



HAL
open science

Le Défenseur des droits et le juge administratif: d'une coopération informative réciproque à un appui juridictionnel limité

Jean de Saint Sernin, Jean Par

► To cite this version:

Jean de Saint Sernin, Jean Par. Le Défenseur des droits et le juge administratif: d'une coopération informative réciproque à un appui juridictionnel limité. *Revue française de droit administratif*, 2018, pp.332-343. hal-03226875

HAL Id: hal-03226875

<https://hal.science/hal-03226875v1>

Submitted on 19 May 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le Défenseur des droits et le juge administratif : d'une coopération informative réciproque à un appui juridictionnel limité

Par Jean DE SAINT SERNIN

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) à l'Université Paris Nanterre – Docteur en droit public de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

RFDA, mars-avril, 2018, p. 332-343.

« *Una via electa* ». Cette locution latine empruntée au droit processuel judiciaire français rappelle le cloisonnement entre la procédure civile et la procédure pénale : la partie qui a exercé une action juridictionnelle au civil ne saurait parallèlement porter une réclamation identique devant la juridiction répressive. Cette étanchéité contentieuse apparente peut être transposable à chaque ordre juridique et s'applique dans une certaine mesure aux relations qu'entretiennent les juridictions de l'ordre administratif avec certaines autorités administratives.

Nonobstant l'exclusivité de compétence du juge administratif dans la connaissance et l'appréciation des litiges relatifs aux activités administratives de l'Administration, s'observe une certaine concurrence apparente avec la présence toujours plus nombreuse de certaines autorités administratives chargées de recueillir les réclamations des administrés, à l'image du Défenseur des droits. Créé par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Défenseur des droits veille, aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 71-1 de la Constitution, « au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public ». Nommé par le Chef de l'État, le Défenseur des droits est amené notamment à connaître des requêtes des citoyens dans leurs relations avec l'Administration, alors même que les litiges qui l'intéressent relèvent organiquement et constitutionnellement de la juridiction administrative¹. La compétence du Défenseur des droits se différencie en revanche de celle du juge administratif en ce qu'il ne connaît que des litiges relatifs aux droits et libertés et résultant « du fonctionnement d'un service public ou d'un des organismes visés au premier alinéa »². Sa compétence s'avère, en apparence, plus restreinte que celle du juge administratif, mais également plus étendue, en ce qu'elle « dépasse les limites du contentieux administratif et ignore la distinction des compétences entre les juges administratifs et judiciaires »³. A l'instar de l'ancien Médiateur de

¹ Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC : « 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 ».

² Art. 4 de la Loi organique n° 2011-333 dispose que : « Le Défenseur des droits est chargé : 1° De défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public ; 2° De défendre et de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant (...) ; 3° De lutter contre les discriminations, directes ou indirectes (...), ainsi que de promouvoir l'égalité ; 4° De veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République ».

³ M. de Villiers et T. de Berranger, *Droit public général*, LexisNexis, 7^e éd., 2015, p. 1423.

la République, la structure juridictionnelle de contrôle de l'Administration n'a pas été « ébranlée par la venue »⁴ du Défenseur.

L'intervention du législateur organique par la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011, précisée par le pouvoir réglementaire avec les décrets n° 2011-904 et 905⁵, révèle que le constituant n'a pas entendu conférer au Défenseur des droits la qualité de « juridiction ». De par sa présence dans la norme constitutionnelle, le Défenseur s'est vu conférer le statut d'« autorité constitutionnelle indépendante »⁶. Cette appellation élogieuse ne saurait en conséquence éclipser la compétence du juge administratif dans la résolution contentieuse des litiges administratifs qui peuvent, le cas échéant, porter atteinte aux droits et libertés des administrés.

De la même façon que le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs ne saurait prohiber la collaboration entre les pouvoirs publics, le législateur et le pouvoir réglementaire n'ont pas entendu proscrire les relations entre le Défenseur des droits et le juge administratif. La proximité entre le Défenseur des droits et le juge administratif s'observe d'abord dans la présence de magistrats de l'ordre administratif dans les instances entourant le Défenseur. Aux termes de l'article 13 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le juge administratif participe à la composition des trois collèges qui assistent le Défenseur des droits pour l'exercice de certaines attributions constitutionnellement dévolues. Le vice-président du Conseil d'État désigne un magistrat siégeant au sein du collège « déontologie » (se substituant à la Commission Nationale pour la Déontologie et la Sécurité - CNDS)⁷ et une personnalité qualifiée siégeant dans le collège discrimination (se substituant à la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité - HALDE).

Cette proximité se vérifie aussi, mais de manière limitée, dans le fonctionnement des deux institutions. Le partage d'une même attribution, consistant à traiter des réclamations d'administrés, justifie la possibilité de consultations réciproques entre le Défenseur des droits et la juridiction administrative. Pouvant s'appuyer sur la juridiction administrative pour obtenir l'effectivité de son droit à l'information, le Défenseur ne peut en revanche obtenir un tel secours pour l'application de ses décisions, elles-mêmes non susceptibles de recours devant le juge.

La réhabilitation d'une collaboration fonctionnelle entre le Défenseur des droits et la juridiction administrative

Malgré leurs différences de fonctions, autorités juridictionnelles et administratives ont un objet commun, à savoir le traitement de réclamations portées devant elles par les administrés. L'objectif suivant lequel les deux types d'autorité adoptent des positions cohérentes sur des sujets communs justifie que le Défenseur des droits consulte la juridiction administrative sur l'interprétation d'un texte, que le Défenseur des droits puisse formuler des observations devant une instance juridictionnelle et que les deux intervenants s'échangent réciproquement des informations en cas de coexistence de procédures amiable et contentieuse.

⁴ *Ibid.* p. 1420.

⁵ V. R. Grand, « La procédure devant le Défenseur des droits précisée », AJDA 2011. 1590.

⁶ Cons. const., 29 mars 2011, n° 2011-626 DC.

⁷ J.-P. Hoss pour le collège « déontologie et respect de la sécurité » et Y. Doutriaux pour le collège « Lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité », JORF n°0252 du 30 oct. 2014.

Un droit de consultation juridictionnel inédit à finalité interprétative

Aux termes de l'article 19 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 et de l'article 31 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits peut consulter le Conseil d'État à travers l'une de ses cinq sections administratives⁸ pour toute difficulté rencontrée dans l'interprétation d'une disposition réglementaire ou législative. La Haute institution administrative peut donc éclairer le Défenseur dans sa connaissance du sens et de la portée des dispositions normatives qu'il est amené à appliquer, dans le cas d'atteintes supposées aux droits et libertés. Une telle coopération se justifie par le rapprochement des fonctions assignées au Défenseur et au Conseil d'État, mais plus largement par leur connaissance commune des affaires administratives et des difficultés rencontrées au sein des services publics. A l'instar de ce que Guy Braibant notait pour le Médiateur de la République, l'existence « de deux missions analogues et de préoccupations identiques »⁹ nécessite plus que jamais une coopération resserrée entre les deux institutions.

Selon le rapport Gélard, « le Défenseur dispose en ce domaine, comme dans les autres d'ailleurs, de moyens d'investigation au moins équivalents à ceux des autorités existantes »¹⁰. Il s'agit d'un privilège rarement dévolu à une autorité administrative. En effet, aucune des autorités administratives auxquelles s'est substitué le Défenseur des droits n'avait bénéficié de la part du législateur, du droit de demander un avis au Conseil d'État pour l'interprétation d'une disposition législative ou réglementaire. Cette carence explique que le législateur ait répondu positivement à une demande faite en ce sens par une des autorités administratives auxquelles s'est substitué le Défenseur des droits : le Médiateur de la République. Toutefois le Médiateur bénéficiait, aux termes du dernier alinéa de l'article 12 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, du droit de saisir le Conseil d'État afin de faire « procéder à toute étude ». Indépendamment des textes s'était développée entre le Médiateur de la République et le Conseil d'État une « coopération amiable qui s'est réalisée en fait »¹¹.

Saisi en ce sens, le vice-président du Conseil d'État renvoie la demande d'avis formulée par le Défenseur à l'une des sections administratives¹², qui en pratique se trouve généralement être la section du rapport et des études. Le Défenseur tient compte à la fois des difficultés de l'affaire dont il est saisi, mais plus généralement de la pertinence et du caractère juridique de la réclamation qui lui est soumise. Conformément à une jurisprudence constante, cet avis ne pourra porter sur « des questions soumises à une autorité juridictionnelle »¹³. Faute de force

⁸ Art. R. 123-2 CJA : « Les sections administratives du Conseil d'État sont : la section de l'intérieur ; la section des finances ; la section des travaux publics ; la section sociale ; la section administration et la section du rapport et des études ».

⁹ G. Braibant, « Les rapports du Médiateur et du juge administratif », AJDA 1977. 287.

¹⁰ P. Gélard, *Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat*, n°462, (2010-2011), p. 81.

¹¹ G. Braibant, préc., p. 287. V. aussi, A. Holleaux, « Le médiateur dans ses rapports avec la juridiction administrative », *Revue administrative de l'est de la France*, 1976, p. 51-57.

¹² Art. R. 123-3-1 CJA. V. sur ce sujet J-P Costa, « Le médiateur et la section du rapport et des études du Conseil d'État », *La Revue administrative*, 1985, p. 543-546.

¹³ V. CE, sect. de l'intérieur, avis n° 364 420 du 18 avr. 2000 pour une question en instance devant un tribunal administratif et au Conseil d'État.

exécutoire, cet avis ne lie pas le Défenseur des droits, non plus que le Conseil d'État statuant au contentieux, et ne présente aucun formalisme pour sa réponse.

Aux termes de l'étude d'impact, cette saisine du Conseil d'État doit « conduire progressivement à limiter le nombre de demandes les plus répétitives tant auprès du Défenseur des droits qu'auprès des juridictions compétentes »¹⁴. Les avis du Conseil d'État devraient permettre « d'apporter des solutions plus rapides aux réclamations résultant d'interprétations divergentes des textes entre la personne ayant saisi le Défenseur des droits et l'organisme mis en cause »¹⁵. Cette faculté fait du Conseil d'État la juridiction chargée d'apporter les éclaircissements nécessaires à l'interprétation de la règle de droit édictée par le législateur ou le pouvoir réglementaire. C'est ainsi que le Défenseur a saisi le Conseil d'État sur des questions relatives à la laïcité. Cette question avait conduit à un contentieux nourri avec l'affaire *Baby loup* et le juge judiciaire¹⁶. Dominique Baudis souhaitait à l'époque obtenir des éclaircissements sur « la participation à un service public », appliquée aux mères accompagnant les élèves lors des sorties scolaires et qui semblait être distinguée de la notion plus classique et mieux connue de « collaborateur occasionnel au service public ». Le premier Défenseur des droits estimait que « beaucoup d'incertitudes demeuraient quant au champ d'application du principe de laïcité ». Aussi demanda-t-il au Conseil d'État « d'apporter les clarifications nécessaires notamment sur les obligations qui s'imposent aux “collaborateurs occasionnels du service public”, tels que les accompagnatrices de sorties scolaires, mais aussi les témoins ou les jurés dans le procès ». Il fallait, selon lui, « préciser la frontière entre les missions de service public qu'implique le respect de la laïcité et les missions d'intérêt général qui en sont dispensées »¹⁷. Dans une décision rendue par le Conseil d'État le 19 décembre 2013, la haute juridiction a apporté les précisions nécessaires¹⁸. La saisine du Conseil d'État pour avis peut être rendue publique, ce qui contribuera indéniablement à l'éclaircissement de toutes les situations analogues et favorisera l'autorité des avis consultatifs rendus par le Conseil d'État.

L'effectivité du droit d'observation du Défenseur lors d'une instance juridictionnelle en cours

Une initiative et une force juridique mesurées

Aux termes de l'article 11 de la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973, le Médiateur ne pouvait intervenir « dans une procédure engagée devant une juridiction ». Interdiction était alors faite au Médiateur, de faire connaître « son opinion ni sur le déroulement de la procédure, ni sur le pendant de l'affaire ou encore d'aider un administré dans son action contentieuse »¹⁹. En

¹⁴ *Étude d'impact du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits*, sept. 2009, p. 35.

¹⁵ P. Morel-à-l'Huissier, *Rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n° 2991-2992 (2010-2011), 2010, p. 122.

¹⁶ Ccass., soc., 19 mars 2012, n° 11-28.845, *FS-P B R I, F c/ Association Baby loup* et CA Paris, 27 nov. 2013, n° 13/02981.

¹⁷ AJDA 2013. 1717.

¹⁸ CE, 19 déc 2013, *Études demandées par le Défenseur des droits*, JCP adm. 2014. 2005.

¹⁹ G. Braibant, préc., p. 285.

revanche, la création de la HALDE a entraîné la dévolution du droit pour celle-ci²⁰ de présenter des observations devant les juridictions, pouvoirs que reprendra le législateur avec l'institution du Défenseur des droits.

Aux termes de l'article 5 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le juge ne fait pas partie des saisissants du Défenseur des droits. En revanche, le Défenseur possède, au titre de l'article 33, un droit d'expression, celui d'être entendu en présentant des observations devant une instance de jugement et ce quel que soit le degré ou la nature de la juridiction. Les observations peuvent être présentées dans trois cas : l'initiative spontanée ou « d'office » du Défenseur à l'invitation du juge ; ou encore à l'initiative des parties à l'instance et par l'intermédiaire du juge. Le législateur a en effet précisé qu'en cas d'intervention spontanée du Défenseur son audition était « de droit ». *A contrario* dans l'hypothèse où les parties demandent la saisine du Défenseur par l'intermédiaire du juge, ce dernier n'est pas tenu d'y faire droit. Le juge administratif ne contrôle pas, il est vrai, l'initiative ou l'absence du droit pour le Défenseur de présenter des observations. En revanche, les parties ne peuvent contraindre le juge administratif à solliciter des observations au Défenseur. Ce droit relève de l'appréciation entière de la formation de jugement²¹. Le juge n'estime opportun de saisir le Défenseur des droits que s'il est en présence d'un doute avéré quant à l'existence d'une discrimination, l'absence manifeste de celle-ci rendant superfétatoire toute saisine²². L'initiative juridictionnelle du Défenseur est alors strictement conditionnée à l'existence présumée d'une atteinte discriminatoire aux droits et libertés.

L'intervention du Défenseur à titre d'observateur lui a permis de recevoir l'appellation élogieuse d'*amicus curiae*²³. Ce n'est ni un témoin, ni un expert, mais il a « la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à fournir en présence de tous les intéressés toutes les observations propres à éclairer le juge »²⁴. L'invitation d'experts à la demande des juridictions administratives est désormais codifiée par le décret n° 2010-164 du 22 février 2010²⁵, qui a créé l'article R. 625-3 du code de justice administrative (CJA), disposant que « la formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige ».

Conformément à l'interprétation donnée par la Cour de cassation à propos de l'ancienne HALDE, ces observations et ces éclairages « ne confèrent pas pour autant à cette dernière la qualité de partie »²⁶. Le juge administratif a réalisé une transposition identique vis-à-vis du

²⁰ Art. 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004.

²¹ « Il appartient à la seule formation de jugement d'apprécier l'opportunité d'inviter une personne à l'éclairer sur la solution à donner au litige ; qu'eu égard à la nature même du présent litige, il ne serait d'aucune utilité de faire ainsi intervenir le défenseur des droits », CAA Marseille, 19 déc. 2013, n° 12MA03207, préc. V. aussi, CAA Bordeaux, 25 mars 2014, n° 12BX02920.

²² V. CAA Versailles, 19 févr. 2015, n° 12VE02387.

²³ « Ami de la Cours », expression désignant une « personne qui n'étant pas parti au litige, peut être entendue par une juridiction dans le but de fournir des éléments d'information propres à trancher l'affaire », F. Colin, « Un *amicus curiae* en devenir : le délégué du défenseur des droits », Dr adm. 2012. 9.

²⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2009, p. 55.

²⁵ Décret n° 2010-164, 22 fév. 2010 : JO 23 fév. 2010, p. 3325.

²⁶ Ccass soc, 2 juin 2010, n° 08-40.628, *Société Yusen Air and sea service France*, et Ccass soc, 16 nov. 2010, n° 09-42.956, FS-D, *Association comité d'expansion économique du Puy-de-Dôme c/ la HALDE et a.*

Défenseur²⁷. Par ailleurs, le Défenseur « ne présente pas de conclusions propres, ni en demande ni en défense, le juge administratif ne se prononce pas sur le bien-fondé des prétentions des parties »²⁸. Le Conseil d'État avait admis prématurément que seuls « les intervenants bénéficiaient de réponses, non un observateur, un expert ou un *amicus curiae* »²⁹. Les observations présentées ne constituent donc pas des moyens d'instance auxquels seraient tenus de répondre le juge administratif. Les observations que le Défenseur peut prononcer à l'écrit ou à l'oral sont versées au débat contradictoire et sont présentes dans les visas des décisions, mais leur confrontation à la légalité n'est pas assurée.

Le Défenseur des droits n'exprime pas personnellement ses observations devant l'instance en cours. Il bénéficie d'une représentation par l'un de ses avocats ou son délégué. À cette fin, l'article 9 de la loi n° 2011-334 du 29 mars 2011 a instauré plusieurs délégués placés sous l'autorité du Défenseur et dont le concours se révèle particulièrement opportun pour le juge administratif. Au stade du litige, leur intervention constitue une source « d'information utile pour le juge »³⁰. En effet, le juge pourra y trouver « une source d'information intéressante en raison de sa connaissance des intervenants locaux dans les différents secteurs de service public (...). Tous éléments qui sont susceptibles de contribuer efficacement à l'appréciation concrète d'un dossier »³¹. Ces observations demeurent régulières³², preuve que le Défenseur ou la juridiction administrative estime important de travailler en étroite collaboration à la résolution d'un litige, par l'éclairage des difficultés que peut présenter l'existence d'une discrimination et d'une atteinte avérée aux droits et libertés.

Les observations formulées par le Défenseur possèdent une valeur juridique limitée. Selon le Président Odent, « le juge de l'excès de pouvoir ne peut être saisi que d'un recours dirigé contre une décision administrative faisant grief à son destinataire (...), en ce sens qu'elle lèse le requérant dans ses droits ou ses intérêts »³³. Le « pouvoir d'observation » mis à la disposition de la HALDE était déjà insusceptible de recours contentieux. La décision par laquelle la HALDE suggère « à la victime d'une discrimination de demander à la juridiction saisie par elle de l'inviter (...), à présenter des observations, n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir »³⁴. Récemment, dans un arrêt « Société Exane »³⁵, la Cour administrative d'appel de Paris a justifié le maintien des observations dans la catégorie des actes

²⁷ CE, 22 févr. 2012, n° 343410, *Chambre régionale d'agriculture PACA, Mme Arnaud-Eraud, Lebon T.*

²⁸M. Romnicianu, « La décision du Défenseur des droits d'intervenir devant une juridiction est insusceptible de recours », AJDA 2017. 1189.

²⁹ CE, 5 nov. 1990, n° 79657, *Péan, Lebon p. 927.*

³⁰ D. Chabvaux et J. Courtial, « Le décret du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives », AJDA 2010. 605 et s.

³¹ F. Colin, préc., p. 11.

³² En 2012 : les observations portées devant les juridictions administratives ont été de 3 devant le CE, 17 de la CAA et 11 devant le TA, in *Rapport 2012 du Défenseur des droits*, p. 63. En 2013, 3% (CE), 1% (CAA), 23% (TA), in *Rapport 2013 du Défenseur des droits*, p. 30. 5% (CE), 4% (CAA), 17% (TA), in *Bilan annuel d'activité 2014 du Défenseur des droits*, p. 20.

³³ R. Odent, *Cours de contentieux administratif*, Paris, Les Cours de droit, 1981, p. 969.

³⁴ CE, 13 juill 2007, n° 294195, *SARL Riviera, Lebon. T.*, AJDA 2007. 2145, concl. L. Derepas. Dans un arrêt Société Collectis (12VE03262), la cour administrative d'appel de Versailles a jugé dans un sens identique, que les observations présentées par la HALDE, à l'occasion d'une audition ne confèrent pas à ses décisions « une portée décisive (...), ne modifient pas l'ordonnement juridique et ne s'imposent pas au juge saisi qui demeure seul habilité à constater la matérialité des faits et, le cas échéant, à les sanctionner ».

³⁵ CAA Paris, 6 avr. 2017, n° 15PA03145, *Société Exane*, AJDA 2017. 1186.

insusceptibles de faire grief. Elle a retenu, non pas tant des raisons organiques tirées du statut du Défenseur, que des raisons matérielles. Elle juge d'abord que la faiblesse des effets de droit réside en ce que les observations sont limitées « au seul déroulement de l'instance juridictionnelle ». Ces observations emportent donc des effets spatiaux trop restreints. La Cour juge ensuite que l'observation ne constitue pas « une prise de position adoptée par une autorité de régulation dans l'exercice des missions dont elle est investie et ayant notamment pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elle s'adresse ». En ce sens, l'observation constitue un éclairage indicatif qui n'a pas l'effet d'une mesure de « droit souple ». Enfin, le juge n'est pas lié par ces observations en ce qu'il est libre d'en tenir compte comme bon lui semble.

Une influence juridictionnelle significative

L'utilisation régulière du pouvoir d'observation par le Défenseur des droits a constitué une source d'information et d'éclairage non négligeable pour le juge administratif. La jurisprudence qui se dégage de ces observations donne autant « de repères pour clarifier la portée de la règle de droit »³⁶.

A l'instar de la HALDE³⁷, l'influence du Défenseur des droits se vérifie notamment dans le constat des discriminations, bien que le juge administratif soit souverain dans la prise en compte des observations du Défenseur. Il a notamment suivi le constat effectué par celui-ci en matière de handicap. Dans une décision du 23 octobre 2012 (n° 1000346), le tribunal administratif d'Orléans a suivi les observations du Défenseur qui ont révélé l'existence d'une discrimination en raison d'une maladie physique évolutive, à la suite du refus de recrutement d'un ancien militaire dans le corps des sous-officiers de carrière. Dans le même sens, dans un arrêt rendu le 11 juillet 2012³⁸, le Conseil d'État a suivi les observations du Défenseur en caractérisant comme discrimination une décharge de mission pour un Procureur qui avait abouti corrélativement à une baisse des primes d'activités perçues.

Les observations du Défenseur peuvent être présentées à tous les stades du jugement, mais il n'est pas rare que la juridiction suivante se réfère aux observations exprimées devant la juridiction de 1^{er} ou de 2nd degré. Dans un arrêt du 20 novembre 2013³⁹, le Conseil d'État a constaté une discrimination partielle sous forme de retards d'avancement dans le déroulement de carrières d'ouvriers de l'État, liés à leurs mandats syndicaux. La haute juridiction s'est référée aux observations du Défenseur présentées devant la cour administrative d'appel de Nantes qui avait caractérisé la discrimination⁴⁰. Le juge administratif a aussi tenu compte des observations du Défenseur à propos du refus par l'employeur du renouvellement du contrat d'une infirmière d'État enceinte alors que l'employeur invoquait des raisons tirées à l'intérêt du service⁴¹. Les juges du Palais Royal ont également annulé en référé, en suivant les observations du Défenseur, le placement en rétention administrative et l'éloignement forcé d'un

³⁶ *Rapport annuel d'activité du Défenseur des droits*, 2016, p. 59.

³⁷ CE, 10 avr. 2009, n° 311888, *El Haddiori*, Lebon p. 158, AJDA 2009. 1380.

³⁸ CE, 11 juill. 2012, n° 347703, AJDA 2012. 1434.

³⁹ CE, 20 nov. 2013, n° 362879.

⁴⁰ CAA Nantes, 19 juill. 2012, n° 10NT01075 et 76.

⁴¹ TA Châlons-en-Champagne, 14 nov. 2013, n° 120013.

enfant, cette mesure n'étant pas entourée des garanties particulières qu'appelle l'attention primordiale devant être accordée à « l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant, en vertu de l'article 3 de la CIDE »⁴². Les observations du Défenseur peuvent conduire le juge à reconnaître l'existence d'une discrimination, mais à la condition cependant que les exigences procédurales ou tirées de la légalité soient respectées. Dans un arrêt du 24 juillet 2014, le Conseil d'État statuant en référé et le Défenseur des droits ont reconnu l'existence d'une atteinte au droit à un recours effectif⁴³ par l'article 14 II de l'ordonnance du 7 mai 2014 qui excluait Mayotte du CESEDA ; cependant le recours fut rejeté car la condition d'urgence de l'article L. 521-1 du CJA n'était pas remplie.

Le Défenseur des droits dispose individuellement, de manière spontanée ou à la demande du juge, du droit de présenter des observations devant les instances juridictionnelles en cours de jugement. Ces observations ont, en dépit de leur nature juridique, une influence non négligeable sur le sens des décisions rendues par le juge administratif. En sa qualité d'*amicus curiae*, investi d'une légitimité particulière en matière d'appréciation des discriminations, le Défenseur des droits exerce « incontestablement un important magistère d'influence sur le juge auquel il s'adresse »⁴⁴.

Une communication informative constante lors de la procédure amiable

Le Défenseur des droits dispose, au titre des articles 26 et 28 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, du pouvoir de médiation et de transaction. Ces pouvoirs étaient dévolus à la HALDE⁴⁵, mais seulement en matière pénale pour ce qui relevait de la transaction. L'usage par le réclamant de tels pouvoirs, à la suggestion du Défenseur, s'inscrit dans une volonté d'éviter le conflit par la voie contentieuse. Pour le législateur, l'intervention du Défenseur des droits le conduira à jouer un rôle déterminant de prévention du contentieux. Les pouvoirs renforcés du Défenseur devraient lui permettre « de régler un plus grand nombre de difficultés, évitant un certain nombre de saisines du juge »⁴⁶ et s'inscrivent plus généralement dans une volonté de lutter contre l'encombrement des juridictions administratives.

À ce stade, le réclamant peut donc bénéficier des conseils avisés du Défenseur ou de l'un de ses délégués de proximité, afin d'apprécier l'opportunité de saisir la juridiction administrative et pourra à terme conduire à ce qu'un « certain nombre de plaignants se manifestent désormais dès lors qu'ils disposeront de conseils sur les voies de recours administratifs ou contentieuses qui leur sont offertes, voire d'une assistance pour les utiliser »⁴⁷. Le requérant peut ainsi mentionner dans sa requête qu'il a saisi au préalable un délégué du Défenseur. Cette précision révèle la volonté du requérant de trouver une solution « à l'amiable »

⁴² CE, 9 janv. 2015, n° 386865, *Mme D.*, Lebon T. 709, AJDA 2015. 136. V. l'obs. du Défenseur n° MDE-MLD/2015-002.

⁴³ CE, 24 juill. 2014, n° 381551, *GISTI*, AJDA. 1512.

⁴⁴ M. Romnicanu, préc., p. 1183.

⁴⁵ Arts. 7 et 11-1 de la loi du 31 déc. 2000.

⁴⁶ *Étude d'impact du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits*, sept. 2009, p. 39.

⁴⁷ *Étude d'impact du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits*, op. cit, p. 39.

et « qu'il n'a envisagé la voie contentieuse qu'en dernier ressort »⁴⁸. En décourageant toute saisine juridictionnelle superfétatoire ou manifestement infondée, la saisine du Défenseur donne une certaine légitimité à la saisine du juge administratif.

Résolutions amiable et contentieuse des litiges peuvent coexister. À cet égard, il avait déjà été admis que le Médiateur de la République avait le droit d'intervenir « même si une instance est en cours et qu'une éventuelle tractation puisse clore le procès »⁴⁹. Rien au regard des textes ne semble interdire la saisine du Défenseur en cas d'instance juridictionnelle en cours. En revanche, la saisine du Défenseur en cours d'instance ne conduit pas le juge à surseoir à statuer⁵⁰. Dans le sens inverse, la saisine du Défenseur des droits en vue d'un règlement amiable n'exclut pas la possibilité d'exercer un recours juridictionnel. Mais l'administré souhaitant user de cette possibilité doit d'une part veiller à former son recours avant l'expiration du délai légal (deux mois généralement) et d'autre part savoir que la saisine du Défenseur des droits n'est pas interruptive ou suspensive de délai⁵¹. Il s'agit d'une reprise des dispositions applicables devant les anciennes autorités administratives auxquelles s'est substitué le Défenseur⁵². Enfin, la saisine du Défenseur en vue d'une résolution amiable du litige ne saurait prolonger le délai contentieux à l'instar des recours administratifs. Le Défenseur se situe alors sur un autre plan, celle d'une autorité en apparence détachée du contentieux. Dans le même sens, il peut proposer une transaction ou une médiation, mais ne peut déférer son échec devant le juge.

Le législateur a entendu réaliser un cloisonnement entre la procédure précontentieuse consistant à saisir le Défenseur et la saisine *a posteriori* du juge administratif. En effet, l'article 26 dispose que les « constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives sans le consentement des personnes intéressées, sauf si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent ». Cependant, le Défenseur se réserve le droit de communiquer des informations telles que le procès-verbal ou les documents de travaux⁵³. Les parties les utiliseront généralement dans leur mémoire en défense, dans l'hypothèse où elles jugent ces conseils opportuns et où le Défenseur n'a pas entendu les exposer par l'intermédiaire d'un de ses représentants à l'occasion du procès. Pendant l'instance en cours, le Défenseur peut toujours rechercher une solution amiable, celle-ci s'exerçant indépendamment du procès en cours.

En sens inverse, le juge administratif informe le Défenseur des droits de ses décisions, principalement pour faire valoir l'autorité de la chose jugée qui s'impose aux autorités administratives. Indépendamment des hypothèses où le Défenseur des droits a présenté des observations, des recommandations ou une résolution concernant un litige, le juge administratif communique ses décisions au Défenseur. En revanche, le juge administratif adresse également copie pour information au Défenseur lorsqu'il a utilisé ses rapports, constatations ou travaux.

⁴⁸ F. Colin, préc., p. 11.

⁴⁹ L. Cluzel-Metayer, « Réflexion à propos de la saisine du Défenseur des droits », RFAP, n°139, 2011. 458.

⁵⁰ CAA Marseille, 19 déc. 2013, n° 12MA03207.

⁵¹ Art. 6 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

⁵² Art. 7 de la loi n° 73-6 du 3 janv. 1973 relative au Médiateur de la République, art. 6 de la loi n° 2000-496 du 6 mars 2000 relative au Défenseur des enfants et art. 4 de la loi n°2000-494 du 6 juin 2000 relative à la CNDS.

⁵³ CE, 21 sept. 2015, n° 369808, *M. R.*, Lebon p. 315, AJDA 2015. 1723, Jcp adm 2015. 2318.

La décision d'adresser copie est à la discrétion du juge administratif et figure au dispositif du jugement rendu. Cependant, indépendamment de toute intervention ou de toute influence directe ou indirecte, le juge peut adresser copie au Défenseur de toute décision relative aux discriminations et aux droits et libertés susceptibles de l'intéresser⁵⁴. Cette copie pour information doit encourager le respect de l'autorité juridictionnelle des décisions du juge administratif. À cet égard, aux termes de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits « ne peut remettre en cause une décision juridictionnelle ». Il s'agit une nouvelle fois d'une reprise de l'article 11 n° 73-6 de la loi du 3 janvier 1973 relative au Médiateur de la République. Ce respect doit s'entendre comme une prohibition de réviser ou de rectifier une décision juridictionnelle. Les décisions du juge administratif ont une « force juridique obligatoire, elles s'inscrivent dans la hiérarchie des normes car elles ont l'autorité de la chose jugée »⁵⁵, alors qu'il a été jugé que les décisions du Défenseur et les avis ou documents communiqués par celui-ci n'ont qu'une « autorité relative de la chose jugée »⁵⁶. De manière plus extensive, Guy Braibant déclarait que cette interdiction avait un corolaire, celui de l'impossibilité de « critiquer ou contester une décision de justice »⁵⁷. Cependant, pour René Chapus, « l'impossibilité de remettre en cause le bienfondé d'une décision juridictionnelle » ne saurait prohiber le droit pour les autorités administratives « de faire des recommandations sur la façon d'exécuter le jugement et l'interdiction ne signifie pas qu'il ne puisse critiquer une jurisprudence »⁵⁸. Enfin, le Défenseur peut toujours examiner à nouveau l'affaire « dès lors qu'il ne conteste pas la solution apportée par le juge »⁵⁹.

Indépendamment de toute action juridictionnelle, le Défenseur des droits peut prévenir un conflit devant la juridiction administrative, tout en bénéficiant de contacts réguliers avec le juge lors de l'exécution de son jugement, alors même que lui ou l'un de ses réclamants n'est pas nécessairement partie au litige.

L'incertitude d'une coopération contentieuse pour le Défenseur des droits avec la juridiction administrative

Le Défenseur des droits peut obtenir l'appui de la juridiction administrative pour l'application de son droit à l'information, mais cette possibilité ne lui est pas offerte pour la mise en œuvre de ses décisions, elles-mêmes non susceptibles de recours juridictionnel.

⁵⁴ V. CE, 6 oct. 2013, n° 35115, *Garde des sceaux c/ M.Fuentes Lebon T*, AJDA 2013. 2386, CE, 4 avr. 2014, n° 362785, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c/ M. Lambois* AJDA 2014. 1029, CE, 26 janv. 2015, n° 373746, *M. Slama*, AJDA 2015. 590.

⁵⁵ R. Pierot, « Le médiateur : rival ou allié du juge administratif ? », in *Mélanges M. Waline*, Paris, LGDJ, Tome 2, 1974, p. 697.

⁵⁶ CAA Paris, 30 mai 2017, n° 16PA0060.

⁵⁷ G. Braibant, préc., p. 285.

⁵⁸ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, p. 466.

⁵⁹ M. de Villiers et T. de Berranger, *op. cit.*, p. 1423.

La restriction de la saisine juridictionnelle par le Défenseur

A l'instar de la HALDE⁶⁰, le législateur a prévu deux situations dans lesquelles le Défenseur peut saisir à titre contentieux le juge administratif. Les hypothèses sont celles d'un échec de la mise en demeure destinée à l'obtention de toutes informations qu'il estime utiles dans le cadre de la réclamation dont il est saisi et d'une opposition à la visite de locaux administratifs. La saisine du juge administratif vient à l'appui des moyens d'information dont dispose le Défenseur au titre des articles 18 et 20 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011⁶¹. Ce droit à la communication d'informations était admis pour l'ensemble des autorités administratives auxquelles a été substitué le Défenseur des droits⁶². Cependant, seule la HALDE bénéficiait du soutien du juge et, en conséquence, de la garantie à l'effectivité du droit à l'information dévolu à certaines autorités administratives.

L'article 21 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 autorise le Défenseur à saisir le juge administratif lorsqu'une personne mise en demeure par celui-ci n'a pas fourni les explications, informations ou mesures qu'il estimait utile pour le bon exercice de sa mission. La saisine du juge vient donc sanctionner le droit à l'information du Défenseur, après que celui-ci a saisi l'Administration ou toutes personnes intéressées. Ce pouvoir de mise en demeure appartenait également à la HALDE⁶³. Le législateur a prévu que le juge administratif ne peut statuer qu'en tant que juge du référé. Plus précisément, c'est le référé conservatoire ou référés-mesures utiles qui a été retenu par le législateur et le pouvoir réglementaire⁶⁴. La communication des informations ou documents administratifs fait partie, depuis une jurisprudence établie⁶⁵, des pouvoirs dont dispose le juge du référé-mesures utiles. L'absence de contentieux révèle à ce jour une « certaine autorité du Défenseur des droits »⁶⁶, indépendamment du juge, celui-ci intervenant exceptionnellement.

Au titre de l'article 22 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits peut procéder à une vérification sur place dans les locaux administratifs appartenant aux personnes mises en cause afin de leur demander, le cas échéant, toute explication ou information qu'il juge utile. Avant 2011, seules la HALDE et la CNDS disposaient de telles

⁶⁰ Arts. 8 et 9 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004.

⁶¹ Art. 18 « Le Défenseur des droits peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui. À cet effet, il peut entendre toute personne dont le concours lui paraît utile ». Art. 20 : « Les personnes physiques ou morales mises en cause communiquent au Défenseur des droits, sur sa demande motivée, toutes informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission ».

⁶² Art. 13 de la loi n° 73-6 du 3 janv. 1973 pour le Médiateur de la République, art. 5 de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 pour le Défenseur des enfants, art. 5 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004 pour la HALDE et arts. 5 et 6 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 pour la CNDS.

⁶³ Art. 9 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004.

⁶⁴ Art. 21 al. 2 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011 : « Lorsque la mise en demeure n'est pas suivie d'effet, il peut saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toute mesure que ce dernier juge utile ». Art. R. 557-1 CJA issu du décret n° 2011-904 du 29 juill. 2011 : « Lorsque le juge administratif est saisi par le Défenseur des droits, sur le fondement de l'article 21 de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, d'une demande en référé tendant au prononcé de toute mesure utile à l'exercice de la mission du Défenseur des droits, il est statué suivant la procédure de référé prévue à l'article L. 521-3 ».

⁶⁵ CE, 11 mai 1979, n° 11551, *Min. Santé c/Espinasse*, Lebon p. 214 ; CE, 6 juin 1980, n° 1754, *Min. Travail c. Mme Amiel*, Lebon p. 835, CE, 5 déc. 1990, n° 112086, *Association Te Pohue la metai ote henna*, Lebon p. 920.

⁶⁶ E. Matutano, « Une autorité constitutionnelle indépendante : le défenseur des droits », *Dr adm* 2011. 21.

prérogatives⁶⁷. En cas d'opposition, le Défenseur peut saisir le juge du référé, afin que celui-ci autorise « les vérifications sur place des locaux administratifs appartenant aux personnes mises en cause. Celles-ci se déroulant sous l'autorité et le contrôle du juge »⁶⁸. Le juge administratif peut « se déplacer physiquement sur les lieux et décider quand bon lui semble l'arrêt ou la suspension des vérifications »⁶⁹. À ce jour, la rareté du contentieux révèle une nouvelle fois que le Défenseur dispose d'un véritable « pouvoir d'inspection et de contrôle »⁷⁰. Contrairement au référé relatif à la communication des informations, pour lequel le juge n'est astreint à aucun délai pour sa décision, alors même qu'il statue une nouvelle fois en référé-mesures utiles, le juge administratif se prononce dans un délai de 48 heures⁷¹. Ce délai se distingue de celui du référé-mesures utiles, qui prévoit que le juge doit se prononcer « dans les meilleurs délais »⁷². Selon le législateur, ce délai permettra d'assurer ainsi « une réponse rapide et efficace, nécessaire pour assurer le pouvoir d'information le plus large possible du Défenseur des droits »⁷³. Cependant, la célérité de la décision contentieuse s'inscrit dans une démarche identique à celle du référé-liberté, à savoir que les mesures présumées porter atteintes à un droit ou à une liberté (en l'occurrence le droit de propriété) doivent être traitées avec la plus grande rapidité, ce qui peut expliquer la similitude des délais entre les deux procédures contentieuses et que le juge dispose de pouvoirs supplémentaires. Cependant, la restriction du nombre de procédés contentieux dévolus au Défenseur, comme des pouvoirs du juge du référé, limite l'effectivité du soutien juridictionnel. Le juge administratif n'intervient que dans le seul but de veiller au droit d'information dont dispose le Défenseur et dont l'usage s'avère hypothétique.

Pouvant faire appel en cas de besoin à la juridiction administrative, le Défenseur des droits dispose d'un pouvoir d'information important nécessaire au bon exercice de la mission qu'a entendu lui confier le constituant. A l'instar des autres autorités administratives auxquelles il s'est substitué, le Défenseur des droits possède le pouvoir d'émettre des recommandations à l'encontre d'une autorité ou d'une personne. À cette attribution s'ajoute la possibilité pour le Défenseur d'émettre une injonction en cas de non application. Cependant le Défenseur des droits ne peut s'appuyer sur le juge administratif pour obtenir l'application de ses décisions.

L'absence d'une intervention de la juridiction administrative en soutien des actes du Défenseur

L'aporie juridique du droit de recommandation et d'injonction

A l'instar du Médiateur de la République et en dépit de l'absence du droit d'intervenir en qualité de partie dans une procédure engagée devant la juridiction administrative, le Défenseur des droits, aux termes de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars

⁶⁷ Pour la HALDE, art. 8 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2000 et pour la CNDS, art. 6 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000.

⁶⁸ Art. 22 §1 et 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 et art. 10 du décret n° 2011-904 du 29 juill. 2011.

⁶⁹ Art. R. 557-2 CJA.

⁷⁰ E. Matutano, *prec.*, p. 21.

⁷¹ Art. R. 557- 2 CJA.

⁷² Art. R. 521-3 CJA.

⁷³ Rapport P. Morel-à-l'Huissier, *op. cit.*, p. 28.

2011 et de l'article 14 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011, peut prononcer des recommandations « à l'autorité concernée quant au comportement qui aurait dû être le sien »⁷⁴. Les recommandations peuvent être définies « comme des normes éthiques dont l'observance est conçue comme souhaitable mais non pas obligatoire et est donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des intéressés ; elles tracent des lignes de conduite réputées opportunes à emprunter, mais que les intéressés ne sont pas tenus de suivre, qui impliquent, dans leur vocation même, la possibilité de s'en détourner »⁷⁵.

Le Défenseur des droits peut prononcer des « recommandations générales » visant à inciter les pouvoirs publics à un changement des dispositions législatives ou réglementaires, en soulignant une carence dans leur rédaction ou leur application. Ces recommandations peuvent également être « individuelles », concernant une personne physique ou morale, avec un objet portant par exemple sur l'indemnisation, l'équité, la discrimination. Contrairement à celles relatives à la règle de droit, qui présenteraient un caractère objectif, les recommandations individuelles visent davantage à corriger les atteintes aux droits et libertés des personnes ou à leurs biens et présenteraient un caractère plus subjectif. Elles peuvent ainsi consister à faire cesser une atteinte aux droits et libertés ou à en réparer les conséquences. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 25 de la loi organique, ces préconisations visent à « garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement ». En ce sens, elles s'inscrivent dans une démarche « précontentieuse »⁷⁶, étrangère en apparence aux préoccupations du juge administratif.

À la suite de ces recommandations, les organes ou personnes destinataires informent le Défenseur des « suites données » à celles-ci. Ces recommandations ne constituent pas en soi une réelle innovation, puisque les autorités administratives auxquelles s'est substitué le Défenseur des droits bénéficiaient de telles prérogatives⁷⁷. Une première innovation réside cependant dans la possibilité pour le Défenseur des droits, à l'instar du Médiateur de la République mais contrairement à la HALDE et à la CNDS, de prononcer des recommandations en équité. La seconde innovation confère au Défenseur des droits « une nouvelle prérogative générale et déterminante que lui a octroyée le législateur, celle de pouvoir exercer un véritable “droit de suite“ sur les recommandations qu'il prononce »⁷⁸. S'il estime insuffisantes les suites données, le Défenseur peut prendre dans un délai qu'il détermine les mesures s'imposant, en enjoignant aux personnes mises en cause de prendre dans un délai déterminé les mesures nécessaires. Le législateur a donc entendu conférer un pouvoir d'injonction au Défenseur des droits. L'injonction peut être définie comme un « ordre exprès et solennel d'agir, et se mettre en conformité dans un délai qu'il fixe avec le contenu de la recommandation édictée »⁷⁹. Il s'agit d'un « rare pouvoir coercitif qui lui est attribué se traduisant par le prononcé d'une

⁷⁴ R. Chapus, *op. cit.*, p. 466.

⁷⁵ P. Amserek, « Norme et loi », APD 1980. 101.

⁷⁶ *Rapport annuel du Défenseur des droits*, 2012, p. 88.

⁷⁷ Art. 9 de la loi n° 73-6 du 3 janv. 1973 pour le Médiateur de la République, art. 3 de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 pour le Défenseur des enfants.

⁷⁸ *Rapport annuel du Défenseur des droits*, 2011, p. 23.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 24.

décision »⁸⁰. En revanche s'il dispose d'un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'Administration, il ne dispose d'aucune sanction contraignante lui permettant de « rendre effective cette injonction sinon la rédaction d'un rapport spécial »⁸¹. En effet, l'usage du pouvoir d'injonction, contrairement à celui du juge administratif, n'emporte aucune obligation pour l'Administration. Somme toute symbolique, ce pouvoir d'injonction est dépourvu de sanction juridique ou juridictionnelle, en ce que « l'Administration n'est pas tenue d'y déférer »⁸². Exclues du contrôle juridictionnel, les injonctions du Défenseur, à l'instar de celles du Médiateur sont « ravalées au rang d'actes indicatifs (de mises en garde) »⁸³. Malgré son statut d'« autorité constitutionnelle indépendante », soit le statut suprême des autorités indépendantes, il apparaît étonnant que le Défenseur dispose d'un tel pouvoir sans aucun moyen juridique ou juridictionnel réel de le faire appliquer.

Le pouvoir d'injonction dont dispose le Défenseur des droits lui permet néanmoins d'ordonner aux destinataires des décisions juridictionnelles, après le leur avoir recommandé et à défaut de réponse de leur part, de se conformer aux décisions de justice dans un délai qu'il fixe. Évidemment, il ne s'agit là que d'un mécanisme incitatif, plus dissuasif que répressif, auquel le Défenseur des droits ne saurait recourir qu'en dernière hypothèse, « lorsque toutes les interventions précédentes ont échoué, et qu'il y a une volonté délibérée de méconnaître la chose jugée »⁸⁴. En l'absence d'attributions juridictionnelles, le Défenseur des droits « ne peut ni ne doit se substituer aux juges, garants des libertés publiques et du respect des normes »⁸⁵. Le juge administratif conserve son entière compétence « pour dire en toute matière le droit avec force de vérité légale »⁸⁶. Cependant, cette séparation apparente n'exclut pas une collaboration dans la résolution contentieuse par le juge. Ainsi dans une décision rendue le 23 novembre 2015⁸⁷, la juridiction administrative a conforté l'analyse du Défenseur des droits puisque le Conseil d'État statuant en référé a adressé des injonctions à l'État et à la commune de Calais, dont plusieurs font écho aux recommandations du Défenseur. Si le législateur n'a pas instauré un véritable pouvoir de sanction juridique, il a néanmoins entendu « prévenir les manquements aux injonctions » du Défenseur « en affirmant que celles-ci ne sauraient rester strictement platoniques »⁸⁸.

L'édiction supplétive d'un « rapport spécial »

En cas d'absence de suite à une injonction par la personne mise en cause, l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 ne permet au Défenseur que d'établir un « rapport

⁸⁰ « Il s'agit d'un progrès par comparaison à la situation du Médiateur de la République, qui ne pouvait user d'injonction qu'à cas d'inexécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée », E. Matutano, préc., p. 22.

⁸¹ M. de Villiers et T. de Berranger, *op. cit.*, p. 1426.

⁸² M.-C. Rouault, *Contentieux administratif*, Larcier, coll. « Paradigme », 2015, p. 490.

⁸³ M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2003, p. 62.

⁸⁴ B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1999, p. 90.

⁸⁵ *Rapport annuel du Défenseur des droits*, 2012, p. 88.

⁸⁶ B. Stirn, « Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation », AJDA 1990. 593.

⁸⁷ CE, 31 juill. 2017, n° 394540 et 394568, *Ministre de l'intérieur c/ commune de Calais*.

⁸⁸ « Le législateur indique nettement qu'il entend bien voir les injonctions suivies d'effet, et les considère donc comme effectivement obligatoires », M. Collet, *op. cit.*, p. 205.

spécial ». En conséquence, le Défenseur des droits ne peut pas recourir à la juridiction administrative, par exemple par le biais du référé, pour obtenir l'application d'une de ses décisions. Cette impossibilité pour le Défenseur des droits de faire appel au juge paraît incohérente par rapport à une telle possibilité en vue d'obtenir des informations ou d'effectuer des vérifications sur place.

Aux termes de l'article 25 de la loi organique et de l'article 15 du décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011, le Défenseur des droits peut, « à défaut d'information dans le délai qu'il a fixé ou s'il estime, au vu des informations reçues, que sa saisine n'a pas été suivie des mesures nécessaires, (...) établir un rapport spécial ». Le rapport intervient ainsi après une recommandation ou une injonction restée sans effet. Le choix de rendre public le rapport au Journal officiel appartient à la discrétion du Défenseur des droits et suivant les modalités qu'il fixe librement. Si la décision de rendre public un rapport peut constituer une décision susceptible de recours⁸⁹, il n'apparaît pas en revanche que le législateur ait entendu conférer justiciabilité aux actes de publicité du Défenseur.

La sanction du non-respect de l'injonction ou de la recommandation émise par le Défenseur des droits peut paraître limitée, mais elle correspond, comme l'a souligné le législateur, « aux moyens d'action habituels des autorités chargées de la protection des droits, qui repose sur leur magistère d'influence et leur "droit de faire savoir" »⁹⁰. En tant que pouvoir le plus élevé du Défenseur, celui-ci est juge de l'opportunité de son emploi. Il s'agit d'un pouvoir « d'interpellation publique »⁹¹, que possédaient les anciennes autorités administratives qui ont été remplacées par le Défenseur des droits⁹². Cependant, ce pouvoir était limité puisqu'en ce qui concerne le Médiateur et le Défenseur des enfants, il ne pouvait intervenir qu'en cas d'inexécution d'une décision de justice. Non soumis à des contraintes législatives, le rapport spécial permettra au Défenseur d'exercer « une pression plus forte sur l'organisme mis en cause »⁹³. En apparence, le registre d'intervention du Défenseur des droits serait une nouvelle fois « celui de la magistrature morale »⁹⁴. En revanche, ce pouvoir peut s'avérer « particulièrement adapté à la fonction de soutien à l'exécution des décisions de justice poursuivie par le Défenseur »⁹⁵. Similaire à ce que les anglo-saxons appellent la *sunshine*

⁸⁹ « La décision par laquelle une autorité administrative fait procéder à la publication d'un rapport peut, en fonction de l'ampleur de sa diffusion, constituer un acte administratif », CE, 10 juill 2009, n° 300978, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah France*, Lebon p. 674, AJDA 2008. 1570. V. aussi, CE, 21 oct. 1999, n° 68638, *Église de scientologie de Paris*, Lebon p. 354 et CE, 16 janv. 2006, n° 274721, *Fédération du Crédit mutuel du Centre Est Europe*, Lebon p. 995. AJDA 2006. 828, concl. M. Guyomar.

⁹⁰ P. Morel-à-l'Huissier, *op. cit.*, p. 110.

⁹¹ *Rapport annuel du Défenseur des droits*, 2011, p. 25.

⁹² Art. 11 de la loi n° 73-6 du 3 janv. 1973 pour le Médiateur, art. 11 de la loi n° 2000-494 du 6 juin 2000 pour la CNDS, art. 10 de la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 pour le Défenseur des enfants et art. 11 de la loi n° 2004-1486 du 30 déc. 2004, pour la HALDE.

⁹³ *Étude d'impact du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits*, sept. 2009, p. 35.

⁹⁴ E. Matutano, *préc.*, p. 22.

⁹⁵ D. Lohrer, « Le soutien du Défenseur des droits à l'exécution des décisions de justice », RFDA 2017. 739.

*regulation*⁹⁶, l' « autorité de la chose médiatisée »⁹⁷ repose sur l'idée que « l'action sur la réputation est [parfois] plus efficace que l'action par le droit »⁹⁸. Généralement relayée par les médias, « une mauvaise publicité peut faire beaucoup plus de dégâts que la recommandation elle-même »⁹⁹. Le pouvoir de publicité compense, dans une certaine mesure, « son absence de caractère contraignant »¹⁰⁰, ainsi que celui des décisions du Défenseur.

L'exclusion contentieuse continue des décisions du Défenseur

À l'instar des autorités administratives auxquelles le Défenseur des droits s'est substitué, le législateur a rappelé que « ni ses recommandations ou même ses injonctions, ni le rejet des réclamations qui lui ont été adressées ne seront susceptibles de recours »¹⁰¹ devant la juridiction administrative. Le Défenseur des droits ne dispose pas d'un pouvoir de sanction ou d'édicter des actes administratifs susceptibles de faire grief. Il ne peut donc créer « unilatéralement du droit opposable aux administrés ou à l'administration »¹⁰². L'impossibilité de faire appel devant le juge d'une décision du Défenseur se trouve indirectement transcrite à l'article R. 311-1 du CJA, qui ne mentionne pas le Défenseur des droits au nombre des autorités dont les décisions sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État. L'impossibilité de recours contre les décisions du Défenseur s'applique *a fortiori* à ses actes qui n'ont pas la forme de décision, telles que les recommandations et les observations. Le Défenseur des droits peut préconiser ou suggérer une décision sans pour autant l'imposer : « Alors que le juge commande, le défenseur recommande »¹⁰³.

En reconnaissant au Défenseur le droit d'émettre des recommandations, le législateur a transposé pour partie le régime juridique applicable aux décisions émises par le Médiateur de la République. En effet, si les recommandations ne sont pas appliquées, le Défenseur peut prononcer une injonction sans que l'administration destinataire puisse opérer un recours. Le caractère effectivement impératif des recommandations formulées par le Défenseur des droits demeure alors tempéré par l'absence de sanction juridictionnelle de leur inapplication. Les recommandations indiquent « par leur dénomination même leur caractère non obligatoire »¹⁰⁴. Dans la mesure où les recommandations énoncées par le Défenseur des droits peuvent faire l'objet d'une injonction, non susceptible de recours, elles peuvent être réellement

⁹⁶ Cette technique « consiste pour le régulateur, qui est ou non indépendant de l'exécutif, à stigmatiser, dans des rapports, avis et analyses, les conditions de fonctionnement d'un service donné. Le régulateur ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte. Sa force réside dans la menace qui pèse sur les entreprises gestionnaires de voir leurs défauts ou carences "livrés" à l'opinion publique par le régulateur », S. Braconnier, « La régulation des services publics », RFDA 2001. 43.

⁹⁷ B. Malignier, *Les fonctions du Médiateur*, PUF, Paris, 1^{ère} éd., 1979, p. 107.

⁹⁸ AJDA 2007. 2148.

⁹⁹ B. Lavergne, *Recherche sur la soft law en droit public français*, thèse dactylographiée, Université Toulouse I Capitole, 2011, p. 141.

¹⁰⁰ O. Le Bot, *Contentieux administratif*, Larcier, coll. « Paradigme », 3^e éd., 2016, p. 288

¹⁰¹ *Étude d'impact du projet de loi organique relatif au Défenseur des droits*, sept. 2009, p. 39.

¹⁰² Y. Gaudemet, « Le médiateur est-il une autorité administrative ? À propos des rapports du Médiateur et du juge administratif », in *Mélanges R-E Charlier*, Ed. de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 127.

¹⁰³ M. de Villiers et T. de Berranger, *op. cit.*, p. 1425. V. sur ce sujet, A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, LGDJ, éd., Panthéon-Assas, 2009.

¹⁰⁴ R. Pierot, préc., p. 697.

envisagées comme une sorte de commandement impératif et effectif. Cependant, la jurisprudence administrative semble encore hésitante à admettre la contestation des décisions du Défenseur devant le juge. Dans une décision « Retail » du 10 juillet 1981, le Conseil d'État avait jugé que les réponses adressées par le Médiateur de la République aux parlementaires qui le saisissent « n'ont pas le caractère de décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours par la voie contentieuse »¹⁰⁵. Plus récemment, il a été jugé que les réponses postales adressées par le Médiateur déclinant sa compétence aux saisissants « n'ont pas le caractère d'une décision susceptible de recours pour excès de pouvoir »¹⁰⁶. Cette jurisprudence a été étendue à la HALDE, aux décisions par lesquelles l'autorité refuse de donner suite à une réclamation¹⁰⁷. Ces décisions ne se rapportent pas, il est vrai, au pouvoir de recommandation, mais permettent d'éclairer la nature et la portée des actes pris par les autorités administratives.

En édictant des recommandations, le Défenseur des droits dispose de prérogatives « de portée essentiellement persuasive et incitative »¹⁰⁸. Ces décisions « invitent », « rappellent », « proposent », « suggèrent »¹⁰⁹ mais n'imposent pas des obligations sanctionnables à ses destinataires. Ces recommandations, à l'instar de celles du Médiateur, « n'ont pas l'autorité de la chose décidée »¹¹⁰ ; elles n'ont « aucune autorité en droit – car l'action de ce dernier se situe sur un autre plan »¹¹¹. Les décisions du Défenseur des droits ne sont donc pas susceptibles d'être déferées devant le juge, en ce que les conséquences sur la situation juridique des administrés s'avèrent trop mineures. Le juge administratif avait déjà reconnu à propos de la HALDE que les recommandations émises par celle-ci étaient insusceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux. Le Conseil d'État a d'abord déclaré que ces recommandations « ne constituent pas, par elles-mêmes, des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »¹¹². Cependant, le juge ne semble pas réaliser une généralisation quant à l'insusceptibilité de recours contentieux des recommandations. En effet, la haute juridiction précise que cette irrecevabilité s'est appliquée en l'espèce en raison de l'absence « d'usage de la possibilité dont elle dispose de leur assurer une publicité particulière (...) » ; « il en irait en revanche, différemment des recommandations de portée générale, qui seraient rédigées de façon impérative ». Dans ses conclusions sur l'arrêt, le commissaire du Gouvernement Luc Derepas énonce que « la qualification d'acte discriminatoire que la HALDE peut retenir n'a d'autre portée que celle qui résulte de l'autorité morale de l'institution. Tout au plus peut-elle être

¹⁰⁵ CE, 10 juill. 1981, Lebon p. 303, RDP, 1981, concl. M. Franc, note Y. Gaudemet, et 1687, note Auby, AJDA 1981, 467.

¹⁰⁶ CE, 18 oct. 2006, n° 277597, *Miller*, Lebon p. 430, concl. M. Guyomar.

¹⁰⁷ « La réponse par laquelle, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité refuse de donner suite à une réclamation n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir », CE, 13 juill. 2007, n° 297742, *Abric*. Lebon p. 992, AJDA 2007, 2145. De même, « la réponse par laquelle la HALDE refuse de donner suite à une demande d'expertise, (...) ne constitue pas une décision administrative susceptible de recours pour excès de pouvoir », CE, 23 juill. 2010, n° 299384, *Association Handitech*.

¹⁰⁸ D. Lohrer, préc.

¹⁰⁹ D. Lohrer, préc.

¹¹⁰ Le doyen Vedel caractérise l'autorité de la chose décidée comme intermédiaire entre l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de justice et celle qui s'attache aux actes administratifs unilatéraux des particuliers », in, *Droit administratif*, Paris, PUF, 5^e éd., 1976, p. 205.

¹¹¹ « Elles valent simplement par la publicité qui peut leur être donnée et la faculté de mobiliser le concours de l'opinion et d'alerter les autorités qui pourront, elles, intervenir sur le terrain du droit », Y. Gaudemet, *op. cit.*, p. 127.

¹¹² CE, 13 juill 2007, n° 294195, *Société Éditions Tissot*, Lebon p. 635, AJDA 2007, 2145.

invoquée devant les juridictions comme élément d'appréciation parmi d'autres, avec un poids particulier mais sans force contraignante »¹¹³. Selon l'interprétation donnée par le juge, cette absence de publicité révèle que l'autorité administrative a renoncé, en raison du faible effet sur les destinataires, d'édicter « des règles qui s'imposeraient aux destinataires »¹¹⁴. Cette absence ne permet pas de qualifier les décisions de la HALDE d'actes administratifs unilatéraux. De la même façon qu'une décision de la HALDE n'a jamais donné lieu à annulation contentieuse faute de recevabilité devant le juge, il est probable qu'il en demeure ainsi pour le Défenseur des droits. En ce sens, il a été jugé récemment que, si « la HALDE, dont les missions ont été transférées au Défenseur des droits, peut formuler des recommandations (...), celles-ci n'ont pas de force contraignante »¹¹⁵, et « n'ouvrent par elles-mêmes aucun droit au bénéfice des justiciables »¹¹⁶. Les recommandations émises par le Défenseur des droits n'ont donc pas « force normative »¹¹⁷ et ne lui permettent pas d'annuler ou réformer un acte administratif ou édicter une quelconque condamnation vis-à-vis de l'Administration.

En amont comme en aval d'un litige, le Défenseur des droits entretient des relations étroites avec le juge administratif, notamment dans l'assistance fournie par le juge pour rendre effectif le droit à l'information conféré au Défenseur et dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. Leur coopération s'étend même parfois au-delà de ce que prescrivent les textes, comme en témoignent la recommandation d'un juge à un requérant qui avait perdu au fond, de s'adresser au Médiateur « s'il le juge utile à la défense de ses intérêts »¹¹⁸, ou l'intervention du Défenseur des droits au soutien de décisions juridictionnelles non exécutées par l'Administration¹¹⁹. Cependant, cette coopération ne va pas jusqu'à une intervention du juge en vue d'obtenir l'application des décisions du Défenseur des droits. Si, à l'instar du Médiateur, le Défenseur « ne rend pas la justice » administrative, toujours est-il qu'il « la sert »¹²⁰ continûment.

¹¹³ Préc., 2145.

¹¹⁴ S. Slama, « Les pouvoirs du Défenseur des droits : une cote mal taillée ? », RFAP, n°139, 2011. 471.

¹¹⁵ CAA Nancy, 3 oct. 2014, n° 13NC01365.

¹¹⁶ CAA Nantes, 1 mars 2016, n° 15NT02459 V. aussi CAA Bordeaux, 7 mai 2015, n° 14BX03385.

¹¹⁷ CAA Lyon, 21 avr. 2015, n° 14LY01230.

¹¹⁸ V. par exemple, TA Lyon, 10 juin 1976.

¹¹⁹ Règlement amiable n° 13-010518 du 6 juin 2014. En l'espèce, le Défenseur des droits se trouvait saisi par un contribuable qui ne parvenait pas à obtenir « l'exécution d'une décision du juge administratif faisant partiellement droit à sa demande de restitution de l'impôt en principal, des frais irrépétibles, ainsi que des intérêts moratoires. Rappelant les termes de la jurisprudence administrative, le Défenseur des droits a demandé à l'administration fiscale d'en tirer les conséquences » (D. Lohrer préc., p.742).

¹²⁰ B. Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, Paris, PUF, 2008, p. 602.