - (Voir : recours administratifs ordinaire/facultatif)
 - (Voir recours administratifs : préalable obligatoire)

- O -

- **Office du juge** : 312, 466, 476-493.

- P -

- **Police administrative** :
 - (voir : fonction de police administrative)
 - (voir : mesures de police)
- **Politique** :

- Contentieuse : 179, 183-186, 485, 614, 619-622, 625.
- Criminelle : 184.
- de désencombrement : 116.
- jurisprudentielle : 29, 138, 211, 284, 288, 704.
- Punitive : 627, 677.
- Sanctionnatrice : 184.

- **Pouvoir hiérarchique** : 533, 664-668, 744.

- **Prérogatives de puissance publique**
 - Autotutela : 307, 357.
 - Contrainte : 269, 307-308, 370-374, 379, 384, 388, 628, 751, 773.
 - Prérogative contentieuse : 313, 315-317.
 - Raison d'être des... : 40, 307, 312, 314-315, 317, 325, 400-401, 446.
 - (Voir : Décision exécutoire)

- **Présomption d'innocence** :
 - (voir : Garanties : présomption d'innocence).

- **Privation de la liberté** : 136-166, 400, 649-650.

- **Procédure administrative** :
 - auditoire : 198, 206, 315, 321, 380, 527-528, 586, 714.
 - contentieuse : 20-21, 142, 322, 347, 349, 356, 410-411, 788-790, 794-795, 801-803, 807.,
 - non contentieuse : 21, 46, 172, 211, 410.
 - triangulaire : 348-350, 497, 688, 788.
 - régulière du droit : 138, 140-142, 147, 210, 314, 322, 354, 500, 538, 566, 588-589, 594, 599, 602, 636, 641-642, 700, 702, 706, 711, 716, 719, 721, 732, 735-738.

- **Procès**
 - Définition juridictionnelle du... : 91, 186, 353, 367.
 - administratif non juridictionnel : 24, 353-354, 494, 733, 735, 805, 807.
 - équitable : 138, 142-148, 155, 207, 291, 330-331, 354, 385, 392, 394, 724, 727-732, 747, 803.

- Q -

- **Quasi** :
 - (voir : fonction quasi juridictionnelle/ quasi contentieuse).

- R -

- **Recours administratif**
 - conditions de nature contentieuse des... : 567 et suiv.
 - contentieux : 570, 576-577, 581, 592, 611, 807.
 - Fonctions non contentieuses des... : 513 et suiv.
 - Interruption du délai du recours juridictionnel/conservation du délai : 520-525.
 - non contentieux : 321.
 - Obligation de décider les... : 596 et suiv.
 - ordinaire ou facultatif : 323, 516, 522, 526, 530, 548, 557, 577 579.
 - préalable obligatoire :
 - quasi-contentieux : 337-338, 342.
 - (Voir : droit : à l'examen effectif des recours)
 - (Voir : voie gouvernementale (Colombie))

- **Régulation** :
 - (voir : fonction de...)

- S -

- **Sanction administrative**
 - automatique : 647, 654, 707-709, 724.
 - Définition de... : 628-687.
 - Finalité punitive : 630, 636-649, 655-656, 660, 668, 679, 687, 696, 726-727, 756.
 - Fonction contentieuse de la... : 687 et suiv.
 - Légalité de l'infraction : 685, 696-703, 724, 737.
 - Légalité des sanctions : 650, 671, 685, 724, 738.
 - Les griefs et la naissance du contentieux : 499-500, 509, 689 et suiv.
 - Précision des griefs : 697, 699, 702.
 - Punitions : 139, 154, 660, 678-679, 698, 703-706, 723-727, 731, 736, 756.
 - Sanction disciplinaire : 47, 131, 138, 154, 185, 318, 344, 415, 581, 614, 627, 642-643, 653, 658-668, 679, 701, 725.

- **Séparation de la juridiction et l'administration** : 404-409.

- **Séparation des autorités administratives et judiciaires** : 72, 75, 85, 240-241, 345, 252, 265, 307, 344, 404-405, 411.

- **Séparation entre l'administration non juridictionnelle et la juridiction administrative** : 85, 431, 439-448, 613.

- **Séparation des étapes de la procédure de sanction** : 153-156, 650.

- **Séparation des pouvoirs** :
 - collaboration entre les pouvoirs ou entre les branches du pouvoir : 12, 63-65, 94-104, 151, 208, 229-230, 266, 293-296, 299-300, 302, 320, 345, 364, 391, 616, 685, 757.
 - exercice multi-organique du pouvoir : 40, 51, 108-169, 190, 192-193, 234, 362-367, 369, 378, 420, 627, 807.
 - interprétation classique de la... : 31-32, 60-62, 65, 85, 128, 135, 148-149, 152, 158, 183, 190, 331, 333, 396, 627, 681, 800, 807.
 - nombre des pouvoirs (unité, dualité, trois pouvoirs, quatrième pouvoir) : 57, 60-61, 64-65, 75, 88, 93, 95-100, 104, 136-136, 150-152, 187, 195, 294, 343, 363-365, 627, 735.
 - pouvoir juridictionnel : 63, 86, 88, 95-96, 101, 110, 186, 188, 195, 229, 265-266, 293, 362, 404.
 - Unité du pouvoir public : 57, 88, 95-100, 104, 192, 294, 363-365, 627, 735.
 - vision juridictionnelle du contentieux : 59-107, 108 et suiv., 171, 179-181, 185, 287-288, 513, 589.

- **Service public** :
 - de la justice : 16, 169, 213, 414.
 - administratif : 213, 414.
 - (Voir : fonction : de service public)

- **Silence de l'administration** :
 - (voir : décision implicite, décision présumée, décision fictive, dénis d'administration).

- T -

- **Tutela (action de...)** : 47, 213, 314, 500, 589, 601-602, 613, 716, 719, 732, 734.
- **Tutelle (contrôle de...)** : 47, 318, -319, 321, 666, 738-739, 741, 744.

- V -

- **Voie gouvernementale** : 20, 48, 251-257, 260, 262, 411, 550-556, 562, 566.

Résumé: L'activité contentieuse de l'administration en droit français et colombien

La résolution des litiges est couramment considérée comme une fonction exclusivement juridictionnelle. Les recours portés devant les juridictions sont appelés recours contentieux et la procédure juridictionnelle serait la procédure contentieuse. Devant l'administration, la procédure serait non contentieuse et les recours seraient des pétitions gracieuses. Or, tant l'administration française que l'administration colombienne tranchent quotidiennement des litiges dans l'exercice d'une fonction contentieuse qui n'est pas nouvelle. Dès lors, l'exclusivité juridictionnelle du contentieux n'est qu'une vision déformée de l'organisation du pouvoir. La résolution administrative des litiges est l'une des prérogatives de puissance publique dont dispose l'administration. Elle se caractérise par son caractère accessoire de la mission administrative principale; il s'agit d'un instrument de la réalisation des finalités de l'action administrative. L'administration tranche les litiges dans l'exercice de sa fonction administrative : les décisions administratives contentieuses n'ont pas force de chose jugée, pouvant être l'objet du contrôle juridictionnel qui décidera définitivement le litige. Cette fonction administrative est conforme à la théorie de la séparation des pouvoirs dont l'interprétation séparatiste ne se réalise ni en France ni en Colombie. Cependant, l'administration n'exerce pas sa fonction contentieuse à chaque fois qu'un recours administratif est exercé, qu'une procédure de sanction administrative est entamée ou qu'un litige opposant deux particuliers est porté à la décision de l'administration. L'activité contentieuse de l'administration exige qu'un véritable contentieux soit présenté à l'administration, que ce contentieux se matérialise devant l'administration et qu'elle tranche unilatéralement le fond du litige. Dans cas, l'administration n'exerce une fonction ni matériellement juridictionnelle ni quasi contentieuse, mais une véritable fonction contentieuse.

Descripteurs : Litige - contentieux administratif non juridictionnel - fonction administrative, fonction juridictionnelle - décision administrative contentieuse - acte administratif - acte juridictionnel - procédure administrative contentieuse, non juridictionnelle - recours administratifs contentieux - sanctions administratives - litiges entre sujets de la régulation - droit français - droit colombien.

Title and Abstract : The administrative function of dispute resolution into French and Colombian law

Dispute resolution activity is commonly considered as a wholly judicial function. Judicial actions against the administration and the procedure followed by Courts would be referred as "contentious", while actions and procedures before administrative bodies would be described as "non-contentious". Still, both Colombian and French administrations may resolve disputes on a daily basis as a result of longstanding "contentious" missions. Therefore, a vision that reduces this "contentious" to the solely judicial activity distorts this reality in power organization theory. The administrative resolution of disputes is an incidental prerogative of the public administration. It is characterized by its attachment to the main administrative mission, it is an instrument for the purposes of administrative action. The administration resolves disputes as part of its administrative function: administrative "contentious" decisions have not the force of a final judgment, and could be subject to judicial review. Administrative "contentious" missions seem to conform to a non-rigid vision of the separation of powers shared by Colombian and French systems. However, the administration does not performs a "contentious" activity every time an administrative action or an administrative sanction procedure is undertaken, or when it has to decide a controversy opposing two individuals. Administrative "contentious" activity demands a real "contentious" to be materialized before the administration, which also decides the bottom of the dispute. In that case, the administration does not perform a judicial or quasi-judicial mission, but just a real "contentious" mission.

Keywords : dispute - non jurisdictional administrative litigation - administrative fonction - judiciaire fonction - contentious administrative order - judiciaire order - contentious procedures administrative - administrative action - administrative sanction - controversy between persons to the regulation fonction - French law - colombien law.