

1°) L'écran législatif aujourd'hui

Dans une étude sur "le droit administratif en 2013", le Président Stirn a pu dire que "le juge constitutionnel est parfois juge administratif, le juge administratif est de plus en plus souvent juge constitutionnel", et même que "le juge administratif est le juge de droit commun du droit de l'Union européenne et du droit constitutionnel" (B. Stirn, AJDA 25/02/2013).

Ces affirmations révèlent que si la théorie des "normes écrans" n'a pas disparue, elle connaît cependant de profondes mutations, tant s'agissant de l'écran législatif entre les actes infra-législatifs et le droit international (a) qu'entre les actes infra-législatifs et la Constitution (b).

a) L'écran législatif et les normes internationales.

Jusqu'en 1975 pour le juge judiciaire (Cass, 1975, Sté des cafés Jacques Vabre) et 1989 pour le juge administratif (CE Ass., 1989, Nicolo), les justiciables ne pouvaient valablement invoquer les dispositions d'un traité international à l'encontre d'un acte si une loi postérieure à ce traité s'interposait. Mettant fin à la jurisprudence dite des semences (CE 1968, Syndicat national des fabricants de semence de France), suite à la décision IVG de 1975 du conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat reconnaît en application de l'article 55 de la Constitution la valeur supérieure des traités sur la loi même postérieure (CE Ass 1989, Nicolo), mettant ainsi fin à l'existence de l'écran législatif entre l'acte administratif et le traité lorsque la loi est contraire à ce dernier.

Concernant le droit de l'Union européenne, la question de l'écran législatif pouvait se poser notamment entre un acte administratif et une directive non transposée. L'écran était opaque en 1978 s'agissant des actes individuels (CE Ass, 1978, M. Cohn-Bendit, concl. Genevois), il y eut des avancées en 1998 (CE Ass, 1998, M. Téb), puis un

renforcement a été opéré en 2009, mettant fin à l'écran législatif causé par l'absence d'une loi, de transposition d'une directive, entre l'acte administratif et les dispositions précises et inconditionnelles d'une directive non-transposée dans les délais imposés (CE Ass, 2009, Mme Perrenez, concl. Guyomar). L'écran peut aussi s'interposer entre les actes administratifs et la Constitution.

b) L'écran législatif et la Constitution.

Bien que la Constitution soit en France la norme suprême (CE Ass, 1998, Sarran Leclacher et autres ; Cass, AP, 2000, Mme Emeline Fraisse), le principe a longtemps été celui d'un écran législatif entre l'acte administratif et la Constitution (CE 1936, Amigui). Pour autant, en l'absence de loi, notamment dans les matières relevant du pouvoir réglementaire autonome (art. 37 Constitution 1958), le Conseil d'Etat applique directement la Constitution (CE 1959, Syndicat national des ingénieurs-conseils ; CE 2001, Fédération nationale des syndicats de police). En outre le juge administratif s'est reconnu compétent pour reconnaître des principes constitutionnels (PFRLR : CE 1956, Amicale des amnésés de Paris ; CE Ass, 1996, Keme).

L'apparition du contrôle a posteriori de constitutionnalité des lois par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (article 61-1 de la Constitution 1958) permet aux juridictions suprêmes des deux ordres de jouer un rôle de filtre important des QPC posées au Conseil constitutionnel, notamment par l'appréhension du caractère "sérieux" de la question posée (art. 61-1).

L'écran n'est donc plus tout à fait le même en la matière, les justiciables pouvant faire reconnaître l'inconstitutionnalité d'une loi en cours d'instance.

Il convient de remarquer que le Conseil d'Etat a veillé à ce que ce filtre soit "un entameur et non un remon" (B. Genevois, RFDPA 2010), mais le Vice-président a pu rappeler en 2012 que ce filtre "ne saurait, sans à mettre en péril le système (...) devenir une passerelle" (J.-M. Sauvé, Bilan de la QPC, 2012).

2°) L'exception de recours parallèle

L'une des règles fondamentales du contentieux administratif français est l'exception de recours parallèle, qui consiste à juger irrecevable le recours formé par le requérant qui disposerait d'une voie de recours, parallèle, pour obtenir satisfaction. Ce principe vise à éviter que les requérants disposent à leur convenance du prétoire, déjouant les conditions de recevabilité imposées à l'introduction d'une requête, et notamment de la condition relative aux délais de recours (Art. R.421-2 du code de justice administrative).

Cette exception de recours parallèle existe notamment en matière contractuelle, les parties ne pouvant attaquer directement le contrat ou une mesure de son exécution devant le juge de l'excès de pouvoir (notamment CE 1997, Ville de Cannes), et les tiers au contrat ne pouvant attaquer celui-ci devant le juge du contrat mais seulement les actes qui lui sont détachables devant le juge de l'excès de pouvoir (CE 1985, Martin), ses clauses de nature réglementaire (CE 1996, Cayzelle) et, pour les concurrents évincés, a été créé de manière prétorienne un recours de plein contentieux tendant à la contestation de la validité du contrat (CE Ass, 16/02/2007, Sic Tropiques Travaux Signalisation).

Concernant cette dernière décision, il convient de remarquer que le juge administratif a modulé les effets dans le temps de son revirement de jurisprudence (prolongement de la décision CE Ass, 2004, Association AC!) afin de ne pas priver de droit de recours les justiciables, conformément aux exigences de l'article 16 de la DDHC de 1789 ("garantie des droits"). Cela car une fois cette voie de recours ouverte,

Les concurrents évincés ne sont plus recevables à former un recours pour excès de pouvoir en la matière, conformément au principe de l'exception de recours parallèle.

D'importantes nuances ont été apportées au principe, notamment par la jurisprudence *Lafage* de 1912 laissant le choix aux fonctionnaires entre la voie du recours pour excès de pouvoir et le recours indemnitaire de plein contentieux, s'il demande l'annulation d'une mesure ayant pour lui des conséquences financières (CE 1912, *Lafage*).

Cette jurisprudence pragmatique vise à pallier notamment la difficulté pratique liée à l'obligation du ministère d'avocat en plein contentieux, en principe (R. 431-2 du CSA), les frais de justice étant parfois nettement supérieurs à la somme en jeu dans le litige. Elle a été étendue pour toute décisions ayant un caractère pécuniaire, les requérants pouvant, selon la nature de leurs conclusions, former au choix un recours pour excès de pouvoir ou de plein contentieux.

Une autre illustration peut être donnée, en matière fiscale, le contribuable ne pouvant, s'il n'a pas contesté l'impôt par les procédures ouvertes par le livre des procédures fiscales (LPF), former par la suite un recours indemnitaire s'il ne fait pas état d'un préjudice autre que celui d'avoir indûment payé l'impôt.

Cette règle est, comme les autres règles du contentieux administratif, guidée par une visée pragmatique, obligeant les justiciables à respecter les voies de droits qui leur sont ouvertes et les règles de procédure afférentes, tout en veillant à ne pas les perdre dans une trop grande complexité, car "les règles de procédure ne sauraient être conçues pour égarer les justiciables (Cond. S. Amighi de Casanova sur CE 1936, *S^e entrepositaire parisienne*).

3°) La présomption de faute

La faute, définie comme le "manquement à une obligation préexistante" (Planiol), engage la responsabilité de celui qui l'a commise (art. 1382 c. civ.).

Elle peut résulter d'une action (TC 1873, Blanco) ou d'une inaction (en matière de police par exemple - CE 1962, Doublet).

Le principe s'agissant de la charge de la preuve consiste en ce que celui qui veut se prévaloir en justice d'un droit doit prouver l'existence de ce droit (résultant de l'adage "actori incumbit probatio"). C'est donc en principe sur celui qui invoque une faute que pèse la charge de la preuve.

Cependant, outre les cas de responsabilité sans faute (risque - CE, 1895, Combes ; rupture d'égalité devant les charges publiques - CE 1923, Comteas ; et la garde - CE 2005, GIE Axa courtage ; notamment), le législateur et la jurisprudence ont prévus des cas de responsabilité pour faute présumée.

En effet, afin d'éviter la "preuve diabolique" (qui par définition ne peut être prouvée), dans certains cas où il apparaît très complexe pour une victime d'apporter les preuves nécessaires à la reconnaissance de l'existence d'une faute, le juge va présumer cette existence. Deux exemples peuvent être donnés : d'une part en matière de dommages de travaux publics dont a été victime l'usage de l'ouvrage, le défaut d'entretien normal de l'ouvrage sera présumé dès lors que l'imputabilité du dommage à l'ouvrage est avérée (CE 1958, Dame Veuve Barbaza), la personne publique devant alors, pour s'exonérer, ~~montrer~~ prouver cet entretien normal ; d'autre

par, l'important arrêt Mme Perrenx de 2009, rendu par le Conseil d'Etat, donne le mode d'emploi de la question de la charge de la preuve en matière de harcèlement moral, la faute étant présumée si le requérant apporte des éléments "suffisamment précis et concordants" pour constituer un faisceau d'indices (CE An 2009, Mme Perrenx, concl. Guzman).

Une fois encore, la justice administrative montre par sa jurisprudence que, comme a pu le souligner le Président Stern, ses "qualités premières sont l'exigence à l'égard de l'Administration, la compréhension de l'intérêt général, et l'ouverture aux citoyens" (B. Stern, Les mutations de la justice administrative, AJDA 25/06/2012).

* *

*