

Galop Prep'ENA IPESUP

Épreuve de Droit public – Éléments de correction

Le respect de la hiérarchie des normes : quelles responsabilités pour les pouvoirs publics ?

1. Introduction et analyse des termes du sujet

L'introduction d'un devoir est primordiale pour analyser les termes du sujet posé, *a fortiori* lorsque l'un d'entre eux est juridiquement consacré ou, au contraire, est formulé de manière peu habituelle :

- ◆ **le respect** : ce terme n'était pas le plus central dans le sujet posé mais présentait un caractère utile pour bien cerner ce dont il était question, c'est-à-dire ce qui permet de garantir *a priori* que la hiérarchie des normes est respectée ou d'assurer *a posteriori* son rétablissement, et non pas uniquement la simple présentation, à plat, de cette hiérarchie ;
- ◆ **la hiérarchie des normes** : cette notion, généralement connue et maîtrisée, se réfère certes à la théorie kelsénienne mais nécessitait surtout de bien rappeler qu'il en découle que la validité juridique d'une norme dépend de sa conformité à celle qui lui est immédiatement supérieure, sauf pour la norme fondamentale qui est première dans cette hiérarchie ; dans cette mesure, la référence à Kelsen compte donc moins que la capacité à exposer simplement et synthétiquement ce que la notion recouvre ;
- ◆ **quelles responsabilités** : ce groupe nominal constituait le point de difficulté du sujet à au moins deux titres, d'abord parce que la responsabilité est une notion juridiquement consacrée et ensuite par qu'il était fait usage d'un pluriel ; pour rappel :
 - en droit civil, la responsabilité a pour objet la réparation du dommage causé à autrui, soit en nature soit par équivalent (articles 1231-1 et 1240 ss du Code civil) ;
 - en droit pénal, il s'agit de l'obligation de répondre de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi ;
 - en droit constitutionnel, la responsabilité est l'obligation pour le titulaire d'un mandat politique de répondre de son exercice devant celui ou ceux de qui il le tient ;
 - en droit administratif, les personnes morales de droit public peuvent voir leur responsabilité engagée à l'égard des particuliers ou d'autres collectivités publiques soit pour faute, soit sans faute ;
 - en droit européen, il est prévu que la CJUE est compétente pour statuer sur les actions en réparation de dommages causés par les institutions de l'Union, soit au titre de la responsabilité contractuelle, soit au titre de la responsabilité extracontractuelle, laquelle résulte en général des conséquences dommageables d'un acte juridique illégal (articles 268 et 340 du TFUE) ;
 - en droit international, c'est l'ensemble des relations juridiques nouvelles découlant de la commission par un Etat ou une organisation internationale d'un fait internationalement illicite.

Il découle de toutes ces définitions que la responsabilité a généralement trait à la notion de réparation d'une faute ou d'une action qui a causé un dommage. **Les responsabilités des personnes publiques s'agissant du respect de la hiérarchie des normes étaient donc nécessairement distinctes de l'ensemble des mécanismes de contrôle normatif visant à rétablir l'ordonnement juridique.** En d'autres termes, l'annulation pour illégalité d'un décret par le juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, par exemple, n'est pas l'engagement de la responsabilité de l'auteur de l'acte.

- ◆ **les pouvoirs publics** : en raison de la multiplicité des normes et de leurs auteurs, le terme de « pouvoir publics » constituait surtout une indication à ne pas réduire le sujet à la seule responsabilité « administrative » entendue strictement mais à bien envisager la responsabilité du législateur et celle des juridictions également.

2. Enjeux soulevés par le sujet, analyse des documents et proposition de problématique

Ce sujet, dont la formulation était intentionnellement particulière, avait pour but essentiel de faire réaliser aux préparateurs qu'une véritable dissertation de concours suppose de ne traiter que le sujet mais tout le sujet.

En l'occurrence, l'essentiel des copies a choisi la facilité des terrains supposés balisés, offrant de longs développements sur l'enrichissement et la complexification de la hiérarchie des normes et présentant l'ensemble des contrôles normatifs qui se sont construits : ce n'était pas le sujet ici, et un temps suffisant pris pour analyser le terme de « responsabilité » aurait contribué à s'en rendre compte. Il était donc surtout question d'engagement de la responsabilité des pouvoirs publics en cas de non-respect de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire de l'obligation de réparation, de rendre compte, voire d'agir à l'avenir dans un sens différent pour éviter une sanction.

L'autre difficulté, moins répandue dans les copies, était de bien circonscrire les développements autour de cette responsabilité : il n'était ni question de la responsabilité au sens large, c'est-à-dire par exemple pour les activités matérielles des pouvoirs publics, ni de la responsabilité sans faute du fait des lois dont le fait générateur suppose une rupture d'égalité devant les charges publiques mais pas de manquement à la hiérarchie des normes.

Il s'agissait donc d'un sujet difficile qui supposait de circonscrire très strictement l'objet d'étude, d'éliminer des connaissances plutôt que d'en rechercher, et de ne pas céder à la tentation de vouloir faire état de tout élément ayant de près ou de loin un rapport avec la hiérarchie des normes.

Cela étant dit, plusieurs enjeux pouvaient ainsi être identifiés parmi lesquels :

- ◆ le décalage entre l'enrichissement très fort des contrôles normatifs permettant de rétablir la hiérarchie des normes et une relative irresponsabilité des pouvoirs publics auteurs des normes contestées ;
- ◆ les conséquences sur le terrain de la responsabilité d'un possible désordre normatif, par exemple dans le cas où les modalités de rétablissement de la hiérarchie des normes au niveau national suppose d'écarter une norme internationale et de courir le risque de voir la responsabilité internationale de l'Etat engagée ;
- ◆ la nécessité de bien préciser les éléments constitutifs de la responsabilité des pouvoirs publics pour leur activité normative fautive : la faute, le dommage et le lien de causalité, lesquels ne sont pas toujours évidents à établir ;
- ◆ la difficulté spécifique à dépasser la seule responsabilité de l'administration en matière de respect de la hiérarchie des normes, c'est-à-dire à reconnaître la possible faute du juge ou plus encore celle du législateur ;
- ◆ l'existence de régimes nécessairement différenciés en termes de responsabilité selon qu'il s'agit de la non-conformité d'une loi à une norme internationale ou européenne pouvant le cas échéant être sanctionnée par un juge extérieur à l'ordre juridique français ou, au contraire, d'une non-conformité entre la loi et la Constitution française.

Le corpus documentaire fourni permettait d'identifier la plupart de ces enjeux, à condition d'en faire une lecture attentive et avisée :

- ◆ le document 1, naturellement bien connu des candidats, avait pour but de souligner l'absence d'un régime de responsabilité du législateur prévu par la Constitution en cas de loi déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel et donc le décalage entre contrôles normatifs enrichis (notamment la QPC) et maintien d'une irresponsabilité ;
- ◆ le document 2, sur le terrain de la responsabilité administrative, permettait de donner la position du Conseil d'Etat s'agissant des actes administratifs dont l'illicéité caractérise la faute de l'administration qui les a produits ; cela avait aussi pour but de souligner que le sujet ne se limitait en aucune manière à la seule responsabilité du fait des lois ;
- ◆ le document 3 avait pour but de souligner l'une des formes de responsabilité des pouvoirs publics, en l'occurrence l'obligation qui est faite au pouvoir réglementaire de ne pas laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives ou d'édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs, après l'expiration des délais impartis ; peut-être l'un des plus importants, ce document permettait de souligner que la « responsabilité » au sens large des pouvoirs publics est, au-delà de réparer, de prévenir en abrogeant des normes ou en s'abstenant d'en édicter : cela était dans le sujet, pas le strict contrôle normatif ;
- ◆ le document 4 était d'une lecture plus difficile car, généralement connu sur le terrain du contrôle entre les normes, il fallait en identifier les spécificités sur le terrain de la responsabilité ; en l'occurrence, le Conseil d'Etat explicite la méthode que doit suivre le juge administratif dans le cas où deux conventions internationales s'appliquent au cas d'espèce, en particulier lorsque celles-ci sont inconciliables ; lorsque le juge administratif est conduit à écarter l'une des deux normes internationales, cela se fait sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne ;
- ◆ le document 5, issu de la jurisprudence communautaire, illustre le rôle déterminant du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la CJUE dans l'engagement possible de la responsabilité des Etats membres pour les préjudices causés par la violation de ce droit ; en l'espèce, l'arrêt Francovich permet l'engagement de la responsabilité de l'Etat membres en cas de non-transposition d'une directive ;
- ◆ le document 6, extrait de la Revue française de droit administratif (RFDA), indiquait les débats doctrinaux relatifs à l'ouverture d'une responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles mais devait être lu en ayant connaissance de l'évolution jurisprudentielle qui a suivi, en décembre 2019, avec l'ouverture de cette voie par le Conseil d'Etat.

La problématique proposée pouvait être la suivante : **le non-respect de la hiérarchie des normes doit-il constituer un nouveau motif d'indemnisation à part entière de la part des pouvoirs publics ?**

3. Exemple de plan détaillé

I. Le refus encore récent d'engager la responsabilité des pouvoirs publics pour leur activité normative (IA) s'est étioilé, notamment sous l'impulsion du droit de l'Union européenne qui prévoit explicitement la responsabilité des Etats membres (IB)

A. Si historiquement, les pouvoirs publics ne pouvaient « mal faire » en édictant des normes, cette situation a évolué, principalement sur le terrain du contrôle normatif (correction objective) et subsidiairement sur le terrain de la faute (réparation)

- ◆ L'irresponsabilité de la puissance publique, héritage de la tradition royale et prolongement de la souveraineté, a longtemps empêché la consécration d'un régime de responsabilité du fait des normes et, plus particulièrement, du fait des normes irrégulières. Selon les termes du président Michel Rougevin-Baville, cette irresponsabilité se définit comme l'ensemble des « hypothèses où la nature du fait générateur invoqué par le demandeur exclut d'emblée toute possibilité de réparation par la voie d'un recours juridictionnel »¹.
- ◆ L'ouverture vers un régime de responsabilité du fait des actes administratifs illégaux est intervenue tardivement (**document 2**) mais a permis d'étoffer l'office du juge administratif : à un contentieux objectif, celui du recours pour excès de pouvoir qui permet d'annuler l'acte illégal, s'ajoute la conséquence que l'illégalité de l'acte, même imputable à une simple erreur d'appréciation, constitue une faute de nature à engager la responsabilité de la puissance publique (Driancourt). Toutefois, puisqu'il s'agit alors d'une responsabilité pour faute, il emporte alors au demandeur de prouver que l'illégalité fautive est bien la cause d'un préjudice direct et certain ;
- ◆ S'agissant en revanche de la loi qui serait contraire aux normes qui lui sont supérieures, l'évolution observée a été cantonnée au contrôle normatif, sans possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat. En effet, la Constitution de la Ve République consacre en son article 55 la supériorité des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés sur les lois, ce dont se sont saisis les juges judiciaire (Jacques Vabre), constitutionnel en matière électorale (5^e circonscription du Val d'Oise) et administratif (Nicolo) pour construire un contrôle de conformité, y compris pour la loi postérieure à l'accord ou au traité, mais sans ouvrir dans le même temps un droit à réparation pour les requérants. De même, et au bénéfice de la révision de 2008, la Constitution s'est enrichi d'un contrôle *a posteriori* de la loi dont les conséquences, de même que celles du contrôle *a priori*, se situent sur le strict terrain du contrôle normatif et non de la responsabilité (**document 1**).

B. L'impulsion donnée par le droit de l'Union européenne et son interprétation par la CJUE ont permis de pleinement engager la responsabilité des Etats membres pour non-respect du droit communautaire

- ◆ Le droit de l'Union européenne, qui forme un ordre juridique propre, intégré au droit des Etats membres, prévoit plusieurs mécanismes visant à en assurer le respect et la mise en œuvre. A ce titre, le recours en manquement constitue une procédure juridictionnelle par laquelle la Cour de justice de l'Union européenne contrôle le respect par les Etats membres des obligations qui leur incombent en vertu du droit européen (article 258 à 260 TFUE). Si la constatation du manquement est purement déclaratoire, c'est-à-dire que la CJUE ne peut ni annuler ni abroger les mesures nationales, l'absence de mesures par l'Etat membre pour assurer l'exécution de l'arrêt en manquement est susceptible de donner lieu à l'ouverture d'une nouvelle procédure dite de « recours en manquement sur manquement » pouvant

¹ C.-É. Sénac, « Le concept d'irresponsabilité de la puissance publique », *RFDA*, 2011, n° 6, p. 1198.

entraîner le prononcé de sanctions pécuniaires sous la forme d'une somme forfaitaire et/ou d'une astreinte.

- ◆ Sur le plan plus spécifiquement normatif, l'absence comme le retard à transposer une directive communautaire en droit interne constitue un manquement à une obligation générale de l'Etat. Dans cette mesure l'Etat est susceptible de voir sa responsabilité engagée en manquement. La Cour de justice a également ouvert le droit à réparation au profit d'un particulier lésé par ce manquement, à condition de réunir trois séries de conditions (CJCE, 19 novembre 1991, *Francoovich et Bonifaci* – **document 5** ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur en Allemagne* ; CJCE, 8 octobre 1996, *Dillenkofer*) :
 - l'obligation de réparation incombant à l'Etat est une obligation directe. Autrement dit, sa mise en œuvre n'est pas conditionnée par un arrêt préalable de manquement rendu par la CJUE ;
 - la directive non transposée doit comporter l'attribution de droits au profit des particuliers. De plus, le contenu de ces droits doit pouvoir être identifié sur la base de la seule directive. Il doit cependant exister un lien de causalité entre la violation des obligations communautaires et le dommage allégué ;
 - la responsabilité de l'Etat peut être engagée quel que soit l'organe de l'Etat à l'origine de la violation du droit communautaire et du préjudice subi (qu'il s'agisse du pouvoir exécutif, législative ou de l'autorité judiciaire).
- ◆ Le juge administratif, dans le prolongement de la jurisprudence communautaire, a reconnu la responsabilité de l'Etat à raison du non-respect du droit de l'Union européenne par le droit national. La non-transposition d'une directive dans le droit national entraîne ainsi la responsabilité de l'Etat en cas de préjudice. Le Conseil d'Etat admet de reconnaître la faute de l'administration ayant pris des mesures d'application d'une loi contraire à une directive, même si l'arrêt ne le dit pas expressément (CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products*). En découlent par ailleurs des obligations pour le pouvoir administratif, dans le champ du droit de l'Union européen mais désormais plus généralement : saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, l'autorité compétente est tenue d'y référer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date (Compagnie Alitalia – **document 3**).

II. Cette responsabilité liée au respect de la hiérarchie des normes demeure avant tout un contentieux objectif, traduction de la séparation des pouvoirs (IIA), ce qui limite l'étendue des hypothèses de réparation au profit des particuliers (IIB)

A. Le respect de la hiérarchie des normes demeure un enjeu institutionnel, ce qui peut expliquer les difficultés du juge administratif à reconnaître la responsabilité du pouvoir législatif et à privilégier un contentieux objectif

- ◆ L'ouverture par le juge administratif d'une responsabilité de l'Etat du fait des normes non conformes aux normes supérieures est toutefois demeurée prudente s'agissant des lois, y compris dans l'hypothèse du non-respect du droit de l'Union. En effet, le juge administratif a principalement recherché la responsabilité de l'Etat par le truchement des actes administratifs d'application de la loi. La raison de cette prudence tient au respect de la séparation des pouvoirs : comment le juge administratif peut-il reconnaître une faute du pouvoir législatif ? Le respect de la hiérarchie des normes constitue donc un enjeu institutionnel qui rejaille sur la capacité d'ouvrir des terrains de responsabilité nouveaux ;

- ◆ La difficulté engendrée par cet état du droit jurisprudentiel semble désormais contournée par une nouvelle solution en cas d'inconventionnalité de la loi. Compte tenu des obligations qui sont celles de l'Etat pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques, il est tenu de réparer l'ensemble des préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France et notamment du droit européen (traité, règlement de l'Union ou directive ; CE, Ass., 8 février 2007, *M. Gardedieu*). Toutefois, ce régime a suscité des débats doctrinaux nourris sur le fait de savoir si la responsabilité ainsi ouverte était une responsabilité sans faute, pour faute, ou encore *sui generis*, l'inconventionnalité constituant un manquement objectif ne contraignant pas le juge administratif à reconnaître une faute du pouvoir législatif ;
- ◆ L'enjeu institutionnel du respect de la hiérarchie des normes rejaillit aussi sur l'articulation entre contrôle normatif et régime de responsabilité. En effet, l'office du juge administratif peut le conduire à proposer des solutions de règlement des conflits de normes qui ne permettent pas de consacrer une responsabilité claire des pouvoirs publics (Kandyrine). Lorsque le juge administratif se trouve dans l'incapacité d'assurer la conciliation des stipulations de conventions internationales à laquelle la France est partie, il doit faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne (**document 4**).

B. L'importance de réparer les dommages que cette violation normative peut causer suppose néanmoins des conditions strictes (manquement, dommage, lien de causalité) qui en limitent nécessairement la portée au bénéfice des particuliers

- ◆ Dans le prolongement de la jurisprudence Gardedieu et après la mise en place de la QPC, la question s'est posée de l'ouverture de la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles (**document 6**). Cette voie a finalement été ouverte par le Conseil d'Etat le 24 décembre 2019 par trois décisions d'assemblée. Ces dernières marquent donc une rupture définitive avec la logique d'irresponsabilité des pouvoirs publics et s'inscrivent indéniablement dans le « sens de l'évolution de la responsabilité administrative » dégagé par le professeur Charles-Edouard Sénac ;
- ◆ Toutefois, cette ouverture rappelle aussi que la responsabilité plus grande des pouvoirs publics n'est pas sans limites et qu'il ne sera pas possible pour les particuliers d'obtenir aisément une indemnisation. Si le constat du manquement suffit à caractériser la faute, il est aussi ce qui fixe le cadre de la responsabilité des pouvoirs publics. Ainsi, dans le cas d'une loi déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel, les motifs retenus par ce dernier sont ceux qui fixent le cadre de la responsabilité possible : sont donc exclues les hypothèses de lois ne pouvant faire l'objet d'une QPC ou les motifs d'inconstitutionnalité n'étant pas relatifs aux droits et libertés que la Constitution consacre. La date d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité rejaillit par ailleurs sur la capacité des particuliers d'obtenir réparation d'un préjudice qu'ils devront en tout état de cause prouver.