

Les entretiens du contentieux du Conseil d'Etat

« De nouvelles frontières pour le juge administratif »

**Palais-Royal,
Vendredi 18 décembre 2020**

**Ouverture de Bruno Lasserre,
vice-président du Conseil d'Etat¹**

Mesdames et Messieurs les présidents,
Mesdames et Messieurs les professeurs,
Mesdames et Messieurs les avocats,
Mesdames et Messieurs qui nous regardez derrière votre écran,
Chers collègues et chers amis,

Je suis heureux d'être parmi vous pour cette nouvelle édition des entretiens du contentieux du Conseil d'Etat, co-organisés par les sections du contentieux et du rapport et des études et l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Je m'empresse à cet égard de remercier très chaleureusement leurs présidents respectifs, Jean-Denis Combrexelle, Martine de Boisdeffre et Louis Boré : grâce à eux et à tous les agents mobilisés, ce colloque n'a pas subi le sort malheureusement réservé à tant d'autres événements en raison des restrictions sanitaires. Je m'en réjouis sincèrement, car ces moments d'échanges, de rétrospection et d'introspection sont essentiels pour prendre du recul et pour mieux appréhender l'avenir. Comme pour beaucoup d'autres choses, c'est quand ces moments nous fuient que nous prenons vraiment conscience de leur valeur.

En réfléchissant à l'intitulé des entretiens qui nous réunissent aujourd'hui – « de nouvelles frontières pour le juge administratif » – j'en suis venu à me dire qu'au fond, l'histoire de la juridiction administrative pourrait être résumée à une question de frontières. Née de la cuisse de l'exécutif au tournant du 19^{ème} siècle, c'est en effet en délimitant avec rigueur, audace et prudence le domaine et les modalités de son contrôle qu'elle s'en est progressivement émancipée, pour devenir une juridiction indépendante, moderne et mature. Une audace et une prudence sans cesse mêlées, expressions de la conscience que le Conseil d'Etat a toujours gardée de ses limites et qui lui a précisément permis, par touches successives, de les élargir et de les approfondir.

¹ Texte écrit en collaboration avec Guillaume Halard, magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat

Deux grandes lignes de force se distinguent dans ce mouvement d'extension des frontières. La première s'étend horizontalement : elle résulte de l'agrandissement continu de la palette des actes et comportements administratifs susceptibles d'être contrôlés par le juge. Ainsi, d'un côté, la contraction des catégories des actes de gouvernement² et des mesures d'ordre intérieur³, de l'autre le développement de régimes de responsabilité ratisant toujours plus large, que l'on pense au recul de la faute lourde⁴, à la mosaïque des responsabilités sans faute ou encore, plus récemment, aux régimes *sui generis* taillés pour saisir les cas dans lesquels l'Etat législateur s'évade de la hiérarchie des normes⁵. La seconde ligne de force, qui s'étend quant à elle verticalement, se caractérise par l'intensification du contrôle opéré par le juge administratif à travers, par exemple, la multiplication des moyens opérants⁶, le déclin du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁷ et l'avancée apparemment irrésistible du contrôle de proportionnalité⁸.

Mais les frontières du juge administratif doivent aujourd'hui également être appréhendées à l'aune d'une troisième dimension, temporelle celle-ci. Les lois du 8 février

² La catégorie des actes de gouvernement a été fortement réduite depuis CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon* (le mobile politique cesse d'être un critère de l'acte de gouvernement) et désormais ces actes sont présents dans deux domaines seulement : la conduite des relations diplomatiques de la France et les rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels. La théorie des actes détachables a toutefois permis d'étendre encore davantage le contrôle juridictionnel (CE Ass., 28 mai 1937, *Decerf* ; CE Ass., 15 octobre 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*, n° 142578). Voir pour un panorama récent S. Roussel & C. Nicolas, « De l'injusticiabilité des actes de gouvernement », AJDA 2018. 491

³ On observe une réduction progressive de la catégorie des mesures d'ordre intérieur : n'en relèvent plus le règlement intérieur d'un établissement scolaire (CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa*, Rec. 389), les sanctions des militaires (CE Ass., 17 février 1995, *M. Hardouin*, Rec. 82 : mise à pied de dix jours) et des détenus (CE Ass., 17 février 1995, *M. Marie*, Rec. 85 : mise en « cellule de punition »). S'agissant des détenus la jurisprudence a été complétée par les décisions du même jour CE Ass., 14 décembre 2007, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c. Boussouar*, Rec. 495, *Planchenault*, Rec. 474, *Payet*, Rec. 498. Plus récemment, le Conseil d'Etat a précisé que n'appartiennent pas à la catégorie des mesures d'ordre intérieur, insusceptibles de recours, les mesures qui portent atteinte « à l'exercice [de leurs] droits et libertés fondamentaux » (CE Sect., 25 septembre 2015, *Mme B.*, n° 372624). Voir aussi CE, 21 mai 2014, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Mme Guimon*, n° 359672 : les avertissements infligés aux détenus, qui sont la sanction la plus faible qu'ils puissent recevoir, sont désormais au nombre des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat a également exclu de cette catégorie les mesures traduisant une discrimination (CE 15 avr. 2015, *Pôle Emploi*, n° 373893). Voir à cet égard L. Dutheillet de Lamothé & G. Odinet, « Variations sur le thème de la mesure d'ordre intérieur dans la fonction publique », AJDA 2015. 2147

⁴ Pour des exemples récents : dans le domaine pénitentiaire (CE 9 juillet 2008, *M. Boussouar*, n° 306666 ; CE 6 juillet 2015, *Da Silva Costa*, n° 373267) ; pour la police des édifices menaçant ruine (CE 27 septembre 2006, *M. Tessier*, n° 284022)

⁵ CE Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522 pour les lois inconstitutionnelles ; CE Ass., 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy et autres*, n° 425981 pour les lois inconstitutionnelles.

⁶ Le tournant est intervenu au début du 20^{ème} siècle avec les décisions CE, 4 avril 1914, *Gomel*, Rec. 488 et CE, 14 janvier 1916, *Camino*, par lesquelles le Conseil d'Etat a accepté de contrôler l'erreur de droit et l'erreur de fait

⁷ Dans de très nombreux domaines le juge administratif est passé d'un contrôle restreint – de l'erreur manifeste d'appréciation – à un contrôle normal. Voir notamment en matière d'interdiction des publications étrangères (CE Sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, Rec. 300 qui revient sur CE Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie François Maspero*, Rec. 611), s'agissant du contrôle des sanctions disciplinaires des agents publics (CE, 13 novembre 2013, *M. Dahan*, Rec. 279 qui revient sur CE Sect., 9 juin 1978, *Lebon*, Rec. 245 et CE Sect., 1^{er} février 2006, *Touzard*).

⁸ Voir à ce sujet J.-M. Sauvé, « Le contrôle de proportionnalité, protecteur des libertés », discours prononcé à l'Institut Portalis le 17 mars 2017

1995⁹ sur les injonctions et du 30 juin 2000¹⁰ sur les procédures d'urgence ont en effet sensiblement modifié la *situation* même du juge par rapport aux litiges dont il est saisi et, plus fondamentalement encore, à la réalité qui les sous-tend, dont une bonne part lui restait encore étrangère. Juge dans le présent, juge dans l'urgence, juge, aussi, de l'avenir, le juge administratif a non seulement « découvert le réel¹¹ », il s'est également tourné vers ce que François Ost a pu appeler la « face diurne¹² » du droit, c'est-à-dire le futur. Conjuguée à l'influence de la jurisprudence européenne, cette petite révolution contentieuse – je suis ici tenté d'évoquer une « découverte de l'Amérique » – s'est traduite par un renouvellement profond de son office, dorénavant tendu vers un objectif semblant primer tous les autres : l'effet utile de ses décisions et leur adéquation aux situations concrètes auxquelles elles s'appliquent. De l'élaboration de techniques de réfection des actes¹³ à la définition de plus en plus précise des injonctions que le juge adresse à l'administration, en passant par la modulation dans le temps des effets de ses décisions¹⁴, les exemples de ce renouvellement émaillent la jurisprudence récente du Conseil d'Etat.

Aussi, les sujets qui seront discutés lors des quatre tables rondes de cette journée – l'intelligence artificielle, le droit souple, l'environnement et la santé – nous montrent que les frontières du juge administratif, envisagées à la lumière de ces trois axes, tendent à être repoussées toujours plus loin (I).

Mais si ce mouvement est assurément le signe d'un perfectionnement de l'Etat de droit, il faut garder à l'esprit qu'ouvrir des fronts et occuper de nouveaux territoires ne va jamais sans risques. Aussi forte que soit la pression en ce sens, le juge devra en effet toujours se tenir à l'écart de certaines terres. Pour d'autres, il ne pourra y pénétrer que s'il a les moyens de les administrer correctement, c'est-à-dire s'il dispose effectivement des outils nécessaires pour exercer son contrôle de manière satisfaisante (II).

*

*

*

I. En arpenteur, je commencerai donc par tenter d'identifier certains terrains récemment défrichés par le juge administratif, qu'il s'agisse de s'adapter à l'évolution des modes d'action de l'administration ou d'utiliser plus efficacement ses instruments afin de garantir l'efficacité de son action.

⁹ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

¹⁰ Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives

¹¹ C. Malverti & C. Beaufils, « Dynamique ou dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », AJDA 2020. 722

¹² F. Ost, *Le Temps du droit*, Odile Jacob, 1999, p. 160

¹³ CE, sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c. M. El Bahi*, Rec. p. 480 ; CE, sect., 6 février 2004, *Mme Hallal*, Rec. p. 48

¹⁴ CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Rec. 197 pour les effets d'une annulation contentieuse, dont le considérant de principe a été légèrement modifié, dans le sens d'une « banalisation », par CE Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6) et société TFI*, n° 363702 ; CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545 pour la modulation des effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence.

A. Les évolutions jurisprudentielles intervenues ces dernières années en matière de droit souple et de santé, où le juge n'a pas hésité à étendre et à approfondir son contrôle témoignent à ce titre de ce que les fronts horizontaux et verticaux dont je viens de parler restent actifs, pour ne pas dire bouillonnants.

1. Les deux arrêts rendus par le Conseil d'Etat le 21 mars 2016, *Fairvesta*¹⁵ et *Numericable*¹⁶, signent sans aucun doute une incursion du juge dans un domaine nouveau. La fin justifiant les moyens, c'est en mettant de côté le principe selon lequel le recours pour excès de pouvoir s'exerce uniquement contre une « décision », au sens d'acte modifiant l'ordonnancement juridique, qu'il s'est résolu à contrôler les actes de droit souple lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables ou ont pour objet d'influer significativement sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. L'approche « par les effets » retenue dans ces décisions n'est à vrai dire pas inédite, puisque c'est de cette manière que le Conseil d'Etat avait déjà procédé pour tailler dans la catégorie des mesures d'ordres intérieur, l'opportunité d'un contrôle devenant *in fine* un critère de recevabilité suffisant. Le champ ouvert n'est pas moins immense, et les décisions *Mme Le Pen*¹⁷ et *Gisti*¹⁸ l'ont toutes deux élargi un peu plus : la première en abandonnant le critère organique fixé en 2016, de sorte que ces actes n'ont plus à être pris par une « autorité de régulation » pour pouvoir être saisis par le juge. La seconde en ouvrant la voie du recours pour excès de pouvoir contre les lignes directrices, ce que d'aucuns estimaient devenu inévitable, en théorie comme en pratique¹⁹.

Cette jurisprudence va indubitablement dans le sens d'une meilleure garantie des droits, car il est clair que les modes de direction « non autoritaires²⁰ » mis en œuvre par l'administration sont tout aussi susceptibles d'y porter atteinte que ses outils de droit dur. Le *benchmarking* ou le *namimg and shaming* sont aujourd'hui dans beaucoup de cas plus puissants que l'édition, par exemple, de normes de qualité. Mais jusqu'où le juge peut-il avancer au pays du droit souple ? Je me suis souvent posé la question de savoir ce qu'aurait fait le juge administratif face à un président qui gouverne en tweetant... Acceptera-t-il, demain, de contrôler les « FAQ » publiées sur les sites des ministères, les notices de « service-public.fr » ou encore les communiqués de presse et les messages postés par des ministres sur les réseaux sociaux ? Il n'est pas possible de prédire où le juge décidera de fixer les frontières de son contrôle, mais celles-ci dépendront en grande partie de sa capacité à conférer un effet véritablement utile à ses décisions. On sait, à cet égard, que le Conseil d'Etat a choisi de ne pas s'enfermer dans une grille de contrôle uniforme pour apprécier la légalité des actes de droit souple, qui brillent par leur diversité²¹. S'il s'emparait toutefois d'actes moins formalisés que ceux dont ont il a eu pour l'instant à connaître, il serait à craindre que seul un contrôle au rabais, qui pourrait être contreproductif, soit effectivement possible. Serait-ce alors opportun de s'en saisir ?

¹⁵ CE Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n° 368082

¹⁶ CE Ass., 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023

¹⁷ CE Ass., 19 juillet 2019, *Mme Le Pen*, n° 426389

¹⁸ CE sect., 12 juin 2020, *GISTI*, n° 418142

¹⁹ C. Malverti & C. Beaufils, « La littérature grise tirée au clair », AJDA 2020. 1407

²⁰ P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RD publ. 1982. 276

²¹ Il tient compte « de leur nature et de leurs caractéristiques ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation » : les moyens de légalité externe opérants et l'intensité du contrôle de qualification varient ainsi au cas par cas.

2. S'agissant de l'extension en profondeur du contrôle du juge, on l'observe en particulier dans le cadre des procédures de référé : l'urgence qui les caractérise explique non seulement qu'en principe, le juge statue seul, mais aussi qu'il soit un juge du provisoire et de l'évidence. Il arrive toutefois que le juge des référés soit amené à prendre, par la force des choses, des décisions définitives : dans de tels cas, les circonstances peuvent être si graves qu'elles exigent de lui qu'il tombe la veste de l'évidence et exerce le contrôle le plus poussé. Il n'a ainsi pas hésité à le faire au sujet des assignations à résidence ordonnées sur le fondement de l'état d'urgence anti-terroriste²², qui sont des mesures particulièrement attentatoires aux libertés et pour lesquelles le référé est la seule voie de droit pertinente. Plusieurs exemples de cet approfondissement sont intervenus dans le domaine de la santé : il y a eu l'affaire *Lambert*²³, dans laquelle le Conseil d'Etat a exercé un entier contrôle sur les décisions d'arrêt de traitement en tenant compte à la fois du caractère irréversible d'une décision de rejet et de l'importance des droits qu'il devait concilier. Dans l'affaire *Gonzalez Gomez*²⁴, l'Assemblée du contentieux a posé les bases d'un contrôle de conventionnalité à deux étages, allant jusqu'à juger qu'une décision individuelle ne faisant qu'appliquer une loi conforme au droit européen pouvait tout de même, dans les circonstances de l'espèce, être illégale. Quoiqu'exceptionnelles, ces décisions montrent comment les nouvelles questions qui se posent en matière de santé, par la complexité et l'importance de enjeux qui les sous-tendent, sont susceptibles de faire bouger les lignes du contentieux administratif, comme l'a fait depuis longtemps le droit de la responsabilité médicale.

B. Ces dernières décisions ne sont pas non plus étrangères au renouvellement de la relation que le juge administratif entretient avec le temps, renouvellement qui semble constamment lui ouvrir de nouvelles perspectives quant à l'exercice, voire la définition de son office²⁵.

1. Sur ce sujet complexe, je dirai pour résumer que ce renouvellement a contribué à « ramen[er] [le juge] vers le concret²⁶ ».

²² CE sect., 11 décembre 2015, *M. Domenjoud*, n° 395009

²³ CE Ass., 14 février 2014, *Mme Rachel Lambert*, n° 375081 ; CE 24 avril 2019, *M. Pierre Lambert et autres*, n° 428117 ; l'office du juge des référés dans de telles circonstances a été défini par un considérant particulier : « Il appartient au juge des référés d'exercer ses pouvoirs de manière particulière, lorsqu'il est saisi, comme en l'espèce, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'une décision, prise par un médecin, dans le cadre défini par le code de la santé publique, et conduisant à arrêter ou ne pas mettre en œuvre, au titre du refus de l'obstination déraisonnable, un traitement qui apparaît inutile ou disproportionné ou sans autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, dans la mesure où l'exécution de cette décision porterait de manière irréversible une atteinte à la vie. Il doit alors, le cas échéant en formation collégiale conformément à ce que prévoit le troisième alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, prendre les mesures de sauvegarde nécessaires pour faire obstacle à son exécution lorsque cette décision pourrait ne pas relever des hypothèses prévues par la loi, en procédant à la conciliation des libertés fondamentales en cause, que sont le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable. »

²⁴ CE Ass., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*, n° 396848

²⁵ V° sur cette question du temps la thèse de D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012

²⁶ P. Hebraud, « La notion de temps dans l'œuvre du doyen Hauriou », in G. Matty et A. Brimo (dir.), *La pensée du doyen Hauriou et son influence*, A. Pedone, 1969, p. 206

D'une part, les pouvoirs d'injonction que le législateur lui a conférés en 1995 – et qu'il peut aujourd'hui mettre en œuvre d'office²⁷ – ont bouleversé son rapport à l'avenir mais aussi au présent, puisque c'est à la date à laquelle il statue que le juge apprécie l'opportunité et la teneur des injonctions qu'il peut prononcer. Ce nouveau regard l'a récemment conduit à ajuster les contours de son office : ainsi, par exemple, la décision *Société Eden*²⁸, par laquelle le Conseil d'Etat a réorganisé l'examen des moyens soumis au juge de l'excès de pouvoir à la lumière des conclusions d'injonction dont il est saisi le cas échéant. Mais je pense surtout aux contentieux dans lesquels ce même juge se place dorénavant à la date à laquelle il statue pour apprécier la légalité des actes qui lui sont déférées. Avec la décision rendue dans l'affaire des *Américains accidentels*²⁹, on aurait pu croire que ce déplacement était réservé au contentieux du refus d'abroger des actes réglementaires, mais la solution a rapidement été appliquée au-delà³⁰. A l'aune de ces décisions, on peut se demander jusqu'où la « boussole de l'effet utile³¹ » mènera le juge de l'excès de pouvoir.

D'autre part, avec les procédures de référés, le juge s'est déplacé au plus près de la réalité des administrations et des justiciables. Cela a été particulièrement visible pendant la crise sanitaire, où le juge du référé-liberté a eu à trancher des questions éminemment concrètes relatives à l'organisation de certains services et établissements publics. Pendant le premier confinement, des requérants lui ainsi demandé d'ordonner que les règles d'organisation en vigueur dans les prisons soient adaptées afin de limiter la propagation du virus et de mieux prendre en charge les personnes malades³². Des associations lui ont également demandé d'enjoindre au ministre de l'intérieur d'assurer l'enregistrement des demandes d'asile, ce que le Conseil d'Etat a fait après avoir vérifié qu'il était effectivement possible de mobiliser un minimum d'agents dans les services de la préfecture d'Ile-de-France³³. On peut par ailleurs citer les requêtes tendant à organiser un meilleur dépistage³⁴ et un meilleur accès aux soins³⁵ pour les pensionnaires d'établissements hébergeant des personnes âgées, ou celles visant à améliorer la prise en charge des sans-abris³⁶ pendant le confinement. Dans toutes ces affaires, le juge des référés s'est subrepticement transformé en régulateur du temps court, et son prétoire en cabinet d'audit, au plus près du terrain et du présent.

2. A l'opposé, le contentieux climatique naissant est en passe d'attirer le juge dans un temps long qu'il ne connaît pas encore. Dès lors qu'on estime que l'Etat est lié par les

²⁷ Modification des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019

²⁸ CE sect., 21 décembre 2018, *Société Eden*, n° 409678

²⁹ CE Ass., 19 juillet 2019, *Association des Américains accidentels*, n° 424216

³⁰ CE 6 décembre 2019, *Mme X.*, n° 391000 : refus de la CNIL de mettre en demeure l'exploitant d'un moteur de recherche de procéder au déréférencement de liens vers des pages web ; CE 7 février 2020, *Confédération paysanne et autres*, n° 388649 : refus du Premier ministre de prendre des mesures de prévention des risques liés à l'utilisation de certaines variétés de plantes ; CE 28 février 2020, *M. Stassen*, n° 433886 : mesure de suspension provisoire d'un sportif prononcée à l'issue d'un contrôle antidopage ; CE 18 mars 2020, *Région Ile-de-France*, n° 396651 : refus de récupération d'aides d'Etat

³¹ C. Malverti & C. Beaufils, « Dynamique ou dynamite ? L'appréciation de la légalité à la date à laquelle le juge statue », AJDA 2020. 722

³² Pour les personnels pénitentiaires : CE 8 avril 2020, *Syndicat national pénitentiaire FO – personnels de surveillance*, n° 439821 ; pour les détenus : CE 8 avril 2020, *Section française de l'OIP et autres*, n° 439827

³³ CE 30 avril 2020, *Ministre de l'intérieur*, n° 440250, 440253

³⁴ CE 15 avril 2020, *Union nationale des syndicats Force ouvrière santé privée et autres*, n° 440002

³⁵ CE 15 avril 2020, *Association Coronavictimes et autres*, n° 439910

³⁶ CE 2 avril 2020, *Fédération nationale du droit au logement et autres*, n° 439763

engagements à long terme qu'il prend pour lutter contre le réchauffement climatique, le contrôle du juge administratif s'étire en effet mécaniquement. C'est certainement l'aspect le plus marquant de la première décision rendue par le Conseil d'Etat dans l'affaire *commune de Grande-Synthe*³⁷ : le juge a estimé que les engagements contenus dans la Convention-cadre des Nations Unies de 1992 et l'accord de Paris étaient certes dépourvus d'effet direct, mais devaient néanmoins être pris en considération dans l'interprétation des dispositions du code de l'environnement relatifs à la « stratégie bas-carbone » et aux « budgets carbone ». Cela lui a permis d'inaugurer un « contrôle de la trajectoire³⁸ » définie par l'Etat pour lutter contre le réchauffement climatique, qui l'amènera bientôt – une fois que le supplément d'instruction ordonné avant-dire droit aura été mené à bien – à vérifier sa cohérence au regard de l'objectif de réduction à atteindre à horizon 2030. Cette affaire se présente comme une entrée en matière de poids pour le juge administratif français dont on observe les frontières temporelles s'étendre au maximum, de l'actualité la plus pressante à l'avenir le plus lointain.

II. On voit que le fait, pour le juge administratif, de repousser ses frontières, est généralement le signe d'un approfondissement de l'Etat de droit, de décisions de justice plus fines, plus concrètes et d'une meilleure garantie des droits et libertés fondamentaux. Mais ce mouvement emporte des risques et des défis qu'il doit se donner les moyens de relever tout en restant conscient de ses propres limites.

A. Le juge administratif doit en effet impérativement rester conscient de ses limites s'il veut continuer à exercer efficacement ses missions au service de l'Etat de droit.

1. Certaines d'entre elles s'imposent à lui comme des lignes rouges. La frontière qui sépare le domaine juridictionnel du domaine politique est la plus évidente : la jurisprudence administrative n'est certes pas dépourvue de portée politique³⁹, mais cela ne signifie en aucun cas que le juge administratif puisse intervenir dans ce domaine que la Constitution réserve au gouvernement et aux élus. Or des justiciables insatisfaits sollicitent fréquemment le juge pour qu'il décide à la place de ces autorités. Pendant la crise sanitaire, il lui a par exemple été demandé d'ordonner au gouvernement de réquisitionner des stocks⁴⁰ ou de nationaliser des entreprises⁴¹ pour assurer un approvisionnement suffisant de matériels sanitaires ; des requérants se sont présentés devant le juge avec une stratégie globale de lutte contre l'épidémie, déclinée en force mesures précises, en lui demandant d'enjoindre au gouvernement de l'adopter⁴². Certaines demandes sont même venues de professeurs invitant le juge des référés à substituer son contrôle à celui du Parlement défaillant⁴³. Mais qui voudrait vraiment d'un juge qui fait de la politique ? Pour dire les choses abruptement, il est indispensable, en démocratie, que chacun reste à sa place. Cela vaut tout autant s'agissant de la frontière qui encercle le domaine de la science, que le juge peut aussi être invité à transgresser, comme par ces requêtes

³⁷ CE 19 novembre 2020, *Commune de Grande-Synthe et autres*, n° 427301

³⁸ S. Hoyneck, concl. sur CE 19 novembre 2020, *Commune de Grande-Synthe et autres*, n° 427301

³⁹ V° à ce sujet les analyses figurant dans T. Perroud, J. Caillosse, J. Chevallier et D. Lochak (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, L.G.D.J., 2019

⁴⁰ CE, ord., 22 mai 2020, *Syndicats des jeunes médecins*, n° 440321

⁴¹ CE, ord., 29 mars 2020, *Debout la France*, n° 439798

⁴² CE, ord., 4 avril 2020, *Mme Escolano et autres*, n° 439816

⁴³ P. Cassia, « Le Conseil d'État et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques ! », blog de l'auteur hébergé par Mediapart, 11 avr. 2020

tendant à ce qu'il ordonne au gouvernement d'autoriser la prescription d'hydroxy-chloroquine en médecine de ville, alors qu'aucun consensus n'existait dans la communauté scientifique quant à l'efficacité de cette molécule.

2. D'autres limites tiennent davantage aux moyens dont dispose le juge pour exercer son office. Par exemple, le refus du juge du référé-liberté d'ordonner des « mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politiques publique insusceptibles d'être mise en œuvre (...) à très bref délai⁴⁴ » découle sans doute davantage d'une évaluation réaliste de ses moyens en tant qu'il statue en principe seul, et en urgence, que du texte de l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁴⁵. La Cour européenne des droits de l'homme a toutefois jugé qu'en matière pénitentiaire, le référé-liberté ainsi envisagé ne constituait pas à un recours préventif effectif⁴⁶ au sens de l'article 13 de la convention. La réponse du Conseil d'Etat⁴⁷, qui a considéré qu'une intervention législative était seule à même de remédier à cette carence, réitère implicitement ses doutes quant à l'opportunité d'élargir les pouvoirs du juge du référé-liberté en l'émancipant du contexte de l'urgence dans lequel il intervient⁴⁸.

Le développement des algorithmes interroge encore plus frontalement l'efficacité des outils que possède aujourd'hui le juge administratif pour les contrôler efficacement. Le contentieux des algorithmes est encore embryonnaire, mais on peut déjà identifier les défis auxquels il va confronter le juge, comme d'ailleurs les autres autorités chargées de réguler leur usage, notamment en matière administrative. Le principal de ces défis, c'est de pouvoir les comprendre et expliquer leur fonctionnement : en ce sens, les obligations de transparence, d'accessibilité et d'explicabilité des traitements algorithmiques mis en œuvre dans le cadre de missions de service public ont été récemment consolidées⁴⁹. Mais cela peut-il suffire à rendre intelligibles les algorithmes les plus complexes ? Dans beaucoup de cas, la seule information qu'une décision est prise sur la base d'un traitement algorithmique dont le code source est transparent pourra ne pas suffire à ce que le processus décisionnel puisse être efficacement discuté ou contesté. Il est également probable que l'obligation de transparence ne suffise pas à repérer les biais de conception des algorithmes, certains d'entre eux étant parfaitement inconscients, voire invisibles. *Quid*, dans ces conditions, de l'effectivité du contrôle du juge administratif ?

B. Cette question, qui sera certainement discutée lors de la première table ronde, me conduit à signaler pour terminer certaines pistes que le juge administratif peut aujourd'hui explorer pour relever les défis résultant de l'extension de ses frontières.

⁴⁴ CE 28 juin 2017, *Section française de l'OIP*, n° 410677

⁴⁵ Ses dispositions confèrent en effet au juge du référé-liberté le pouvoir d'ordonner « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale ».

⁴⁶ CEDH, 31 janvier 2020, *J.M.B. c/ France*, req. n° 9671/15 et 31 autres

⁴⁷ CE 19 octobre 2020, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 439372

⁴⁸ V° C. Malverti & C. Beaufils, « Le référé en liberté », *AJDA* 2020. 1154

⁴⁹ La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, précisée par le décret relatif aux droits des personnes faisant l'objet de décisions individuelles prises sur le fondement d'un traitement algorithmique, a notamment consacré un droit à l'information des citoyens et des personnes morales lorsqu'une administration fait usage d'un algorithme pour prendre une décision les concernant ; la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles est quant à elle venue préciser le cadre juridique relatif aux algorithmes publics

1. Deux d'entre elles me semblent particulièrement dignes d'intérêt.

Le juge pourrait, d'une part, approfondir encore son usage de l'instruction contradictoire. Plus les questions sont complexes, plus les échanges entre et avec les parties lui sont utiles pour comprendre leurs tenants et leurs aboutissants, pour adapter ses décisions à la réalité des situations qui lui sont soumises et pour calibrer, le cas échéant, ses injonctions. On l'a vu avec le contentieux lié à la crise sanitaire, pendant laquelle les juges des référés ont tiré un très grand profit des audiences, souvent longues, qui se sont tenues au Palais-Royal. Grâce à ces audiences, d'ailleurs, le procès est devenu un « lieu de perfectionnement⁵⁰ » autant que de sanction des illégalités. Le contradictoire est également le meilleur moyen pour le juge de ne pas se laisser dépasser par les experts, appelés à occuper de plus en plus de place à mesure que les contentieux se spécialisent. C'est dans cet esprit que la section du contentieux s'apprête à expérimenter⁵¹, pendant 18 mois, des séances d'instruction orales, qui pourront être publiques – et j'y tiens beaucoup : concrètement, des échanges directs avec les parties seront organisés en amont des audiences de jugement pour les affaires de fond les plus complexes et sensibles. Le juge pourrait aussi plus fréquemment faire appel à des *amici curiae*⁵² ou demander des avis sur des questions techniques ne requérant pas d'investigations complexes⁵³.

D'autre part, la juridiction administrative doit investir pour disposer en son sein des compétences, notamment techniques, qui lui seront nécessaires pour appréhender les questions nouvelles qui ne manqueront pas de se poser à elle. Elle peut compter, à cet égard, sur la complémentarité de ses fonctions, qui est l'un de ses atouts les plus précieux : les travaux menés par la section du rapport et des études ont en effet souvent permis de défricher de nouveaux terrains – la laïcité⁵⁴, le droit souple⁵⁵, le numérique⁵⁶ – et de contribuer à ce que les juges et les sections administratives soient mieux préparés à exercer leurs missions. La section du rapport et des études est en ce sens essentielle à la qualité des autres travaux du Conseil d'Etat, et je sais que la présidente de Boisdeffre, qui présidera la dernière table ronde de cette journée, en est convaincue. La formation est une autre voie dans laquelle la juridiction administrative devra sans aucun doute continuer d'investir pour acquérir de nouvelles compétences : elle le fait déjà depuis longtemps, mais l'émergence de contentieux nouveaux l'amènera certainement à innover et redoubler d'efforts sur ce point. La juridiction administrative gagne par ailleurs à ce que ses membres et agents exercent des responsabilités à l'extérieur : l'expérience et les compétences qu'ils y acquièrent sont précieuses, elles sont l'une des clés de la pertinence des travaux de la juridiction comme de sa capacité à évoluer, et c'est pourquoi les mobilités doivent être encouragées. Une « revue des postes » et une revue des cadres » viennent pour cela d'être lancées au Conseil d'Etat. Enfin, certains contentieux, comme ceux des algorithmes et de

⁵⁰ J.-F. Lafaix, « Rendre la justice en matière administrative », in *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, p. 25

⁵¹ Décret n° 2020-1404 du 18 novembre 2020 portant expérimentation au Conseil d'Etat des procédures d'instruction orale et d'audience d'instruction et modifiant le code de justice administrative

⁵² Article R.625-3 du code de justice administrative, possibilité mise en œuvre pour la première fois avec CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI*, n° 322326

⁵³ Article R. 625-2 du code de justice administrative

⁵⁴ Rapport public annuel du Conseil d'Etat, *Un siècle de laïcité*, 2004

⁵⁵ Rapport public annuel du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, 2016

⁵⁶ Rapport public annuel du Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014 ; *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l' « ubérisation »*, 2017

l'intelligence artificielle, requerront peut-être des ajustements dans notre politique de recrutement, dont les termes restent à être précisés compte tenu des contraintes auxquelles elle est naturellement soumise. Faudra-il davantage internaliser l'expertise ?

2. En tout état de cause – et je terminerai par là – la juridiction administrative devra rester fidèle à ce qui a toujours fait sa force : j'entends par là son pragmatisme, son réalisme, sa volonté constante d'approfondir l'Etat de droit et sa *prudence*, au sens romain, c'est-à-dire le plus noble du terme, qui, depuis deux cents ans, lui ont permis d'étendre ses frontières au service de l'intérêt général en évitant les affrontements stériles et les retours en arrière.

* * *

*

Dans ces innovations jurisprudentielles, rien n'aurait été possible sans les avocats, notamment les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Dans ces nouvelles frontières qu'ils nous font passer, dans ces ponts qu'ils construisent, ils jouent un rôle fondamental. Ils nous stimulent, ils nous tendent des perches, ils nous provoquent, ils nous forcent à réfléchir et, souvent, à aller plus loin.

Je voudrais à cet égard avoir un mot particulier pour **Louis Boré**, qui achèvera dans quelques jours son mandat de président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, et lui dire très sincèrement toute ma reconnaissance pour la façon dont il a exercé ces fonctions.

Louis Boré est un passionné du droit, qu'il a toujours voulu plus clair, plus simple, plus prévisible, plus harmonieux aussi entre les jurisprudences des ordres judiciaire et administratif, et l'on sait le prix qu'il accorde pour cela au dialogue des juges.

Louis Boré a également parfaitement su accompagner les évolutions de sa profession, qui a parfois dû infléchir certaines de ses pratiques, à la suite de la loi dite « Macron » du 6 août 2015 ou encore des injonctions européennes. Son successeur, François Molinié, prend ainsi la barre dans des eaux plus calmes, encore que l'on ne sache jamais ce que réserve l'avenir. Les instances dirigeantes de l'Ordre ont activement contribué à la réforme de la formation, notamment à l'IFRAC, ainsi qu'à la féminisation et au rajeunissement de la profession.

Je voudrais par ailleurs remercier Louis Boré pour le rôle de partenaire loyal, confiant, réactif qu'il a joué durant toute cette crise sanitaire. Des questions nouvelles et complexes se sont quasiment posées tous les jours, il a fallu adapter la tenue des procès et la façon dont le juge intervenait : dans la tempête, Louis Boré a toujours été aux côtés de la juridiction administrative pour que la justice soit rendue le mieux possible. Elle lui en est profondément reconnaissante.

Comment, enfin, ne pas évoquer une dernière frontière, celle que franchira le 26 janvier prochain **Jean-Denis Combrexelle** ? Tout au long de sa carrière riche et variée, Jean-Denis Combrexelle aura incarné cette juridiction administrative en mouvement, pragmatique,

efficace, consciente de ses limites et toujours prête à aller plus loin dans la défense de l'Etat de droit.

Ces valeurs, il a été, il est le gardien de leur application en tant que président de la section du contentieux depuis presque trois ans. Je crois pouvoir dire, à cet égard, que les responsabilités particulièrement exigeantes qu'il avaient exercées à l'extérieur de la juridiction – à la Cour de justice de l'Union européenne, à la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la justice et, surtout, à la direction générale du travail – n'ont pas été pour rien dans le sens du management et le sens de la justice dont il a toujours fait preuve.

Car – c'est à relever – Jean-Denis Combrexelle a été tout aussi remarquable en tant que manager qu'en tant que juge.

Sa gestion de la crise sanitaire, exemplaire et impressionnante, parle d'elle-même : avant même le début du confinement, il a immédiatement pressenti que la juridiction administrative serait mise à l'épreuve, et constitué cette *task force* qui a pu gérer, en urgence, les très nombreuses requêtes en référés dont a été saisie la section. Il a été un chef d'équipe de très grande classe, qui a su souder ses membres autour d'un objectif commun – garantir dans ces temps difficiles l'Etat de droit – et faire donner au collectif ce qu'il a de meilleur en restant à l'écoute de la société, en saisissant ses pulsions. Les décisions rendues par cette *task force* en témoignent : équilibrées, réalistes, exigeantes et rigoureuses, elles ont montré que la juridiction administrative était à la hauteur de ses missions.

Mais l'œuvre de Jean-Denis Combrexelle ne s'est évidemment pas limitée à la crise sanitaire. Sous sa présidence, la section du contentieux est parvenue en 2019 à ramener les délais de jugements à des niveaux historiquement bas et à traiter un nombre record de requêtes. D'ambitieux chantiers ont été lancés, comme celui de l'oralité, sur lequel je m'étais engagé avec lui lors de nos prises de fonctions, qui ont coïncidé à un jour près. Le projet de section a été un autre chantier d'envergure supervisé par le président Combrexelle : toute la section, ses membres et ses agents, ont réfléchi ensemble, pendant plusieurs mois, à l'avenir de la juridiction et du Conseil d'Etat statuant au contentieux : beaucoup des mutations que nous évoquerons aujourd'hui ont été anticipées pour que le juge soit mieux préparé à y faire face le moment venu.

Entraîneur, chef d'équipe, fédérateur, Jean-Denis Combrexelle a aussi été un sélectionneur de premier ordre : il a porté la plus grande attention aux membres et agents de la section, en particulier aux jeunes, à qui il n'a pas hésité à confier d'importantes responsabilités et qu'il a veillé à former, à aiguiller vers les chemins qui correspondaient le mieux à leurs personnalités, leurs compétences et leurs expériences.

Des décisions importantes ont été rendues en section, qui attestent du souci de toujours mieux garantir les droits des justiciables et l'effectivité des décisions de la juridiction. Il n'y avait pas un délibéré où Jean-Denis Combrexelle ne commençait pas par rappeler que le droit est suffisamment complexe pour que le juge n'ajoute pas de la complexité à la complexité. Jean-Denis Combrexelle a ainsi constamment fait preuve d'une attention particulière aux effets concrets des décisions du Conseil d'Etat, pour les requérants autant que pour les administrations

et les juridictions du fond, qu'il connaît parfaitement pour y avoir servi pendant plusieurs années, et dont il n'a jamais oublié les contraintes propres.

Je peux aussi dire, sans trahir aucun secret, que Jean-Denis Combrexelle s'est toujours distingué par sa hauteur de vue et son sens des réalités lors des délibérés auxquels nous avons participé ensemble.

Ceux qui l'ont côtoyé et vont continuer à le côtoyer retiendront la force tranquille, rassurante et stimulante avec laquelle Jean-Denis Combrexelle a dirigé la section et s'est investi dans les autres travaux du Conseil d'Etat. Une force tranquille et une force motrice, car Jean-Denis Combrexelle est un homme du changement, qui fait avancer les choses et, surtout, possède les rares qualités humaines, psychologiques, techniques et organisationnelles qui sont indispensables pour mettre en œuvre les réformes nécessaires, pour qu'elles ne restent pas des vœux pieux.

Cette force tranquille, je ne m'engage pas trop loin en disant, au nom du Conseil d'Etat et de ses partenaires, que nous l'avons appréciée plus que tout, et qu'elle va nous manquer. Venu des IRA, nommé dans les tribunaux administratifs avant d'intégrer le Conseil d'Etat, Jean-Denis Combrexelle restera également un exemple, car il a montré qu'il y avait plusieurs voies pour gravir, jusqu'au sommet, les échelons de la juridiction administrative.

Ces entretiens du contentieux sont les derniers auxquels Jean-Denis Combrexelle participe en qualité de président de la section ; cela leur donne, pour moi, une tonalité particulière, teintée à la fois de nostalgie, d'amitié et de sincère reconnaissance. Mais nous nous réjouissons tous ici de savoir qu'il ne quittera pas de sitôt le Palais-Royal, qui compte sur lui.