

AJDA 2017 p.112

Les interventions législatives après la décision *Conseil de la concurrence*

Que reste-t-il du « noyau dur » de la compétence du juge administratif ?

Charles Froger, Maître de conférences en droit public, université Paris I - Panthéon-Sorbonne, CERAP - CERCLE

L'essentiel

Le bilan des interventions législatives en matière de répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels depuis trente ans, spécialement dans le domaine des compétences constitutionnalisées, permet de constater que le « noyau dur » de la compétence du juge administratif, le contentieux de l'annulation ou la réformation des actes pris dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, tend à être malmené.

Trente ans après son adoption, la décision *Conseil de la concurrence* a-t-elle véritablement limité le législateur dans l'aménagement de la répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire ? (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, AJDA 1987. 345, note J. Chevallier ; RFDA 1987. 287, note B. Genevois et 301, note L. Favoreu ; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet ; GAJA, 20^e éd., 2015, n° 85 ; GDCC, 18^e éd. 2016, n° 6). Jusqu'en 1987, le législateur pouvait seul et librement déroger à la répartition normale des compétences en attribuant un contentieux spécifique à l'un ou l'autre des ordres de juridiction (CE, ass., 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie*, Lebon 233 ; AJDA 1962. 285 chron M. Galabert et M. Gentot ; T. confl. 2 mars 1970, n° 1936, *Société Duvoir c/ SNCF*, Lebon 885 ; Cons. const. 20 févr. 1987, n° 87-149 L). Cette faculté a d'ailleurs été utilisée à de nombreuses reprises jusqu'alors, le plus souvent pour transférer au juge judiciaire un contentieux relevant normalement de l'ordre administratif en application du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (N. Laval, *La compétence du juge judiciaire en matière administrative par détermination de la loi*, thèse, Toulouse, 1994 ; A. Fitte-Duval, *Clauses légales de répartition des compétences*, J.-Cl. Adm., fasc. 1058, avr. 2016 ; J.-P. Markus, *Régimes législatifs de répartition des compétences*, Rép. Dalloz, cont. adm., juill. 2015).

Pour vérifier si la décision *Conseil de la concurrence* a modifié cet état des choses, il faut rappeler ses deux avancées majeures dues à la pensée comme à la plume de Georges Vedel (P. Castéra, *Les professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel*, thèse, Bordeaux, 2015, p. 424-444). D'une part, le principe de séparation des autorités n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle. En revanche, « 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 » (consid. 15).

La décision prévoit à la fois une réserve de compétence au profit du juge judiciaire, à savoir « les matières par nature relevant de l'autorité judiciaire », auxquelles appartient notamment la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution et, surtout, un « noyau dur » de la compétence administrative, l'annulation ou la réformation des actes de puissance publique pris par les personnes publiques (G. Vedel, Séance du 22 janv. 1987, p. 10, Ass. nat. n° 20040168/13, en ligne sur

www.conseil-constitutionnel.fr). En dotant la Constitution de 1958 d'une « "prothèse" jurisprudentielle » (T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel peut-il être reconnu comme un Tribunal des conflits ?*, in G. Drago, B. François et N. Molfessis [dir.], *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 273, spéc. 277), le Conseil constitutionnalise par là même l'existence de la juridiction administrative.

D'autre part, dans un souci de pragmatisme, la décision a ajouté un codicille (G. Vedel, Séance du 22 janv. 1987, préc., p. 10) : « Dans la mise en oeuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé » (consid. 16). L'état constitutionnel n'est donc pas le même selon que le législateur souhaite agir dans ou hors de la répartition constitutionnelle des compétences. Ainsi que le rappelait Georges Vedel, le pouvoir du « législateur, dans les attributions de compétence juridictionnelle concernant le contentieux administratif, [...] est borné par les frontières tracées par le Conseil constitutionnel ; il s'exerce discrétionnairement hors de ces frontières » (G. Vedel, *La loi des 16-24 août 1790. Texte ? Prétexte ? Contexte ?*, RFDA 1990. 698 ). Il faut donc distinguer l'analyse en fonction de cette ligne de partage.

Hors de ce noyau dur, le législateur s'est efforcé de simplifier la répartition des compétences en réalisant des blocs au profit de l'un ou l'autre des deux ordres, en se fondant souvent sur le codicille de la jurisprudence *Conseil de la concurrence*, alors que rien ne l'y oblige (v. par ex., Y. Daudigny, rapp. Sénat n° 74, 2 nov. 2011) puisque celui-ci n'était pas en cause. L'étude des lois intervenues hors de la répartition constitutionnelle des compétences depuis 1987 permet de constater que les blocs de compétences s'effectuent le plus souvent au profit du juge judiciaire et que la simplification attendue est rarement atteinte. Le législateur a donc poursuivi son oeuvre en procédant essentiellement à l'extension des compétences dérogatoires du juge judiciaire existant avant 1987 (R. Drago, *Le juge judiciaire, juge administratif*, RFDA 1990. 757 ).

Sans prétendre à une complète exhaustivité, on peut recenser un nombre important de lois illustrant cette démarche. En matière pénale, la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 étend la compétence d'interprétation et d'appréciation de la légalité du juge répressif aux actes réglementaires, s'ajoutant à celle préexistante à l'égard des actes individuels (C. pén., art. 111-5) étant rappelé que la décision de 1987 faisait entrer dans ce noyau dur l'annulation et la réformation mais pas le contentieux de l'appréciation de légalité. En matière d'indemnisation, plusieurs lois ont également accru la compétence judiciaire. Déjà amené à connaître du contentieux du fonds d'indemnisation des victimes du terrorisme, le juge judiciaire est devenu compétent pour des fonds nouvellement créés, comme le fonds d'indemnisation des victimes des contaminations à la suite de transfusion sanguine (L. n° 91-1406 du 31 déc. 1991 ; CSP, art. L. 3122-1) ou celui des victimes de l'amiante (L. n° 2000-1257 du 23 déc. 2000 ; T. confl. 18 mai 2015, n° 4001, *Lebon*  ; AJDA 2015. 1016 ). En matière de propriété intellectuelle, les lois n° 2011-525 du 17 mai 2011 et n° 2008-776 du 4 août 2008 ont renforcé les blocs de compétence judiciaire existant à l'égard de la propriété littéraire et artistique (droits d'auteurs, CPI, art. L. 331-1) ou industrielle (dessins et modèles, CPI, art. L. 521-3-1 ; brevets d'invention, CPI, art. L. 615-15 ; marques, CPI, art. L. 716-3). En matière de sécurité sociale, la compétence du tribunal des affaires de sécurité sociale a été élargie aux litiges d'ordre individuel concernant le droit des médecins à un revenu de remplacement en cas de cessation anticipée de leur activité (L. n° 88-16 du 5 janv. 1988) ou, plus récemment, à l'annulation des pénalités prononcées par les organismes de sécurité sociale, personnes morales de droit privé, en cas de fraude aux assurances sociales (L. n° 2011-1906 du 21 déc. 2011, art. 114 ; CSS, art. L. 162-1-14-1 ; T. confl. 13 oct. 2014, n° 3961, *Boulemkhal*) ainsi qu'au contentieux de la gestion du compte personnel de prévention de la pénibilité (L. n° 2014-40 du 20 janv. 2014 ; C. trav., art. L. 4162-13). En matière d'aides sociales, la récente loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 institue, au profit des tribunaux de grande instance, un bloc de compétence en matière de contentieux d'admission à l'aide sociale, notamment en matière d'allocation différentielle et de prestations de compensation accordées aux personnes handicapées.

En outre, des lois éparses, résolvant un problème ponctuel de répartition des compétences, ont

également favorisé la juridiction judiciaire. Ainsi, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 transfère au juge des affaires familiales le contentieux du recouvrement des frais d'hospitalisation auprès des ayants droit des personnes hospitalisées (CSP, art. L. 6145-11). De même, la loi n° 2010-241 du 10 mars 2010 instaurant le service civique pose le principe de la compétence judiciaire concernant le contrat de service civique même conclu avec une personne publique (C. serv. nat., art. 120-35). Seules quelques rares lois attribuent explicitement au juge administratif quelques contentieux en principe judiciaires. C'est par exemple le cas de la loi du 30 juillet 2003 (C. rur., art. L. 411-53 et L. 411-79 ; C. envir., art. L. 211-13) et de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 (CSP, art. L. 1321-2), concernant certains baux consentis par les personnes publiques (P. Yolka, *La bonne administration de la justice : une notion fonctionnelle ?*, AJDA 2005. 233 ) ou encore de la loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 (CASF, art. L. 262-45 et s.) qui lui donne compétence pour le revenu de solidarité active, compétence antérieurement partagée entre les juridictions de l'aide sociale et le juge judiciaire sous l'empire du revenu minimum d'insertion (CE 30 déc. 2003, n° 255383, *Moualek*, Lebon  T. ; AJDA 2004. 941 ).

Plus exceptionnellement, il arrive au législateur d'intervenir indirectement en qualifiant une notion en fonction de l'ordre juridictionnel auquel il souhaite octroyer compétence. Ainsi, la loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 est venue qualifier de contrats administratifs tous les contrats passés en application du code des marchés publics, alors que certains d'entre eux étaient reconnus par la jurisprudence comme des contrats de droit privé relevant du juge judiciaire (T. confl. 5 juill. 1999, n° 3142, *Commune de Sauve c/ Société Gestetner*, Lebon  464 ; AJDA 1999. 626  ; et 554, chron. F. Raynaud et P. Fombeur  ; D. 1999. 232  ; RDI 1999. 632, obs. F. Llorens  ; RFDA 1999. 1163, concl. R. Schwartz  ; RTD com. 1999. 852, obs. G. Orsoni  ; dans le même esprit, à propos des contrats administratifs d'achat d'électricité, v. ord. n° 2011-504 du 9 mai 2011, C. énergie, art. L. 314-7 ; à propos des ouvrages publics de la société Aéroports de Paris, v. L. n° 2005-357 du 20 avr. 2005 relative aux aéroports, art. 2, al. 2). La même attitude a été adoptée au profit du juge judiciaire à l'égard de l'ensemble des contrats aidés de recrutement de personnels de la fonction publique, tous soumis au droit privé par le législateur (C. trav., art. L. 5134-24 ; art. L. 5134-69 ; art. L. 5134-103 ; art. L. 5134-112, art. L. 5134-125). Cette manière de faire, déguisée, n'est pas neutre sur le fond et intervient le plus souvent pour contrer ou prévenir une jurisprudence, afin de conférer compétence à la juridiction que le législateur estime la plus avantageuse selon le domaine concerné.

Quel constat tirer de cette diversité ? Essentiellement une critique, car demeure valable l'appréciation de René Chapus qui souligne que ces solutions dérogatoires, majoritairement favorables au juge judiciaire, sont « invraisemblablement nombreuses [et] toutes anachroniques, les plus récentes autant que les anciennes. Ceci est d'autant plus déplorable qu'elles compliquent considérablement la détermination de la répartition de la compétence » (R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001), à l'opposé de l'objectif affiché par l'intervention du législateur. Ceci est notamment dû au fait que l'efficacité des blocs de compétences législatives est soumise aux aléas de l'interprétation jurisprudentielle. Si les dérogations sont en principe d'interprétation stricte, il arrive que les lois transférant un contentieux à l'ordre judiciaire, plus exceptionnellement au juge administratif, soient interprétées extensivement pour tenter de parachever la simplification des compétences (par ex., en matière de propriété intellectuelle, T. confl. 2 mai 2011, n° 3770, *Société d'équipements industriels urbains c/ Société Frameto c/ Commune de Ouistreham*, Lebon  686 ; AJDA 2011. 924  ; JCP 2011. 768 concl. J.-D. Sarcelet ; T. confl. 7 juill. 2014, n° 3955, Lebon  ; AJDA 2014. 2364 , note J.-M. Pontier  ; RDI 2015. 180, obs. N. Foulquier  ; RTD com. 2014. 611, obs. F. Pollaud-Dulian  ; T. confl. 11 avr. 2016, n° 4049, Lebon  ; AJDA 2016. 814  ; AJFP 2016. 360 ).

A l'inverse, l'interprétation de ces lois est parfois guidée par des politiques jurisprudentielles cherchant à conserver la compétence de l'ordre administratif (par ex., en matière de frais d'hospitalisation, CE 13 nov. 2013, n° 350428, *Société Viamedis*, Lebon  T. ; AJDA 2013. 2287  ; v. plus généralement, B. Ricou, *Des politiques jurisprudentielles de renforcement de la compétence de la juridiction administrative*, éd. L'Épilogue - Lextenso, 2015).

La même attitude s'observe-t-elle dans le domaine relevant de la clé de répartition constitutionnelle des compétences, autrement dit du noyau dur ci-dessus évoqué ? Le législateur est-il intervenu avec la même facilité, également au profit du juge judiciaire, pour un résultat aussi discutable ? Ou, à l'inverse, a-t-il protégé ce noyau dur de la compétence administrative ? Ces questions méritent d'autant plus d'être

posées à l'heure où des voix s'élèvent au plus haut sommet de la hiérarchie judiciaire pour dénoncer des lois qui porteraient, au contraire, atteinte à la compétence constitutionnelle du juge judiciaire (B. Louvel, L'administration de l'autorité judiciaire, *in* Cour de cassation, *La place de l'autorité judiciaire dans les institutions*, Dalloz, 2016, p. 11 ; J.-C. Marin, Propos introductifs, *Idem*, p. 13 ; v. la réponse de Juvénal, Le Conseil d'Etat, défenseur du juge judiciaire ?, AJDA 2016. 65 ). Force est pourtant de constater que la protection de la compétence constitutionnelle du juge administratif reste limitée et que le juge judiciaire paraît réciproquement bénéficiaire des transferts d'attribution dans le domaine entrant dans le champ de la clé de répartition constitutionnelle des compétences.

Ceci s'explique par le fait que la jurisprudence *Conseil de la concurrence* laisse en réalité largement les coudées franches au législateur en la matière. La décision de 1987, tout en constitutionnalisant le noyau dur de compétence du juge administratif, lui a en effet donné les moyens d'y porter atteinte grâce à un « concept "diplomatique" » : la bonne administration de la justice (S. Bracq, Les causes des transferts législatifs de compétence en faveur du juge judiciaire, LPA 17 déc. 1999, p. 5). Le codicille posé par le Conseil constitutionnel autorise la loi à déroger à la répartition constitutionnelle des compétences si son but est de pallier les inconvénients d'un éclatement des contentieux lié à cette répartition, en procédant, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à l'unification de contentieux au profit de l'ordre juridictionnel principalement intéressé, tout en se bornant à un aménagement précis et limité des règles de compétences (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, consid. 16 et 17, préc.). Commentant cette décision, Bruno Genevois estimait que « la minutie même de la motivation traduit le souci du juge constitutionnel à exercer un contrôle approfondi sur le bien-fondé des aménagements » (B. Genevois, RFDA 1987, préc.).

La faible jurisprudence développée depuis lors invite néanmoins à relativiser ce propos (M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2003, p. 236-246). A ce jour, seules quatre saisines *a priori* (si on laisse de côté deux réserves d'interprétation) ont permis au juge constitutionnel d'appliquer ces principes, les parlementaires étant peu enclins à contester les transferts de compétence devant le juge constitutionnel. Deux des quatre décisions, portant sur le domaine économique, ont validé les transferts de compétences (la première concernant l'Autorité de la concurrence, Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, consid. 16 et 17, préc. ; la seconde concernant l'ARCEP, Cons. const. 23 juill. 1996, n° 96-378 DC, consid. 22, AJDA 1996. 694 , note O. Schrameck  ; D. 1998. 146 , obs. J. Trémeau ) ; les deux autres les ont empêchés (à propos des reconduites à la frontière des étrangers en situation irrégulière, Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, D. 1990. 161 , note X. Prétot  ; à propos de l'agrément étatique des organismes de sécurité sociale, Cons. const. 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, D. 2002. 1950 , obs. D. Ribes ). Le législateur dispose donc d'un important pouvoir discrétionnaire car aucune de ces décisions ne délimite avec précision le contour de la bonne administration de la justice qui fonde ces dérogations. Qualifiée d'objectif à valeur constitutionnelle, elle n'est pas un droit pour le justiciable (non invocable à l'appui d'une QPC, Cons. const. 10 déc. 2010, n° 2010-77 QPC ; v. H. Apchain, Retour sur la notion de bonne administration de la justice, AJDA 2012. 587 , mais un standard dans les mains du juge constitutionnel (A. Meynaud, La bonne administration de la justice et le juge administratif, RFDA 2013. 1029 ; N. Laval, La bonne administration de la justice, LPA 12 août 1990, n° 160).

Cette latitude conduit au double constat suivant. D'une part, le législateur n'a eu de cesse de déroger au noyau dur après 1987, alors même que la constitutionnalisation de celui-ci reposait sur une pratique législative contraire constante, certes antérieure à 1946. D'autre part, à plusieurs reprises, le législateur a confirmé la compétence du juge administratif dans son domaine réservé alors même que de telles confirmations ne paraissaient pas nécessaires. S'il ne remet pas véritablement en cause l'existence juridique du noyau dur de la compétence de la juridiction administrative, ce double mouvement jette néanmoins et, d'une certaine manière, le discrédit sur l'ordre juridictionnel administratif.

I - Des dérogations croissantes à la compétence constitutionnelle du juge administratif

En trente ans, neuf lois ont transféré au juge judiciaire un contentieux de l'annulation d'actes administratifs. En principe guidé par la volonté de simplifier la répartition des compétences, le législateur ne fait en réalité, le plus souvent, que brouiller les lignes de partage. Ceci s'observe particulièrement

dans le cadre du contentieux économique et dans celui de la liberté individuelle.

A. Des dérogations critiquables dans le contentieux économique

Le contentieux des actes des autorités de régulation est le champ qui a été majoritairement investi. Il s'agit également, à n'en pas douter, des interventions législatives les plus critiquables. Initié par la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 qui transfère l'annulation des actes du Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence, à la cour d'appel de Paris, le mouvement de dessaisissement du juge administratif de sa compétence d'annulation à l'égard des actes de ces autorités s'est largement amplifié par la suite.

Cinq autres lois sont intervenues pour transférer au juge judiciaire l'annulation des sanctions ou des règlements des différends entre opérateurs adoptés par certaines autorités administratives ou publiques indépendantes : la loi n° 89-531 du 2 août 1989 pour la Commission des opérations de bourse (COB), devenue l'Autorité des marchés financiers (AMF) ; la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 pour l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), transformée en Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ; la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 pour la Commission de régulation de l'électricité, devenue Commission de régulation de l'énergie (CRE) ; la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 pour la Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) et la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009, pour l'Autorité de régulation des activités ferroviaires, devenue Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER). Ce processus, visant à faire de la cour d'appel de Paris un véritable juge administratif (L. Richer, *Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire*, CJEG 1990. 367 ; P. Delvolvé, *La cour d'appel de Paris, juge administratif, Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 47), avait pour but, légitimé par le Conseil constitutionnel au nom de la bonne administration de la justice, « de supprimer ou d'éviter les divergences de jurisprudences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence » (Cons. const. 23 janv. 1987, préc., consid. 17 ; Cons. const. 23 juill. 1996, préc., consid. 22), en donnant un bloc de compétence au juge judiciaire.

L'objectif est-il atteint ? La réponse est assurément négative (J. Massot, *La répartition du contentieux entre les deux ordres*, RFDA 2010. 907  ; A. Sée, *Juge judiciaire et autorités de régulation*, in AFDA, *Le juge judiciaire*, Dalloz, 2016. 107, spéc. 113-117). Pour ne s'en tenir qu'au contentieux de l'annulation, on constate rapidement que celui des actes des autorités concernées n'est pas entièrement remise dans les mains du juge judiciaire. Par exemple, si ce dernier connaît d'une partie des sanctions prises par l'AMF, depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, le juge administratif reste compétent à l'égard de celles prononcées contre les professionnels régulés (C. mon. fin., art. L. 621-30 ; v. M. Cohen-Branche, *La problématique de la répartition du contentieux entre les deux ordres au travers de l'exemple de l'Autorité des marchés financiers*, RFDA 2010. 912 ). De même, si les règlements des différends de la CRE (C. énergie, art. L. 134-24), de l'ARCEP (CPCE, art. L. 36-8), ou de l'ARAFER (C. transp., art. L. 2135-7) relèvent de la cour d'appel de Paris, tel n'est pas le cas des sanctions qu'elles prononcent. A cet éclatement, s'ajoute désormais la nouvelle compétence du juge administratif pour connaître de l'annulation des actes de droit souple émis par les autorités de régulation (CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH*, Lebon  ; AJDA 2016. 717 , chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet  ; AJCA 2016. 302, obs. S. Pelé  ; Rev. sociétés 2016. 608, note O. Dexant - de Bailliencourt  ; RFDA 2016. 497, concl. S. von Coester  ; RTD civ. 2016. 571, obs. P. Deumier  ; RTD com. 2016. 298, obs. N. Rontchevsky  ; CE 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*, Lebon ). La bonne administration de la justice ne paraît donc aucunement satisfaite car ces interventions n'ont fait que complexifier la répartition des compétences, sans éviter les divergences d'interprétation.

Ce désordre résulte de l'absence de réflexion approfondie sur l'utilité d'une dérogation à la compétence du juge administratif lors de la création d'une nouvelle autorité de régulation. Le législateur se contente le plus souvent de prendre acte de l'existence d'une précédente loi donnant compétence à la cour d'appel de Paris en matière de régulation économique, sans jamais examiner les contours des compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif en la matière. Les dérogations à la compétence du juge administratif se multiplient alors par un phénomène de *spill-over* ou d'effet de contagion, visible

dans nombre de débats parlementaires. A propos de la CRE, les parlementaires ont seulement souligné la compétence préexistante de la cour d'appel de Paris à l'égard du Conseil de la concurrence et de l'ARCEP (H. Revol, rapp. Sénat n° 502, 29 sept. 1999). Ils ont fait de même concernant l'ARAFER, en précisant que la loi « s'inspire directement de lois récentes ayant conféré au juge judiciaire la compétence pour connaître de recours en annulation ou en réformation exercés contre les décisions d'une autorité indépendante compétente en matière économique » (F. Guignon, rapp. Sénat n° 184, 28 janv. 2009, p. 94-95). En 1987, l'attribution originelle au juge judiciaire d'une compétence d'annulation à l'égard des actes du Conseil de la concurrence avait pu être fondée sur la prépondérance de son intervention en matière de concurrence. Ce juge était peut-être alors « mieux armé pour statuer sur des litiges touchant à la vie des entreprises » (J. Chevallier, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, *Justices*, n° 1, 1995, p. 81-90, spéc. p. 88). Mais une telle justification n'est plus recevable aujourd'hui au regard de l'étendue de la compétence du juge administratif en matière économique, qui le conduit quotidiennement à appliquer un droit public de la concurrence (B. Delaunay, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2015).

Plus récemment, toujours en matière économique mais de manière plus circonscrite, le législateur est intervenu concernant la rupture du contrat de travail, sans que cette intervention ne soit totalement exempte de critique. La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, qui a instauré la rupture conventionnelle comme nouvelle modalité de fin du contrat de travail, dispose que l'homologation ou le refus d'homologation de la convention de rupture par l'inspecteur du travail, qui constitue un acte de puissance publique, « ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention. Tout litige concernant la convention [...], relève de la compétence du conseil des prud'hommes » (C. trav., art. L. 1237-14). La bonne administration de la justice vise ici « à réduire l'incertitude découlant de procédures contentieuses prolongées » (P. Bernard-Reymond, rapp. Sénat n° 306, 30 avr. 2008), c'est-à-dire à éviter que le justiciable n'ait à saisir les deux ordres de juridiction ou que ne soit posée une question préjudicielle, dans un domaine (le droit du travail) où le juge judiciaire est principalement compétent. La loi n'a cependant pas étendu cette compétence au cas des salariés protégés, à l'égard desquels la Cour de cassation, interprétant strictement cette dérogation, s'est déclarée incompétente (Soc., 26 mars 2014, n° 12-21.136, D. 2014. 831  ; *ibid.* 1404, chron. S. Mariette, C. Sommé, F. Ducloz, E. Wurtz, A. Contamine et P. Flores  ; Dr. soc. 2014. 760, chron. S. Tournaux  ; RDT 2014. 330, obs. G. Auzero  Bull. civ., V, n° 91). Subsiste donc un éclatement, certes faible, de ce contentieux. Le même constat peut être fait dans le cadre du contentieux de la liberté individuelle.

B. Des dérogations inéluctables dans le contentieux de la liberté individuelle

La liberté individuelle, prévue à l'article 66 de la Constitution, fait partie « des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire » (v. l'analyse de G. Eveillard, p. 101 de ce dossier), au sens de la décision *Conseil de la concurrence*. Il ne faut cependant pas en conclure que, dans le cadre de la liberté individuelle, désormais entendue restrictivement par le Conseil constitutionnel comme la protection contre les arrestations et les détentions arbitraires (c'est-à-dire contre les mesures privatives de liberté et non simplement restrictives), le juge judiciaire doit disposer d'une plénitude de compétence (E. Untermaier-Kerléo, *Le juge judiciaire : quel gardien de la liberté individuelle ?*, in AFDA, *Le juge judiciaire*, Dalloz, 2016, p. 19-36.). S'il doit intervenir pour faire cesser ou prolonger l'atteinte à la liberté individuelle, cette compétence n'est pas nécessairement exclusive de celle du juge administratif, qui conserve son domaine réservé. Une telle distribution constitutionnelle des compétences est toutefois source de complexité et finit inéluctablement par inciter le législateur à simplifier la répartition des compétences, toujours au profit du juge judiciaire. C'est ce qu'il a fait à deux reprises, au nom de la bonne administration de la justice, avec un succès varié.

La première intervention concerne l'hospitalisation sans consentement en soins psychiatriques. Plusieurs décisions de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) ont censuré le régime de ces mesures de privation de liberté. Si la décision d'internement peut être prononcée par le préfet, sa prolongation doit faire intervenir le juge judiciaire ; or, tel n'était pas le cas (not., Cons. const. 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, AJDA 2011. 174  , note X. Bioy  ; D. 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay  ; *ibid.* 2565, obs. A. Laude  ; RFDA 2011. 951, étude A. Pena  ; RDSS 2011. 304, note O. Renaudie  ; Constitutions

2011. 108, obs. X. Bioy [📄](#) ; RTD civ. 2011. 101, obs. J. Hauser [📄](#) ; Cons. const. 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, AJDA 2011. 1177 [📄](#) ; D. 2011. 2565, obs. A. Laude [📄](#) ; RFDA 2011. 951, étude A. Pena [📄](#) ; Constitutions 2011. 400, obs. X. Bioy [📄](#) ; RTD civ. 2011. 514, obs. J. Hauser [📄](#)).

En tirant les conséquences de ces QPC par la création d'une saisine automatique du juge des libertés et de la détention (JLD) au-delà d'un délai de douze jours à compter de l'admission du malade, la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 a également profité de cette occasion pour unifier le contentieux des soins psychiatriques. Depuis le 1^{er} janvier 2013, la totalité de la compétence d'annulation des décisions administratives d'hospitalisation sans consentement revient au JLD (CSP, art. L. 3216-1 - v. A. Pena, Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne, RFDA 2011. 951 [📄](#)). Auparavant, celui-ci était seulement compétent pour connaître du bien-fondé de la décision d'internement et de son indemnisation en cas d'illégalité, alors que le juge administratif restait compétent pour apprécier sa légalité externe (T. confl. 6 avr. 1946, *Machinot c/ Préfet de police*, Lebon 326 ; T. confl. 17 févr. 1997, n° 3045, *Préfet de la Région Ile-de-France, préfet de Paris*, Lebon [📄](#) ; RTD civ. 1998. 72, obs. J. Hauser [📄](#) ; *ibid.* 181, obs. J. Normand [📄](#) ; CE, sect., 1^{er} avr. 2005, n° 264627, *M^{me} L.*, Lebon [📄](#) ; AJDA 2005. 1231 [📄](#), chron. C. Landais et F. Lenica [📄](#) ; D. 2005. 1246 [📄](#) ; RDSS 2005. 450, note T. Fossier [📄](#) ; RTD civ. 2005. 573, obs. J. Hauser [📄](#)). Cette conséquence extrême de la répartition constitutionnelle des compétences n'était pourtant ni contraire aux exigences découlant de la lecture combinée de l'article 66 de la Constitution et du principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) de 1987 (Cons. const. 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, préc., consid. 37), ni à celles de l'article 5§4 de la convention européenne des droits de l'homme, sous réserve que cet éclatement n'empêche pas la personne hospitalisée d'obtenir rapidement une décision juridictionnelle mettant fin à la privation de liberté arbitraire (CEDH 18 nov. 2010, n° 35935/03, AJDA 2010. 2239 [📄](#) ; D. 2011. 1713, obs. V. Bernaud et L. Gay [📄](#) ; AJ pénal 2011. 144, obs. E. Péchillon [📄](#) ; RTD civ. 2011. 101, obs. J. Hauser [📄](#)).

Malgré ce blanc-seing, le législateur, soutenu par une partie des magistrats administratifs comme judiciaires, a usé de la jurisprudence *Conseil de la concurrence* déclarant « qu'il lui est loisible » d'unifier les contentieux. La loi du 5 juillet 2011 a été motivée par une bonne administration de la justice imposant « qu'un juge se prononce à bref délai sur la mesure de soins sans consentement, tant en ce qui concerne son bien-fondé que sa régularité formelle. [Cela] mettrait fin à une situation complexe d'autant que l'information donnée aux patients hospitalisés sur les voies de recours semble actuellement insuffisante » (J.-R. Lecerf, avis Sénat, 2010-211, n° 477, p. 89). L'efficacité du recours imposait ici l'exclusivité du contentieux au juge judiciaire, principalement compétent, et la dérogation au noyau dur de la compétence administrative a, une fois n'est pas coutume, véritablement permis la simplification des contentieux.

Ce même objectif a animé la seconde intervention en matière de liberté individuelle, dans le cadre du contentieux des étrangers, sans que les résultats ne soient aussi probants. La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 a attribué au JLD l'annulation de la décision administrative de placement en rétention aux fins d'éloignement des étrangers en situation irrégulière (B. Joly, Transfert de compétence au juge judiciaire en matière de rétention, JCP, n° 13, 2016, 351). Cette nouvelle attribution modifie l'état du droit, déjà caractérisé par un jeu de chaises musicales. Le placement en rétention est une mesure privative de liberté qui est prononcée par l'administration et dont le contentieux était partagé entre le juge judiciaire et le juge administratif. Depuis la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, la décision initiale de placement relevait de la compétence du juge administratif qui, saisi dans les 48 heures après la notification de la décision, statuait en référé sous 72 heures. A cette occasion, était également contestée l'obligation de quitter le territoire (OQTF) accompagnant la rétention. Le JLD intervenait pour examiner le bien-fondé de la prolongation du placement au-delà de cinq jours (et non 48 heures comme antérieurement). Par cette loi de 2011, le législateur a ainsi inversé l'ordre des interventions pour que le juge administratif soit saisi en amont du juge judiciaire. Il souhaitait ainsi remédier à la non-exécution de mesures d'éloignement en raison du refus de prolongation opposé par le juge judiciaire avant que le juge administratif n'ait statué sur la rétention et l'OQTF.

Cet enchevêtrement des compétences pouvait néanmoins être source de complexité et conduire à ce que des étrangers voient leur rétention et leur OQTF validées par le juge administratif alors que, concomitamment, le JLD avait refusé la prolongation de la rétention. Inversement, le juge administratif

pouvait invalider la rétention alors que le JLD avait consenti à sa prolongation. De ce point de vue, ce schéma était assurément contraire à la bonne administration de la justice, en raison des contradictions possibles de jurisprudence et de l'effectivité relative du recours intenté par un étranger. C'est pourtant au nom de ce même objectif de bonne administration de la justice, dont on mesure le caractère malléable, que le Conseil constitutionnel a validé cette disposition : « En organisant ainsi le contentieux, le législateur a eu pour but de garantir l'examen prioritaire de la légalité [des mesures d'éloignement] et, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de permettre un traitement plus efficace des procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière » (Cons. const. 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, AJDA 2011. 1174  ; et 1936, étude O. Lecucq  ; Constitutions 2011. 581, chron. V. Tchen  ; *ibid.* 2012. 63, obs. A. Levade ).

Avec la loi du 7 mars 2016, le législateur a voulu remédier à cette situation en disposant que la rétention « ne peut être contestée que devant le juge des libertés et de la détention, dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa notification » (CESEDA, art. L. 512-1). La situation a-t-elle pour autant véritablement gagné en clarté ? Du point de vue du contrôle de la rétention, assurément, car les risques de divergences jurisprudentielles sont amoindris. Du point de vue du contentieux général des étrangers, on peut en douter tant il demeure pour une grande partie dans les mains du juge administratif, sa compétence d'annulation des OQTF ne pouvant, en tout état de cause, être transférée à l'ordre judiciaire (Cons. const. 28 juill. 1989, préc.). Ceci explique que le Sénat ait d'ailleurs voulu maintenir l'attribution de compétence au profit du juge administratif pour contrôler la rétention, tout en faisant basculer ce recours dans le plein contentieux. *In fine*, la combinaison de l'article 66 de la Constitution et du PFRLR protégeant le noyau dur de la compétence administrative rend illusoire l'unification du contentieux des étrangers. Etudiant cette dernière question, la commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration, présidée par Pierre Mazeaud, après avoir envisagé les hypothèses d'unification au profit du juge judiciaire, du juge administratif ou d'une juridiction spécialisée, les a d'ailleurs toutes trois écartées. Elle considérait « qu'indépendamment même des problèmes constitutionnels et conventionnels qu'elles soulèvent, leurs inconvénients de tous ordres pèsent beaucoup plus lourdement que leurs avantages, en partie illusores ». (P. Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La documentation française, 2008, p. 73-84). En somme, ainsi que le relevait Jean Rivero, « la dualité de juridictions est trop profondément enracinée dans la tradition juridique française pour qu'il soit réaliste, même en matière de protection des droits fondamentaux, d'en envisager l'abandon » (J. Rivero, *Dualité de juridictions et protection des libertés*, RFDA 1990. 734 ). A ces dérogations à la compétence constitutionnelle du juge administratif, souvent discutables, s'ajoutent des confirmations expresses de celle-ci qui, paradoxalement, conduisent à la dévaloriser.

II - Des confirmations dévalorisantes de la compétence constitutionnelle du juge administratif

Depuis une période récente, le législateur a cru bon de devoir réaffirmer la compétence d'annulation du juge administratif à l'égard de certains actes de puissance publique. Ces confirmations peuvent parfois être subversives et jeter le discrédit sur la juridiction administrative.

A. Des confirmations souvent inutiles

Plusieurs lois ont confirmé la compétence administrative à propos de domaines relevant de son noyau dur. Si la lecture des travaux parlementaires explique parfois partiellement les motivations du législateur, de telles interventions paraissent le plus souvent inutiles au regard de l'application du principe de la séparation des autorités comme de la jurisprudence *Conseil de la concurrence*. Cette propension actuelle s'illustre diversement.

En premier lieu, dans le cadre des licenciements collectifs, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 (C. trav., art. L. 1235-7-1) a confié explicitement aux tribunaux administratifs le contentieux de la validation par la direction générale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) des accords collectifs de plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) et de l'homologation des documents unilatéraux de l'employeur par la même autorité administrative (L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, *Un an de jurisprudence sur les plans de sauvegarde de l'emploi*, AJDA 2016. 1866 ).

Pourtant, ainsi que le reconnaît lui-même le législateur, l'homologation et la validation du PSE étant des actes administratifs pris par une personne publique, l'affirmation d'une telle compétence paraît inutile (C. Jeannerot, rapp. Sénat n° 501, 11 avr. 2013, p. 36-37).

Pourquoi l'avoir alors rappelé ? Peut-être car avant la réforme de 2013, le PSE relevait de la compétence du juge judiciaire. Cette circonstance paraît toutefois ne pas se suffire à elle-même puisque son intervention était auparavant logiquement justifiée par l'absence d'homologation du PSE par l'autorité administrative. Cette confirmation de compétence s'explique plus certainement par le fait qu'elle s'accompagne d'une dérogation à la compétence judiciaire au profit du juge administratif. L'article L. 1235-7-1 du code du travail déclare que l'accord collectif de PSE, le document élaboré par l'employeur, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et la régularité de la procédure de licenciement collectif « ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation ».

Des doutes sur l'utilité de la confirmation de la compétence du juge administratif apparaissent en second lieu à la lecture de l'article 63 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014. En procédant à la dépenalisation du stationnement payant, il donne aux tribunaux administratifs le contentieux de la redevance de stationnement nouvellement créée et à une juridiction administrative spécialisée celui du forfait de post-stationnement. Dès lors que cette redevance s'analyse comme une redevance d'occupation du domaine public et le forfait de post-stationnement comme une sanction administrative, la compétence du juge administratif était évidente. Ce rappel trouve peut-être une explication dans le fait que « la mission d'inspection des juridictions administratives et le vice-président du Conseil d'Etat aient plaidé pour que le contentieux de la redevance de stationnement soit attribué au juge judiciaire (statuant en matière civile) » (J. Petit, La dépenalisation du stationnement payant, AJDA 2014. 1134 [📄](#)). Mais ce choix ayant été écarté par les parlementaires lors des débats, la compétence administrative ne nécessitait pas d'être affirmée dans le texte final.

Le même constat s'impose concernant les articles 97 et 113 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 qui mentionnent la compétence administrative pour de nouvelles sanctions administratives pécuniaires pouvant être prononcées en droit de la consommation (C. consom., art. L. 218-5-2). A nouveau, il faut chercher les raisons de cette incongruité dans les travaux parlementaires. Dans la lignée de la jurisprudence *Conseil de la concurrence*, un amendement avait été déposé pour déroger au noyau dur et donner au juge judiciaire le pouvoir d'annuler ces sanctions, en tant que juge principal des litiges liés à la consommation. Celui-ci a néanmoins été écarté (M. Bourquin et A. Fauconnier, rapp. Sénat n° 809, 24 juill. 2013, p. 248-249) et, là encore, la mention finale du juge administratif n'avait pas lieu d'être.

L'inutilité des confirmations de compétence du juge administratif apparaît en dernier lieu, et de manière peut-être encore plus flagrante, à l'égard de mesures de police administrative. Ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel, et bien que cette analyse puisse être discutée, les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sont des mesures de police administrative relevant du noyau dur de la compétence administrative, et non du juge judiciaire au sens de l'article 66 de la Constitution (pour les assignations à résidence, Cons. const. 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, consid. 5, AJDA 2015. 2463 [📄](#) ; RFDA 2016. 123, note A. Roblot-Troizier [📄](#) ; Constitutions 2015. 654, Décision [📄](#) ; et 100, chron. L. Domingo [📄](#) ; pour les perquisitions, Cons. const. 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC, consid. 4, AJDA 2016. 340 [📄](#) ; AJCT 2016. 202, étude J.-C. Jobart [📄](#) ; Constitutions 2016. 100, chron. L. Domingo [📄](#) ; *ibid.* 192, Décision [📄](#)). Pourtant, l'article 14 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant et renforçant l'état d'urgence précise qu'à « l'exception des peines prévues à l'article 13, les mesures prises sur le fondement de la présente loi sont soumises au contrôle du juge administratif ». Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs pris soin, lors de la tentative de constitutionnalisation de l'état d'urgence, de supprimer du projet de loi constitutionnelle « les mots "sous le contrôle du juge administratif" qui sont inutiles s'agissant de mesures de police administrative placées naturellement sous le contrôle du juge administratif (CE, ass. gén., 11 déc. 2015, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*). La même critique pourrait s'appliquer à l'article 1^{er} de la loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 (CSI, L. art. 841-1) qui confère au juge administratif la compétence pour connaître des recours formés contre les décisions relatives à l'autorisation et à la mise en oeuvre des techniques de renseignement, lesquelles sont également des mesures de police administrative (Cons. const. 23 juill. 2015, n° 2015-713 DC, consid. 9, AJDA 2015. 1513 [📄](#) ; D. 2016. 1461, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano [📄](#)). Cette confirmation s'explique cependant par la volonté d'attribuer une compétence au Conseil d'Etat en premier et dernier

ressort.

Il n'en demeure pas moins que toutes ces confirmations de compétence au sein du domaine constitutionnellement réservé du juge administratif, plus ou moins justifiées, tendent à semer le doute sur l'existence même du noyau dur et finalement, à relancer le débat sur la dualité juridictionnelle.

B. Des confirmations potentiellement subversives

Le fait de confirmer la compétence du juge administratif dans son domaine réservé a, paradoxalement, pour conséquence de mettre en cause ce noyau dur. L'intervention du législateur peut, en effet, faire douter de la véracité de la compétence administrative dans une matière donnée, conduire à sa critique et, avec elle, condamner la dualité juridictionnelle.

Cette situation est apparue avec éclat à la suite des lois de 2015 en matière d'état d'urgence et de renseignement. Le premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, a ouvertement vilipendé l'attitude du législateur qui, en donnant expressément compétence au juge administratif en la matière, aurait dérogé à la compétence constitutionnelle du juge judiciaire, à savoir la protection de la liberté individuelle prévue par l'article 66 de la Constitution (B. Louvel, Audience de rentrée solennelle de la Cour de cassation, 14 janv. 2016). Tel n'est pas le cas puisque, comme on l'a vu et ainsi qu'a tenu à le rappeler le vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, devant les auditeurs de justice en réponse à son homologue judiciaire, c'est sur le fondement de la distinction entre police administrative et police judiciaire, « aussi ancienne que la République, que le contentieux des mesures prises en application de la loi du 3 avril 1955, [...] relève du juge administratif, comme ont toujours relevé de ce juge les mesures prises par l'autorité administrative pour prévenir les atteintes à l'ordre public » (J.-M. Sauvé, *Le dualisme juridictionnel : synergies et complémentarité*, ENM, CADEJ, *L'autorité judiciaire dans l'Etat*, 28 sept. 2016 ; v. égal., C. Tukov, *L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ?*, AJDA 2016. 936  et T. Renault, *Du riffi chez les juges. Le juge administratif est-il le nouveau gardien des libertés publiques ?*, AJDA 2016. 1677 .

Derrière cette critique, le premier président de la Cour de cassation dénonce en réalité la place du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales et une conception trop restrictive de la liberté individuelle (B. Louvel, *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ?*, Rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation, 2016). Il est vrai que le législateur a adopté « une amplitude qui tend à être maximale, des mesures pouvant être prises à titre préventif pour assurer, sous le contrôle du juge administratif, la préservation de l'ordre public » (J.-M. Sauvé, *Le dualisme juridictionnel*, préc.). De ce point de vue, prolongeant le contrôle du juge administratif existant en matière d'état d'urgence, les lois prorogeant cette situation d'exception lui ont conféré des attributions inédites. Ainsi, l'article 5 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 a attribué au juge administratif des référés la faculté d'autoriser l'autorité administrative à exploiter des données informatiques saisies à la suite de perquisitions administratives. De même, l'article 2 de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 a donné au Conseil d'Etat statuant en référé, saisi par le ministre de l'intérieur, la compétence pour autoriser la prolongation d'assignations à résidence au-delà de douze mois, disposition dont la constitutionnalité paraît discutable.

Afin de remédier à cet état du droit, l'idée de Bertrand Louvel est au contraire « d'étendre le domaine des "blocs de compétences" ». Il déclare : « Comme l'a fait cette loi récente sur la rétention des étrangers qui crée un bloc de compétences au profit du juge des libertés et de la détention. [...]. En partant de ce "modèle", j'ai suggéré aux sénateurs que l'on fasse passer la liberté individuelle "au singulier" de l'article 66 de la Constitution au pluriel de façon à retrouver l'esprit du constituant de 1958, confiant ainsi au juge judiciaire le soin de se prononcer, en toutes circonstances, en cas d'atteintes aux libertés individuelles, y compris au cours de l'état d'urgence » (Interview de B. Louvel, *Comment sauver le soldat Justice ?*, Le Point, 6 avr. 2016). Mais ce faisant, ce qui est proposé, ce sont, cette fois, des dérogations au noyau dur de la compétence administrative ainsi que l'a fait la loi de 7 mars 2016 dans le contentieux des étrangers.

Cette répudiation de la juridiction administrative qui, pour aboutir, devrait se solder par une modification

de la Constitution, n'est pas sans rappeler la tentative entreprise lors de la révision constitutionnelle de 2008. Le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, Jean-Luc Warsmann, avait proposé d'inscrire à l'article 34 la compétence du législateur concernant « la répartition des contentieux entre les ordres juridictionnels, sous réserve de l'article 66 ». Rédigé dans le but de revenir sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel empêchant le transfert de contentieux de l'annulation de l'OQTF au juge judiciaire (Cons. const. 28 juill. 1989, préc.), cet amendement avait provoqué un vif débat entre les deux chambres (P. Delvolvé, L'apport de la réforme constitutionnelle au droit administratif, RFDA 2008. 861 ) et entraîné une levée de boucliers (P. Mazeaud, Menace sur la juridiction administrative, Le Monde, 15 mai 2008), avant d'être finalement retiré du texte final. Si elle ne différait que peu de la jurisprudence *Conseil de la concurrence*, la formulation retenue avait tout de même pour conséquence de remettre en cause le noyau dur de la compétence administrative : « Au lieu de déterminer une réserve de compétence au profit de la juridiction administrative, puis d'en tirer les conséquences en matière de transfert entre ordres de juridiction, [elle] se borne à prévoir expressément la compétence du législateur pour fixer les règles : la répartition des contentieux entre les ordres juridictionnels... » (O. Pluen, La constitution de blocs de « contentieux » : aspect du débat sur la dualité juridictionnelle, 25 mai 2008, <http://www.blogdroitadministratif.net>).

Au terme de ces interventions législatives et de ces contestations diverses, que reste-t-il finalement du noyau dur de la compétence du juge administratif ? Certainement l'essentiel, même s'il se ramollit sous l'action du législateur depuis trente ans. Les dérogations législatives, tout en l'amoindrissant, ne l'ont pas annihilé. Elles tendent en revanche, comme les confirmations législatives inutiles, à remettre en cause la compétence d'annulation du juge administratif, dernier avatar du débat récurrent sur la dualité juridictionnelle (F. Burdeau, Les crises du principe de dualité de juridictions, RFDA 1990. 724). Sous des atours techniques, il passe toujours par la même focale idéologique. La critique libérale ou néolibérale disqualifie la place du juge administratif dans les litiges économiques comme dans ceux relatifs aux droits fondamentaux, le voyant encore trop dépendant de l'administration qu'il juge (M. Jorat, Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats, RFDA 2008. 456 ). Pourtant, comme le soulignait déjà Roland Drago, « la loi suprême doit être, en matière [de répartition des compétences], au-delà des principes, l'intérêt du justiciable. Celui-ci a besoin d'un juge proche de lui et résolvant rapidement ses problèmes. Il serait contraire à cet intérêt que l'un et l'autre des deux ordres de juridiction traitent cette question comme la défense ou la conquête d'un "pré carré" » (R. Drago, Le juge judiciaire, juge administratif, préc.). Trente ans plus tard, on peut raisonnablement douter que ce conseil ait été suivi.

Mots clés :

CONTENTIEUX * Compétence * Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction *
Décision Conseil de la concurrence