

L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice sur le droit administratif espagnol

Andrés BOIX-PALOP, *Professeur agrégé de droit administratif à l'Université de Valence – Universitat de València Estudi General*

I. Le droit administratif espagnol et l'influence européenne

Le droit administratif espagnol, bien que parfaitement inséré dès ses débuts dans la tradition continentale des instruments juridiques de contrôle des pouvoirs publics, a toujours montré des particularités. Car cette même nature « miraculeuse » du droit administratif – dont on a beaucoup parlé suivant l'heureuse pensée de Prosper WEIL – a bien fini par s'imposer partout¹, mais plus difficilement dans quelques pays comme l'Espagne, avec une tradition autoritaire marquée qui peut encore être détectée sur un grand nombre de ses institutions juridiques de droit public. On pourrait dire qu'il y avait (ou il y a encore ?), en Europe, des « miracles » plus invraisemblables que d'autres, le cas espagnol appartenant au premier groupe.

L'adhésion de l'Espagne à l'Union européenne en 1986, encadrée plus généralement dans le processus de modernisation et démocratisation entamé après la mort du général FRANCO en 1975, a été un élément essentiel pour l'avancée et la transformation du droit public espagnol. Il fallait qu'il soit dépouillé de son caractère autoritaire afin de l'aligner avec les traditions des démocraties européennes. Dans ce développement, qui a dû faire face à d'incontournables réticences, le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes d'abord et, après, de la Cour de justice de

l'Union européenne, a été essentiel pour forcer les principaux acteurs juridiques espagnols à vaincre la résistance mentionnée ci-dessus dans de nombreux cas.

A. Caractéristiques idiosyncrasiques du droit administratif espagnol par rapport à la norme européenne²

Caractériser la loi administrative espagnole avec ses traits autoritaires n'est point difficile. Cela ne semble pas particulièrement injuste, non plus. Il y a beaucoup d'éléments qui pointent dans cette direction, par exemple et d'abord, sa propre évolution historique. Alors que l'influence française est indéniable dans la construction des premiers contrôles juridiques sur l'action exécutive dans l'Espagne du XIX^e siècle, la mise en œuvre de la plupart d'entre eux se produit normalement en retard et presque toujours d'une façon incomplète. À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, avec des importations de racine germanique qui sont de plus en plus présentes grâce aux premières traductions faites par Adolfo GONZÁLEZ-POSADA, le renforcement d'une vision traditionnelle de la puissance publique, avec de grands pouvoirs et privilèges reconnus en faveur de l'action publique, vit ses grands jours.

Dans ce contexte très particulier, et alors que les efforts de modernisation et de régénération,

¹ P. WEIL et D. POUYAUD, *Le droit administratif*, Que sais-je ?, Paris, PUF, 1^{re} éd., 1964, 26^e éd., 2013, entament leurs explications sur le droit administratif avec cette idée : « L'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle » (p. 3).

² Une vision plus approfondie de ces idées peut être trouvée dans A. BOIX-PALOP, « Spanish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles », in M. RUFFERT (ed.), *Administrative Law in Europe. Between Common Principles and National Traditions*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013, pp. 83-99.



dont la matrice démocratique était évidente, étaient déjà présents et se sont traduits, par exemple, dans l'évolution du pays menant à la proclamation de la Seconde République en 1931, toute tentative d'aller contre cette tendance a trouvé des difficultés indéniables. Le coup d'État du général FRANCO du 18 juillet 1936 allait régler, tout de même, cette première tentative majeure de l'Espagne du XX^e siècle pour démocratiser le pays. L'Espagne allait subir, après une sanglante guerre civile, la mise en place d'une dictature militaire totalitaire – et d'une si grande dureté répressive – qui allait inévitablement façonner une identité propre au droit public espagnol éloignée des normes européennes implantées à la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Néanmoins, la fin de l'isolement préconisée par le régime du général FRANCO, forcée par la nécessité du régime de garantir sa subsistance économique et politique, a provoqué des transformations à partir des années cinquante qui ont donné lieu à des réformes qui étaient censées convertir l'État espagnol en « simplement autoritaire » plutôt que totalitaire³. Une partie de ces réformes a affecté le droit public espagnol, qui a été modernisé pour s'aligner avec celui des démocraties occidentales, au moins du point de vue de la procédure et de l'organisation bureaucratique. Le but était de transformer l'Espagne, si pas en un « État de droit », étant donné que la reconnaissance de certaines libertés publiques et politiques était hors de question, du moins en un « État avec du droit » qui respecterait la propriété privée et certaines procédures, notamment administratives.

C'est précisément dans ce contexte que sont intervenues les transformations politiques et juridiques qui se produisent après la mort du général FRANCO et, une décennie plus tard, avec l'entrée de l'Espagne dans les Communautés européennes. Le besoin d'adaptation aux usages et coutumes juridiques des États membres de ce qui allait devenir l'Union européenne, ainsi

que l'adoption de tout l'acquis communautaire ont été réalisés en opérant sur une base juridique dérivée de cette évolution. Néanmoins, même s'il y avait des juristes qui considéraient que le seul trait distinctif de l'Espagne était le manque des libertés publiques et qu'il ne fallait que les reconnaître pour être parfaitement en ligne avec l'Europe, la présence des traits autoritaires, compte tenu de son évolution dans un cadre dictatorial, était cependant inévitable. Dans ce contexte, les institutions européennes ont dû agir vis-à-vis de l'Espagne, tant au niveau de la politique normative que des fonctions de contrôle du respect des normes européennes, dont la Cour est la responsable.

Mais au-delà de l'évolution historique du droit public espagnol, il est aussi possible de trouver des évidences supplémentaires montrant son penchant autoritaire. Par exemple, si nous prenons la classification proposée par SCHMIDT-ASSMANN pour tenter d'analyser les traits caractéristiques des différents droits administratifs dans notre environnement culturel, nous constatons que le cas espagnol peut facilement et souvent être classé par ce penchant. Dans la presque totalité des binômes proposés par SCHMIDT-ASSMANN, la loi espagnole y aurait évolué d'une façon cohérente : la loi publique espagnole se serait, en effet, caractérisée par sa verticalité et l'importance donnée à l'idée de hiérarchie, en correspondance avec sa forte dépendance à la doctrine juridique classique. L'administration publique espagnole exercerait des fonctions d'une très grande variété de formes, y compris une activité réglementaire intense qui est liée à la densité du système juridique espagnol et compte tenu d'une forte tendance à légitimer l'action publique à partir de l'activité des institutions représentatives plutôt classiques, d'où découle une conception, au moins théoriquement, stricte de soumission à la loi. En outre, dans son action, l'administration espagnole est encore aujourd'hui organisée d'une façon très centralisée, et cela en dépit du fait que l'Espagne est un pays politiquement décentralisé depuis 1978. Il s'agit d'une administration publique avec un grand pouvoir d'action, y compris des pouvoirs discrétionnaires notables, et avec un degré reconnu d'auto-gouvernance très important par rapport à ce qui est habituel dans d'autres pays. Par ailleurs, les contrôles externes sur l'admini-

³ D'après la bizarre – et pourtant canonique parmi les politologues espagnols – explication de J. J. LINZ, « Una teoría del régimen autoritario : el caso de España », *Obras escogidas*, Vol. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 23-64, le régime du général FRANCO serait même le modèle d'un autoritarisme à touches « libérales » et surtout pas une dictature totalitaire, au moins à partir de l'ouverture des années cinquante précitée.



nistration publique espagnole n'ont pas évolué au-delà du contrôle judiciaire qui a enfin réussi à s'imposer avec des tribunaux organiquement indépendants depuis la loi de la juridiction de 1956. Les exigences de transparence ou les possibilités de participation citoyenne n'ont pas été, non plus, prises en compte que jusqu'à récemment (avec une loi passée en 2013).

B. L'Europe en tant que facteur de modernisation de la loi espagnole : des attentes à la résistance⁴

L'entrée de l'Espagne dans les Communautés européennes a été vue par une grande partie de la population, et dès le premier moment, comme un facteur de modernisation du pays avec des effets incontestablement positifs. Cet avis a également été largement partagé par les autorités et les élites du pays. En fait, depuis les dernières années sous la houlette de FRANCO, les tentatives de l'Espagne pour réussir son admission au club ont été nombreuses. Quand l'objectif a été finalement atteint en 1986, l'entrée dans les Communautés européennes faisait partie d'un projet collectif de modernisation du pays mené par les élites. Ces élites, en raison de la typologie de l'administration publique espagnole et de la grande puissance qu'elle leur confère en raison des caractéristiques mentionnées ci-dessus, ont une grande capacité à guider l'action publique et à déterminer ses priorités, ainsi que la possibilité de promouvoir les changements nécessaires pour y parvenir dans les structures politiques et administratives du pays, à tous niveaux.

Le droit administratif espagnol, dans ce processus très intense de changement, a fait preuve d'une résilience et d'une capacité d'adaptation extraordinaires. Sans aucun doute, les exigences européennes ont signifié, comme cela même est arrivé avec d'autres pays qui ont également rejoint le club européen, une énorme pression sur les structures juridiques traditionnelles du pays. Car ces demandes de

changements allaient souvent à l'encontre des traditions juridiques et même contre certaines de ses caractéristiques structurelles les plus décisives, ce qui les rend souvent difficiles à satisfaire. Dans de nombreux cas d'ailleurs, elles affectaient les intérêts propres des élites qui contrôlaient le gouvernement et les leviers du pouvoir politique dans le pays. Cependant, la grande puissance de ces élites en Espagne et l'existence d'un ordre administratif avec un énorme pouvoir, conséquence de la tradition autoritaire déjà évoquée, ont grandement facilité cette tâche. Ou, du moins, elles l'ont toujours fait... dès que le besoin de ces changements a été partagé par ces élites, dans la mesure où les réformes étaient jugées nécessaires pour conduire le projet de modernisation mais sans s'attaquer aux privilèges collectifs de ceux qui détenaient les rênes et contrôlaient le processus en droit interne. En revanche, il n'est donc pas surprenant que l'extraordinaire capacité de transformation et d'adaptation de la législation espagnole ait également dû faire face à des difficultés lorsque les changements requis pour l'Europe affectaient des intérêts particulièrement puissants. Les élites, bien qu'engagées dans le projet européen et possédant de grands leviers sur l'action publique, étaient prêtes à transformer le pays et son droit public, etc., mais seulement jusqu'à un certain point et toujours à condition de ne pas perdre ces leviers-là.

Cette réaction paradoxale du droit espagnol, qui, grâce à ses caractères autoritaire et vertical, pouvait entreprendre des transformations majeures avec une aisance inhabituelle, mais sans vouloir perdre la totalité de cette capacité verticale et autoritaire, explique en grande partie la relation entre les institutions européennes et les pouvoirs publics espagnols. Comprendre cette liaison intime nous permet de dessiner l'image de la forte dynamique en faveur des changements, dans la mesure où ils traduisaient la volonté d'intégration et de modernisation, combinée avec une réticence à des changements fondamentaux qui pourraient viser le noyau des relations de pouvoir. Le droit administratif espagnol en contact avec le droit européen est ainsi construit en porte-à-faux : profondément et facilement modifié dans la surface, mais aussi montrant une certaine expérience de résilience qui explique

⁴ Une vision plus approfondie de ces idées peut être trouvée dans A. BOIX-PALOP, « Spanish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles », in M. RUFFERT (ed.), *Administrative Law in Europe. Between Common Principles and National Traditions*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013, pp. 86-91.



que, parfois, en vertu d'une adaptation apparemment facile et non problématique à des règles juridiques imposées de l'extérieur, on assiste plutôt à une simple transformation formelle qui ne vise qu'à maintenir le *statu quo* en faveur des élites et des pouvoirs traditionnels. La tâche de la Cour dans ce contexte a été particulièrement intéressante, car son rôle a été décisif dans la résolution des conflits. Il appartient à la Cour d'identifier les situations où cette adaptation plutôt formelle n'a pas suffi et les cas dans lesquels le droit espagnol a essayé de maintenir des régulations ou des pratiques qui étaient en désaccord avec le droit européen – et ses principes – même après des réformes qui étaient passées rapidement et sans grincements apparents et qui étaient censées se conformer parfaitement aux obligations du droit européen.

II. | L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice sur le droit administratif espagnol

De toute évidence, l'action européenne a influencé et influence, encore aujourd'hui, de nombreux domaines de notre système juridique avec des effets d'une énorme importance. Cet effet est amplifié parce que les juges espagnols, qui font partie des élites espagnoles impliquées dans le processus d'intégration européenne, ont rapidement intégré la possibilité d'utiliser la loi européenne en tant que mécanisme pour accélérer les changements juridiques considérés comme souhaitables ou pour essayer de résoudre les problèmes que la loi nationale ne règle pas d'une façon satisfaisante. Aujourd'hui, trente ans après l'adhésion de l'Espagne aux Communautés européennes, ce mécanisme est utilisé à de nombreuses reprises et est devenu complètement naturel pour le juge espagnol, qui sait déjà non seulement comment écarter la loi espagnole non conventionnelle, mais aussi que ne pas le faire correctement peut comporter l'annulation de sa décision après recours des citoyens affectés même devant la Cour constitutionnelle espagnole⁵.

⁵ J. M. BAÑO LEÓN, « El Tribunal Constitucional, Juez Comunitario : amparo frente al no planteamiento de la cuestión prejudicial (STC 58/2004) », *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n° 18, 2014, pp. 465-481, explique comment la Cour

Par exemple, récemment, les tribunaux espagnols sont allés directement aux sources normatives européennes pour résoudre des litiges privés entre les débiteurs et des établissements de crédit, contournant ainsi les normes espagnoles considérées insuffisamment protectrices des consommateurs et des parties faibles de la relation hypothécaire⁶. L'utilisation des mécanismes associés à la déclaration de non conventionnalité des lois ou à la déclaration d'effet direct des règles européennes a permis aux tribunaux espagnols de se libérer de l'obéissance absolue à la loi, ce qui a été un énorme succès en Espagne⁷. La capacité, jusque-là détenue uniquement par la Cour constitutionnelle, de s'écarter des règles imposées par l'assemblée législative est devenue disponible pour tous les juges et tribunaux. L'idéologie juridique pro-européenne et la popularité associée aux règles européennes rappellent, encore une fois, l'idée de modernisation, si partagée en Espagne, et ont permis une vaste utilisation de ces possibilités sans aucun scrupule, comme par exemple en ce qui concerne l'idée de la souveraineté. Tout de même, les exemples directs les plus habituels n'appartiennent pas au droit administratif.

constitutionnelle espagnole considère qu'elle a la capacité de réviser cette sorte de décisions et d'annuler les décisions des tribunaux qui, par exemple, ont écarté une loi nationale d'une façon jugée incorrecte (par exemple, et dans le cas échéant, sans avoir demandé l'avis préalable de la CJUE). Bien évidemment, on doit aussi assurer la protection, même devant la Cour constitutionnelle, si le juge ne pose pas la question préjudicielle, celle-ci étant nécessaire, R. ALONSO GARCÍA et J. M. BAÑO LEÓN, « El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea », *Revista española de Derecho Constitucional*, n° 29, 1990, pp. 193-222.

⁶ Le processus d'intervention sur ce domaine de droit privé, très important politiquement et économiquement maintenant en Espagne, n'est pas encore fini, car on attend encore la décision de la Cour sur la dernière doctrine de la Cour de cassation espagnole (relative au plafonnement des baisses des taux d'intérêt dans les dettes des hypothèques que les banques ont imposées à leurs clients), très critiquée par la doctrine, comme l'expliquent A. CARRASCO PERERA et M. C. GONZÁLEZ CARRASCO, « La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva », *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 7, 2013, www.revista.uclm.es/index.php/cesco.

⁷ Bien évidemment, cela n'est pas une évolution uniquement espagnole. En France, on peut trouver une pareille adhésion à la possibilité d'écarter l'application des lois jugées non adaptées au droit européen (et même parfois à certains de ses principes) : O. DUTHELLET DE LAMOTHE, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf ; D. DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la constitution) », *RFDA*, 1998, 219.



La relation du droit européen avec le droit administratif des États membres n'est, d'une manière générale, pas simple et directe, mais plutôt indirecte. Pour le comprendre, il suffit de garder à l'esprit que les politiques de l'Union européenne et ses pouvoirs n'arrivent pas, en principe, à la détermination des moyens propres d'agir des administrations publiques nationales. En ce qui les concerne, et tandis que la traduction des politiques européennes faite par les pouvoirs publics respectifs des États membres est satisfaisante, les Communautés européennes n'ont jamais rien eu à dire (quoique cela soit en train de changer et que l'Union européenne se mêle de plus en plus à des questions purement bureaucratiques). En outre, les contraintes d'adaptation des politiques européennes à une pluralité de systèmes et traditions juridiques ont toujours forcé les institutions européennes à se soucier davantage des résultats et des objectifs que des moyens employés par chaque pays pour les atteindre. Alors, et étant donné que la façon dont les pouvoirs publics agissent et sa régulation sont des moyens instrumentaux pour la mise en œuvre des politiques européennes, il est plutôt normal que ces règles ne soient pas soumises à un contrôle particulièrement sévère par les institutions européennes à condition que les finalités de ces politiques soient atteintes et que le respect des principes d'effectivité et d'équivalence, tels que définis par le droit européen, soit garanti⁸.

Dans l'action publique, en attendant, on peut trouver de nombreuses politiques européennes qui ont généré des procédures administratives particulières : la régulation du marché

⁸ Le respect des principes d'effectivité et d'équivalence permet aux États membres la définition de ses propres règles en droit interne pourvu que la protection aux sujets de droit affectés par l'actuation des administrations publiques soit équivalente à la protection accordée en droit interne, et n'empêche pas l'exercice des droits reconnus à une échelle européenne. La Cour a bel et bien exprimé ces principes à de nombreuses reprises : l'autonomie de procédures administratives étant consacrée depuis des décisions comme CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, aff. 51/71, points 3-4 ; CJCE, ord. du 6 décembre 1990, *Zwartveld*, aff. C-2/88-IMM, points 6-10, mais en respectant toujours l'équivalence CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. C-33/76, point 5 ; et l'effectivité, CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, points 27-28. Ces deux principes sont aujourd'hui clairement établis. Comme l'explique N. PETIT, « The Principles of Equivalence and Effectiveness as a Limit to National Procedural Autonomy », <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2014/07/the-principles-of-equivalence-and-effectiveness-n-petit-final.pdf>, la règle générale étant l'autonomie des procédures, ce deux principes opèrent comme des exceptions.

des biens et des services, ou les politiques de compétence, par exemple, ont été déployées à partir de l'action des administrations publiques nationales, et toutes les deux ont été fortement transformées au cours des dernières années par le droit de l'Union européenne. Cela vaut aussi pour les règles environnementales ou les régulations sur les services d'intérêt économique général, la politique d'autorisations et licences administratives, etc. Plus récemment, il est clair que l'ensemble du droit financier et budgétaire espagnol, comme c'est aussi le cas pour d'autres États membres, a été intensément transformé par le droit européen et l'interprétation faite par la Cour⁹. Il y a aussi des cas d'interactions dans l'autre sens, où ce sont les actions des autorités espagnoles qui ont ouvert la voie et montré le chemin qui a depuis transité par les autorités et la Cour européenne¹⁰. Cependant, il ne s'agit pas de règles ou de décisions de la Cour qui s'en déduisent nécessairement, qui transforment le droit administratif général des États membres. Dans ces domaines-là, on trouve des règles et décisions visant à transformer ce que doit faire l'administration publique plutôt que la façon de le faire.

En revanche, le droit administratif général relève principalement et tout d'abord de règles précisant comment l'administration, en tant que puissance publique, doit agir. Ensuite, mais c'est étroitement lié, le droit administratif exprime comment le pouvoir est bel et bien limité par des règles qui, bien que lui conférant des privilèges, établissent également des contrôles pour l'action exécutive. C'est pour cela qu'identifier les domaines où le droit européen a influencé la direction de la loi espagnole est compliqué¹¹. Cependant, nous pou-

⁹ V. M. LÓPEZ ESCUDERO, « La nueva gobernanza económica de la Unión Europea : una auténtica unión económica en formación ? », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 50, 2015, pp. 361-433 ; A. J. MENÉNDEZ, « Mutación y quiebra ? Constitucional de la Unión Europea », *Documentación Administrativa (nueva época)*, n° 1, 2014, [http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path\[\]=10169](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path[]=10169).

¹⁰ C'est le cas, notamment, de la récente décision CJCE, 13 mai 2014, *Google Spain*, aff. C-131/12, au sujet de la protection des données personnelles à partir de l'activité des grandes corporations comme *Google*, v. A. BOIX PALOP, « El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el "derecho al olvido" y las libertades informativas tras la sentencia Google », *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 38, 2015.

¹¹ Cette orientation, qui viserait plutôt les domaines relatifs aux changements dans le droit administratif général, n'a pas été analysée si souvent par la doctrine, comme l'ont signalé L. ORTEGA



vons au moins essayer d'identifier certains d'entre eux.

Le premier domaine concerne la mise en place de meilleures politiques gouvernementales ou de règles strictement administratives : la transparence des procédures, la participation des citoyens, la gouvernance... Néanmoins, cet aspect a été beaucoup moins impacté par le droit européen jusqu'à ces dernières années. Alors que nous pouvons trouver quelques exemples¹², la plupart d'entre eux sont encore des règles ou lignes directrices qui ne se sont pas imposées d'une façon coercitive aux États membres¹³. Ces principes ont été reçus par le droit espagnol, et la plupart d'entre eux ont été intégrés sur la loi de la procédure administrative explicitement, en 1992 (cela fut le cas du principe de proportionnalité), puis dans des réformes ultérieures¹⁴. Ainsi, l'action de la Cour n'a pas été très importante jusqu'à aujourd'hui dans cette parcelle parce qu'il n'y a pas eu besoin de contrôle juridique sur le respect de ces normes en tant qu'élément essentiel du droit administratif général des États membres : en tant que telles elles sont, pour

l'instant, plutôt directrices. En ce qui concerne les questions de procédure, où la jurisprudence de la Cour a été plus proactive, comme cela a été le cas avec la technique procédural du « silence administratif » (qui permet à l'administration de ne pas répondre à une pétition, accordant des effets juridiques à cette non-réponse), désavouée à plusieurs reprises par la Cour¹⁵, la procédure espagnole a été maintenue en considérant les positions de la Cour comme de principes, de lignes directrices, qui pouvaient être composées avec les règles traditionnelles de notre procédure administrative.

En revanche, nous pouvons trouver une action intense de la Cour dans les cas où les normes européennes ont été dessinées avec une réelle intention de limiter l'action des pouvoirs publics des États membres. Cela a essentiellement été le cas quand l'administration espagnole, agissant comme un sujet sur le marché, s'est heurtée à la réglementation européenne des marchés privés des biens et services qui a été l'un des soucis principaux, depuis ses origines, des institutions européennes. Lorsque les administrations publiques utilisent des matériaux ou des moyens personnels pour développer leurs activités, elles doivent recourir aux contrats sur le marché des biens et services d'une part, ou à l'embauche dans le marché du travail, de l'autre. Dans les deux cas, les institutions européennes ont établi, depuis des années, des règles assez claires pour éviter des atteintes à la libre concurrence, des distorsions du marché ou des discriminations injustifiées. Et dans les deux cas d'ailleurs, ces règles ont été activement appliquées par la Cour. Nous avons donc un grand nombre de décisions établissant des règles qui ont changé la loi administrative espagnole en ce qui concerne à la fois les marchés publics et le recrutement du personnel. Dans les deux cas

ÁLVAREZ et L. ARROYO JIMÉNEZ, « Introduction », in L. ORTEGA, L. ARROYO et C. PLAZA (eds), *Spanish Administrative Law under European Influence*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, p. 4.

¹² Le meilleur des exemples étant les conséquences en matière de procédure des décisions de la Cour, imposant les principes de précaution et de proportionnalité comme des outils essentiels pour l'action administrative. Maintenant, ces deux principes sont essentiels dans la définition de la procédure de prise de décisions administratives en Espagne, et il est clair que le droit national doit être interprété à partir de ces principes européens : v. D. SARMIENTO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, 2004 ; et plus récemment, v. J. M. RODRÍGUEZ SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, 2015, pp. 82-88.

¹³ J. PONCE SOLÉ a expliqué, à juste titre, comment ces directives européennes sur la gouvernance finiront par s'infiltrer dans la législation espagnole, comme c'est déjà le cas d'ailleurs dans la jurisprudence espagnole qui utilise de plus en plus souvent ces références pour renforcer ses décisions. V. J. PONCE SOLÉ, « Good Administration and European Public Law », *European Review of Public Law*, 2002/4.

¹⁴ Certains de ces principes ont été incorporés après son énonciation par la Cour. C'est le cas, notamment, du principe de protection de la confiance légitime, introduit en 1999, dans une réforme de la loi de la procédure administrative. Les idées de proportionnalité sont aussi passées fortes avec les dernières réformes de la procédure de 2009 relatives à l'activité d'autorisation des activités privées, v. S. MUÑOZ MACHADO, « Las regulaciones por silencio. Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados », *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 9, 2010, pp. 70-79. La dernière réforme de la procédure administrative espagnole, approuvée par la loi n° 39/2015, en fait encore plus, intégrant dans sa régulation quelques-uns des critères de la Cour sur le sujet.

¹⁵ CJCE, 14 juin 2001, *Commission/Belgique*, aff. C-230/00. V. la critique de la décision de la Cour d'E. CHITI, « Administrative proceedings involving European agencies », *Law and Contemporary Problems*, 2004/68, <http://law.duke.edu/journals/lcp>, mentionnée par L. ORTEGA ÁLVAREZ et C. PLAZA MARTÍN, « Administrative Procedure », L. ORTEGA, L. ARROYO et C. PLAZA (eds), *Spanish Administrative Law under European Influence*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, pp. 29-30. Ces auteurs considèrent tout de même que la régulation espagnole du « silence administratif », qui encore aujourd'hui a été gardée dans la nouvelle loi de la procédure administrative espagnole de 2015, serait en effet contraire au droit européen, au cas où il y aurait une obligation européenne de résolution spécifique dans un certain délai.



d'ailleurs, cette action de la Cour a changé en profondeur la loi espagnole, qui avait montré des réticences évidentes à accepter la réglementation qui venait des institutions européennes dans toute sa profondeur.

Enfin, une caractéristique essentielle du droit administratif espagnol qui a également été profondément modifiée par l'action de la Cour durant ces trois dernières décennies est liée au caractère autoritaire dont nous avons déjà parlé. Beaucoup de normes européennes déterminant la façon dont les autorités publiques doivent agir, vont clairement contre cette tendance autoritaire. Dès lors que le droit public espagnol est notamment hiérarchique et vertical, avec une tendance à se cramponner à ses privilèges contre des individus, à ses prérogatives exorbitantes, à la capacité administrative de dire leur propre droit et à certaines possibilités inquisitoriales d'imposer des pénalités administratives, etc., le travail de la Cour dans ce domaine a également été d'une importance particulière pour transformer le droit administratif espagnol de nos jours.

A. Des marchés publics espagnols profondément transformés par la Cour

La réglementation espagnole sur les marchés publics est probablement le meilleur exemple de comment les décisions de la Cour sont devenues des éléments-clés pour la compréhension du droit administratif général espagnol dans certaines matières. Actuellement, toute la procédure administrative espagnole concernant les marchés publics est déterminée par la réglementation européenne et les interprétations de la Cour. Les marchés publics en Espagne sont, aussi, un exemple où nous pouvons regarder la tension ci-dessus rapportée entre un système juridique, l'espagnol, montrant clairement sa capacité d'adaptation au changement et même un certain enthousiasme pour l'adoption de règles d'origine européenne et une réticence accrue à accepter des transformations qui déposent les pouvoirs publics de certains de leurs privilèges traditionnels¹⁶.

¹⁶ A. HUERGO LORA, « El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario », *Revista española de Derecho administrativo*, n° 126, 2005, pp. 217-246.

Dans ce cas, d'ailleurs, il y a un conflit supplémentaire résultant de la différence d'approche entre l'Union européenne et l'Espagne face à la question des marchés publics. L'Espagne, contrairement à de nombreux pays de l'Union, tels que le Royaume-Uni ou l'Allemagne, a toujours eu une réglementation très exigeante au sujet de l'approvisionnement des administrations publiques bien que limitée à celles-ci. Au moins depuis la loi des contrats de l'État de 1965, la tradition juridique espagnole est d'essayer de trouver la meilleure offre possible pour l'administration avec un système d'appel d'offres pour tous les cas quantitativement importants, dans la tradition française¹⁷. Le système a été également considéré comme un moyen d'empêcher et de prévenir la corruption. Néanmoins, les considérations de concurrence n'étaient pas une priorité pour la loi espagnole, préoccupée davantage par des considérations d'efficacité. Alors, pour certaines entités publiques, par exemple celles qui sont conçues pour développer des activités entrepreneuriales, les règles espagnoles, dans ce cas-là – aussi pour des considérations d'efficacité –, ont traditionnellement permis l'utilisation du droit privé tout court. Cet état de choses, fortement consolidé en Espagne, était résolument opposé à l'orientation européenne. Le droit européen, bien que plus laxiste sur la réglementation générale et complète des marchés publics, qui en Espagne comporte aussi une réglementation spécifique couvrant également l'exécution du contrat, laquelle est absente en droit européen, est néanmoins beaucoup plus rigoureux dans la régulation de toute la procédure regardant les appels d'offres, ne permettant, au-dessus de cela, que quelques exceptions. L'Union européenne et ses règles sur les contrats, préoccupées par les effets que les marchés publics pourraient produire sur la position des acteurs privés et les questions concurrentielles, essaient d'éviter des distorsions de la concurrence causées par l'existence d'autorités publiques qui pourraient attribuer des contrats sans appel d'offres ouverts et transparents, sans prendre en considération la personnalisation ju-

¹⁷ Sur ce sujet, très intéressant et informatif, aussi au niveau de la valorisation de cette évolution, v. le travail de J. F. MESTRE DELGADO sur la réglementation des marchés publics espagnols que l'on peut trouver dans M. SÁNCHEZ MORÓN, *Public Procurement in the European Union and its Member States*, Lex Nova, 2012.



ridique en droit interne de ce pouvoir public. Cette approche, éminemment fonctionnelle et axée sur les résultats de l'action des autorités publiques ou de ses organismes instrumentaux, contredit la vision espagnole pour laquelle le type de personnification juridique est la clé qui détermine la loi applicable¹⁸.

La réaction de la loi espagnole face à la nécessité d'adopter les normes européennes, à partir de la première transposition des directives menant à la loi des marchés publics de 1995, a été d'essayer d'intégrer les prévisions européennes dans son schéma conceptuel. Ainsi, les normes européennes strictes en matière d'appel d'offres furent intégrées dans la réglementation des marchés publics avec une transparence accrue, mais la loi espagnole va essayer de continuer à exclure l'application de celle-ci à un certain nombre de personnifications juridiques pour lesquelles la loi espagnole estimait qu'il serait raisonnable de les laisser agir en dehors de ces limites pour des raisons de souplesse et d'efficacité. Cette décision marque le début d'une série de condamnations par la Cour qui a impliqué des réformes continues de la législation espagnole sur les marchés publics.

Les premières décisions arrivèrent avant la loi de 1995, à cause du retard dans la transposition des directives¹⁹. Mais c'est après la nouvelle loi que les condamnations les plus significatives ont vu le jour²⁰. La raison pour laquelle tous ces arrêts considèrent que la loi publique espagnole viole le droit de l'Union est précisément la possibilité, prévue par la loi espagnole, que certaines entités ou personnifications de droit privé instrumentales supervisées ou contrôlées par les pouvoirs publics et qui ont pour but de développer des activités non commerciales ou industrielles, telles que certaines sociétés ou fondations publiques, etc., pourraient agir dans le marché utilisant le droit privé²¹.

¹⁸ J. M. BAÑO LEÓN, «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración pública*, n° 151, 2000, pp. 11-38.

¹⁹ CJCE, 18 mars 1992, *Commission/Espagne*, aff. C-24/91, EU:C:1992:134.

²⁰ CJCE, 15 mai 2003, *Commission/Espagne*, aff. C-214/00, EU:C:2003:276 ; CJCE, 16 octobre 2003 *Commission/Espagne*, aff. C-283/00, EU:C:2003:544 ; CJCE, 13 janvier 2005, *Commission/Espagne*, aff. 84/03, EU:C:2005:14.

²¹ La doctrine espagnole a jugé d'une façon presque unanime que la Cour avait raison en l'occurrence, cf. les travaux précités de A. HUERGO LORA et BAÑO LEÓN, à titre d'exemple.

Après les condamnations, finalement, une nouvelle loi de contrats, passée en 2007, accepte une refonte conceptuelle du système espagnol des marchés publics, enfin adapté aux exigences européennes. Le législateur espagnol abandonne son schéma et accepte d'étendre l'application des règles européennes à des sujets autres que les pouvoirs publics définis comme « administrations publiques » dans la législation espagnole, mais qui relèvent de la conceptualisation européenne de « pouvoir adjudicateur » (art. 1.9 directive 2004/18/EC²²) et qui, alors, devront appliquer les normes européennes. Pour ce faire, le législateur a dû modifier le schéma traditionnel de la loi espagnole (des règles publiques spéciales pour les contrats conclus par les pouvoirs publics ; des règles privées pour les contrats conclus par d'autres entités) en exigeant que les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas considérés comme des pouvoirs publics dans la loi espagnole respectent aussi le droit public, et ne suivent pas le droit privé, en appliquant les règles d'appels d'offres et de sélection de l'entrepreneur du droit européen. Le résultat final est l'article 3 de la loi de marchés publics espagnole, vraiment très compliqué, mais en accord avec la conception de la Cour. À partir de la version de 2007, et aussi après la loi actuellement en vigueur, qui a subi encore une nouvelle refonte en 2011, cet article fixe l'applicabilité des règles *ratione personae*, telles que définies par le droit européen.

²² Bien que la définition de « pouvoir adjudicateur » est faite d'abord dans les textes juridiques, et se consolide pleinement à partir des années 90 dans les différentes directives sur les marchés publics, sa réalisation et concrétisation a été le travail de la Cour. Dans de nombreux arrêts, la Cour a signifié que les conditions requises, pour comprendre qu'il y a un pouvoir adjudicateur tel que requis par les directives, sont cumulatives : (a) il doit être créé pour satisfaire spécifiquement aux besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, b) doté de la personnalité juridique, et c) son activité doit être financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ; le cas échéant, sa gestion doit être soumise à un contrôle par ces derniers, ou enfin l'organe d'administration, de direction ou de surveillance doit être composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, à partir de la décision *Mannesmann Anlagenbau Austria* (CJCE, 15 janvier 1998, aff. C-44/96, EU:C:1998:4). C'est aussi après des arrêts de la Cour, qu'on a mis en place et développé une approche fonctionnelle du concept qui a permis à la Cour d'établir si les exemptions édictées par une loi de l'État étaient ou non conformes à la législation européenne (CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau*, aff. C-470/99, EU:C:2002:746 ; et notamment les affaires précitées, CJCE, 15 mai 2003, *Commission/Espagne*, aff. C-214/00, et CJCE, 16 octobre 2003, *Commission/Espagne*, aff. C-283/00).



Le point culminant de cette évolution, comme expliqué ci-dessus, est un changement très substantiel dans la conception espagnole profonde de la régulation des marchés publics. Lorsque la tradition juridique espagnole établissait une division très claire entre les règles pour les pouvoirs publics qui sont censées être l'« administration publique » et les règles pour d'autres entités publiques à qui l'on donne le pouvoir d'agir avec une plus grande flexibilité, le résultat final est l'émergence d'une sorte de *tertius genus* imposé par la législation européenne : des autorités ou des entités qui ne sont pas considérées comme « administration publique » par le législateur espagnol mais qui sont considérées comme « pouvoirs adjudicateurs » par l'Europe. Pour ces entités, c'est la Cour qui a finalement imposé à l'Espagne les règles européennes applicables. Cependant, au-delà de ces obligations, le législateur espagnol a décidé que, pour ces entités ou autorités, il vaudrait mieux continuer de les régir – dans d'autres processus ou quand il s'agit de quantités mineures qui ne sont pas soumises au droit européen – selon les normes traditionnelles, généralement de droit privé. L'effet du droit européen a signifié, sans aucun doute, la complication du modèle, mais a également forcé l'Espagne à établir un cadre juridique des marchés publics de plus en plus rigoureux et transparent. Le rôle de la Cour dans cette évolution a été, comme cela vient d'être expliqué, décisif. Cela a été le cas également, dans le processus d'insertion des règles pour certains marchés, notamment la gestion des services publics, exclus des normes des directives au premier moment. C'est pourtant la Cour de justice qui a imposé le respect des règles générales européennes pour les marchés publics, même dans ce cas-là et en l'absence d'une régulation spécifique. Il a toujours fallu avoir des règles pour identifier quand on pouvait considérer qu'il s'agissait de la gestion des services publics et quand il s'agissait, tout simplement, d'un contrat de services qui devait respecter, depuis les premières normes européennes dans cette matière, les directives spécifiques²³.

²³ CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03. Pour une analyse du droit étatique et, surtout, de son amélioration imminente suite à l'adoption de la directive 2014/23 qui a également

Sur la régulation des marchés publics, la Cour a joué aussi un rôle-clé dans d'autres nouveautés au-delà de la question subjective. Ainsi, la procédure relative à l'examen judiciaire immédiat du processus d'appel d'offres a été imposée au droit espagnol par la directive 2007/66/CE. La législation espagnole adoptée pour intégrer cette procédure, en 2007, n'a pas réussi non plus à se conformer aux directives européennes dès le premier instant et a ainsi été condamnée par la Cour dans son arrêt du 3 avril 2008²⁴ en raison de divers problèmes liés aux sujets qui ont le droit d'accès à la procédure et des possibilités trop limitées de contrôle que la norme espagnole leur reconnaissait. Après la condamnation, il a encore fallu une nouvelle réforme du droit des marchés publics et, à cause de celle-ci, la refonte de 2011. Toutefois, la décision du législateur espagnol de façonner cette procédure de manière à donner le contrôle à un organisme administratif indépendant au lieu d'un organe judiciaire a été finalement acceptée par la Cour²⁵. Le fonctionnement de cette procédure de contrôle a été jugé très positif par la doctrine en Espagne. Elle est même mise en avant et proposée comme exemple pour d'autres procédures de contrôle alternatives au contentieux²⁶.

soumis à des règles européennes attribuant les différentes formes de contrats de concession pour la gestion des services publics, v. G. GONZÁLEZ DE OLANO et J. A. NAVARRO MANICH, « Comentarios a la directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión », *Actualidad jurídica Uria-Menéndez*, 37/2014, www.uria.com/documentos/publicaciones/4259/documento/a03.pdf?id=5451.

²⁴ CJCE, 3 avril 2008, *Commission/Espagne*, aff. C-444/06.

²⁵ À propos du recours en droit espagnol, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, « Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública : en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración », ponencia XI Congreso AEPDA, 2016, www.aepda.es/AEPDAAadjunto-1444-Ponencia-Prof-Valcarcel-Fernandez-Analisis-de-los-rasgos-y-peculiaridades-del-recurso-especial-en-materia-de-contratacion-publica-en-la-senda-hacia-el-cumplimiento-efectivo-del-derecho-a-una-buena-administracion.aspx, et C. CIERCO SEIRA, « Los recursos administrativos en España », ponencia XI congreso AEPDA, 2016, www.aepda.es/AEPDAAadjunto-1463-Ponencia-Prof-Cierco-Seira-Los-recursos-administrativos-en-Espana-.aspx.

²⁶ Dans ce sens, v. les réflexions précitées de C. CIERCO SEIRA et J. M. BAÑO LEÓN, « El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español », ponencia XI Congreso AEPDA, 2016, www.aepda.es/AEPDAAadjunto-1513-Ponencia-Prof-Bano-Leon-El-recurso-administrativo-como-ejemplo-de-la-inercia-autoritaria-del-derecho-publico-espanol.aspx. Les décisions de la Cour dans le sens d'estimer d'une grande importance l'indépendance fonctionnelle de certains des organes chargés de la résolution des recours font partie, sans doute, des raisons de fond



Si l'on fait une évaluation globale, on peut dire que le droit des marchés publics est justement le domaine où l'on constate la plus évidente et intense influence de la Cour sur les fondements du droit administratif espagnol. À partir de ses arrêts, la Cour a engendré un changement profond dans la façon dont le droit espagnol comprend l'action des pouvoirs publics lors de la sélection des opérateurs privés qui travaillent avec eux. C'est justement la Cour qui a finalement imposé un modèle beaucoup plus orienté à la concurrence et une idée globale de la transparence, comme il était exigé par les institutions européennes. Mais surtout, le travail de la Cour a été la clé de voûte de l'abandon d'une compréhension, très installée dans la législation espagnole, formaliste et restrictive de l'idée même d'« autorité publique », que n'imposaient les contrôles juridiques qu'à partir d'une définition légale et formelle. L'activité de la Cour sur cette question a produit en fin de compte un changement fondamental d'une importance capitale : l'introduction d'une pleine conscience du fait que la puissance publique, finalement, lorsqu'elle agit fonctionnellement en tant que telle, doit toujours être soumise aux mêmes règles et contrôles... à condition néanmoins que nous nous référons à l'activité de négociation des contrats publics. Malheureusement, et puisque l'activité de la Cour, par définition, se concentre au cas par cas sur le contrôle de conformité – ou non-conformité – avec les normes européennes, au-delà de cette zone, la loi espagnole assure toujours à certaines entités fonctionnellement publiques des possibilités d'échapper aux contrôles qui sont censés assurer le respect des règles de droit public par les pouvoirs publics : c'est ce que, en Espagne, on appelle la « fuite du droit administratif ». Il s'agit encore d'une manifestation de cette résilience du droit espagnol dont nous avons déjà discuté. Tant qu'il n'y a pas de règle européenne imposant d'agir autrement, cette résistance se manifeste en utilisant les traditionnelles possibilités de « fuite » vers le droit civil pour écarter les contrôles juridiques de nature publique sur les pouvoirs publics dans de nombreux autres domaines. Toutefois, le principe en matière contractuelle

qui expliquent cette position, très partagée pour la doctrine espagnole.

est au moins solidement établi. Et sa capacité d'irradiation n'est pas négligeable.

Enfin, il faut noter aussi, pour conclure cette réflexion, que les décisions de la Cour restent d'une très grande importance pour l'activité quotidienne des marchés publics en Espagne. Les majorités politiques municipales qui se sont installées après une période de crise économique et sociale intense en Espagne – crise qui a conduit à d'importants changements dans les majorités politiques aux niveaux local et régional – ont commencé à déployer leurs politiques depuis l'été 2015. Notamment, par exemple, des mesures telles que la promotion et le développement des clauses sociales dans les marchés publics, pour lesquelles la récente décision de la Cour du 28 janvier 2016, a fait l'objet d'une grande attention²⁷. Il y a aussi d'autres exemples, tels que les processus de *republicatio* [mise en régie] entamés par diverses municipalités pour essayer de récupérer la gestion directe de services publics locaux²⁸. Pour y parvenir, étant donné l'importance dans ces processus des questions de droit de travail, la jurisprudence de la Cour sur les droits des travailleurs de ces services est d'une très grande signification²⁹. Il ne s'agit pas du seul exemple d'influence de la Cour dans ce domaine. Car, c'est justement

²⁷ CJCE, 28 janvier 2016, *Casta*, aff. C-50/14. V. J. M. GIMENO FELIÚ, « Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias », *Observatorio de la Contratación pública*, www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/releategoria.208/relelmenu.3/chk.faf01cea691c17e6c632c328db10de0f.

²⁸ La reprise de la gestion directe des services sociaux est l'un des objectifs politiques prioritaires de nombreux gouvernements locaux. Ces ambitions, cependant, font face à certaines difficultés – économiques, par exemple – auxquelles d'autres s'ajoutent, notamment juridiques, dérivées de l'interprétation que la Cour a faite du droit européen. Ainsi, comme l'a noté J. M. GIMENO FELIÚ, « Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario », *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n°s 58-59, 2016, pp. 50-71, l'arrêt du 13 janvier 2013, dans l'affaire T 235/11, a mis des objections sévères à la possibilité de résiliation anticipée des contrats. Il s'agit, sans doute, d'une autre manifestation de la tendance de la Cour à limiter certaines prérogatives publiques dans les contrats publics, qui d'ailleurs inspire la restrictive réglementation à l'égard de la récente directive 2014/23 relative aux concessions publiques que l'Espagne doit transposer dans les prochains mois, comme nous l'avons déjà indiqué.

²⁹ La décision de la Cour est d'une importance particulière, dans le cas C-463/209, qui a dû être suivi en tout cas par les pouvoirs locaux espagnols lors de ces processus, comme l'a raconté F. A. CASTILLO BLANCO, « Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados », *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n°s 58-59, 2016, pp. 72-95.



là, sur la question des ressources humaines au service des administrations publiques, que la Cour a eu une forte implication qui a transformé en profondeur le droit administratif général espagnol.

B. Une protection accrue des travailleurs publics

La loi espagnole en matière de personnel au service des administrations publiques avait évolué dans la deuxième partie du XX^e siècle vers un système où, suite à la prise en considération de différents éléments – la durée de la prestation, la typologie de l'activité développée, etc. –, il y avait deux types de travailleurs publics : les fonctionnaires et les travailleurs publics en régime de droit du travail. Les statuts juridiques du premier collectif et de l'autre étaient différents sur des questions essentielles, telles que la nature indéfinie du lien des fonctionnaires ou l'impossibilité juridique pour l'administration de le briser à sa guise, sauf en cas de mesures disciplinaires, mais aussi dans la définition de leurs conditions de travail. Cette double régulation est devenue plus unitaire avec le temps, en grande partie à cause de la performance de la Cour en termes de défense de l'égalité dans leurs droits dans un but de protection sociale.

Le principe de l'application égale des normes européennes sur les conditions de travail aux travailleurs, quel que soit leur statut, fut consacré dans une décision qui s'attaquait à une question posée par un tribunal régional de Valence au sujet de l'applicabilité des directives sur la gestion du temps de travail et la santé des employés à tous les travailleurs des hôpitaux publics valenciens³⁰. Cette idée de base a progressivement contraint le droit administratif espagnol à changer sa structure de fond, laissant derrière le traditionnel système *dual* de l'emploi public espagnol. C'est ainsi que, à partir de 2007, avec la nouvelle loi établissant un statut commun de base pour les travailleurs publics (récemment modifiée en 2015, alors que sans changements dans ses orientations de base), l'idée du législateur espagnol, sous l'influence du droit européen et son interprétation faite par la Cour,

devient justement le contraire : essayer d'assimiler tous les travailleurs publics dans un cadre réglementaire substantiel et structurellement sinon identique, au moins largement similaire.

Il subsiste, tout de même, des différences. Ces différences se sont souvent heurtées à la doctrine de la Cour, qui les a considérées à maintes reprises comme non respectueuses du cadre juridique européen. C'est le cas de la reconnaissance d'un taux de salaire supérieur sur la base de l'ancienneté, également pour les employés publics temporaires, obligée par la Cour dans des successifs arrêts³¹ – il en a été de même pour la considération de l'expérience³². Cette égalité devra aussi s'appliquer aux congés payés, quel que soit le statut du travailleur, en dépit de l'intention initiale du législateur espagnol³³.

En outre, le droit de l'Union a forcé la loi espagnole à ouvrir sa fonction publique aux étrangers – au moins, aux ressortissants des autres États membres. C'est à nouveau la Cour qui a également joué un rôle-clé dans la défense des droits des travailleurs européens pour assurer la libre circulation³⁴. Cela a eu des avantages évidents dans la mesure où le droit administratif espagnol a été forcé de supprimer de nombreuses restrictions fondées sur la nationalité qui n'avaient finalement point de raison, sauf se constituer en restriction volontaire absurde et préjudiciable à l'intérêt public, car la règle empêchait de pouvoir employer des personnes ayant toutes les capacités pour servir les intérêts publics sans faute.

Comme c'était le cas dans les marchés publics, c'était plutôt l'interprétation de la Cour (et pas une question de droit positif) qui a déclenché – ou au moins catalysé – cette transformation toujours en cours vers un modèle de travailleur public plus ouvert et compéti-

³¹ CJCE, 13 septembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, aff. C-307/05.

³² CJCE, 8 septembre 2011, *Rosado Santana*, aff. C-177/10.

³³ J. V. RUANO VILA, *Medidas de ajuste del empleo público en tiempos de crisis económica*, Tesis doctoral, Universitat de València, 2016.

³⁴ Un autre problème était celui d'assurer la libre circulation des travailleurs européens, également dans le domaine des fonctions publiques, qui a contraint également l'Espagne à adapter ses lois : J. A. FUENTETAJA PASTOR, « La libre circulación de los empleados públicos », *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 5, 2003, pp. 37-54.

³⁰ CJCE, 3 octobre 2000, *Simap*, aff. C-303/98.



tif mais aussi plus unitaire, où il se peut qu'il y ait des différences, sans aucun doute, pour des raisons fonctionnelles, mais qui n'a rien à voir avec ce double modèle rigide et réservé aux ressortissants espagnols qui semble ne plus avoir de sens aujourd'hui. L'influence de la Cour dans le droit public espagnol dans ce domaine a donc également été très bénéfique. C'est à cause de ses décisions et de sa pression que les juristes espagnols ont été forcés de modifier certaines de leurs approches vers des positions plus modernes en ce qui concerne le lien entre l'administration et ses travailleurs et, pour cause, de réviser de nombreuses idées préconçues au sujet de l'idée d'égalité que justifiaient des différenciations qui n'avaient aucune raison d'être.

C. La protection des droits des personnes en relation avec l'Administration espagnole

L'action de gouvernement en Espagne, en raison de la tradition autoritaire à laquelle nous sommes déjà référés à plusieurs reprises, a toujours compté sur des outils juridiques et de nombreux privilèges qui permettaient, parfois, de malmenager les droits des citoyens et des administrés. Le droit de l'Union européenne a été un acteur incontestable dans la transformation de certaines de ces prérogatives exorbitantes parce que, soit la loi européenne, soit, comme dans d'autres situations, la Cour elle-même, ont agi à leur rencontre. C'est notamment à cause des décisions de la Cour que nous avons compris que beaucoup de ces instruments n'étaient pas en conformité avec les droits qu'un État démocratique doit reconnaître aux citoyens et administrés dans leurs relations avec l'administration publique. Bien entendu, l'impact de l'intromission européenne dans ce domaine a augmenté suite à l'adoption de la Charte européenne des droits fondamentaux et son inclusion ultérieure dans les traités. Enfin, et bien que l'article 51, paragraphe 1^{er}, de la Charte semble restreindre son efficacité par rapport à l'activité des États membres aux cas où le droit de l'Union s'applique, la Cour a étendu, comme il était inévitable, la compréhension de cette règle. Elle a laissé entendre, d'ores et déjà, par exemple, la possibilité que toute action administrative en liaison avec les

principes du droit de l'Union soit, alors, soumise aux principes de la Charte, avec tout ce que cela entraîne³⁵.

Nous pouvons nous attendre, par conséquent, à une utilisation croissante par les tribunaux espagnols du contenu de la Charte pour étayer certaines de leurs décisions, habituellement comme argument supplémentaire. Cette tendance est déjà détectable aussi bien chez les juridictions inférieures qu'au niveau de la Cour suprême et de la Cour constitutionnelle³⁶. Cependant, les effets de cette tendance sur le droit public espagnol ne se sont pas encore développés dans sa totalité. Les changements particuliers sur notre droit administratif général doivent encore se concrétiser. Néanmoins, nous pouvons essayer de trouver quelques exemples qui se sont déjà laissés sentir.

Par exemple, le droit administratif espagnol, tributaire de sa tradition autoritaire, a toujours bénéficié de maintes mesures qui permettaient aux autorités d'imposer sa volonté aux citoyens en cas de conflit juridique. L'administration publique, en Espagne, a toujours eu le droit de déclarer, appliquer et faire appliquer son propre droit, tandis que les personnes affectées doivent saisir le juge administratif pour contrer les décisions déjà prises par les pouvoirs publics. C'est clairement un très lourd fardeau qui entrave les possibilités de protection juridique des citoyens et donne un avantage certain à l'administration publique espagnole. La conception autoritaire qui a inspiré le droit public espagnol depuis des décennies a également entravé la rectification

³⁵ Les décisions dans ce sens ont suivi une évolution de plus en plus ambitieuse, et à juste titre, comme le signale D. SARMIENTO, « Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe », *Common Market Law Review*, n° 50, 2013, pp. 1267-1304. V. I. MARTÍN DELGADO, « Fundamental Rights and Good Administration », in L. ORTEGA, L. ARROYO et C. PLAZA (eds), *Spanish Administrative Law under European Influence*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, pp. 50-51, qui reflète cette évolution. Dernièrement, la Cour est allée encore plus loin, comme l'a montré P. LLOPIS NADAL, « La asistencia jurídica gratuita en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea : un Derecho Fundamental reconocido por el artículo 47 de la Carta », in M. ORTELLS RAMOS *et al.*, *Los Recursos en el Proceso Civil. Continuidad y reforma*, Dykinson, 2016, pp. 160-162. Sur cette question, CJCE, 7 mai 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, point 29 ; CJCE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, point 60.

³⁶ V. I. MARTÍN DELGADO, « Fundamental Rights and Good Administration », in L. ORTEGA, L. ARROYO et C. PLAZA (eds), *Spanish Administrative Law under European Influence*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, pp. 562-564.



de ces excès. Même après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1978 et la reconnaissance du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective que son article 24 garantit, les règles administratives qui entravent l'égalité d'accès des citoyens aux tribunaux face à l'administration sont encore fréquentes³⁷. On pourrait dire que la « *mutation constitutionnelle* » anticipée par MUÑOZ MACHADO dès l'incorporation de l'Espagne dans les Communautés européennes³⁸ s'est retardée un petit peu dans ces questions !

C'est notamment le cas du contrôle des mesures provisoires dans la procédure administrative. La régulation espagnole du sujet octroie de grands pouvoirs à l'administration pour imposer les mesures provisoires qu'elle juge nécessaires pour préserver ses actes. En revanche, la reconnaissance des mesures provisoires en faveur des citoyens est exceptionnelle et très limitée car le droit espagnol, comme c'est aussi le cas du droit français, n'a pas toujours été très généreux dans l'octroi de mesures provisoires à partir de la recherche du « *moyen fondé de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée* ». Les travaux de la Cour ont contribué à atténuer ce déséquilibre, ouvrant de nouvelles possibilités d'interprétation pour étendre l'octroi de ces mesures. Plus particulièrement, la Cour a aidé le droit espagnol à évoluer, en admettant plus gé-

néreusement la possibilité d'accorder des mesures provisoires à partir d'une analyse fondée sur le *fumus boni juris*. La position de la Cour a fait évoluer les juges espagnols, maintenant plus enclins à accepter les mesures provisoires après un examen visant à balancer les différents intérêts en conflit³⁹.

Un autre sujet où cette tendance autoritaire est encore très visible, et qui génère des effets non négligeables sur les citoyens, est le domaine des recours administratifs. La typologie et les fonctions des recours, en vertu du droit espagnol, sont fortement destinées à donner à l'administration des avantages certains. Bien que le droit européen n'ait pas de réglementation détaillée sur cette question, sauf dans des cas individuels, comme le processus de recours déjà mentionné sur les marchés publics, ses principes ont imprégné la loi espagnole et obligé certaines transformations. Ainsi, la jurisprudence de la Cour a été la clé pour enrayer quelques caractéristiques autoritaires de notre système, en particulier en préconisant une plus grande impartialité des organes responsables de la résolution des appels dans la voie administrative.

*
* *

Ces exemples concernant les effets de l'influence de la Cour sur les libertés des citoyens montrent clairement les lumières et les ombres du processus d'évolution de la législation espagnole. Il est vrai que les changements, en général, ont été très positifs et ont apporté des améliorations. L'influence de la Cour de justice de l'Union européenne sur le droit public espagnol est sans aucun doute positive. Mais cette influence a néanmoins quelques zones d'ombre.

D'abord, il s'agit d'une influence moins intense qu'elle aurait été souhaitable et beaucoup moins étendue que ce qui serait nécessaire pour enrayer définitivement les effets et reflexes autoritaires qui subsistent dans le système espagnol. La principale limite à cette influence ap-

³⁷ J. M. BAÑO LEÓN, « La Administración frente al juez en el estado constitucional : la evolución del derecho administrativo », *Revista española de Derecho constitucional*, n° 72, 2004, pp. 349-366. Cette situation a été notée par des Cours internationales, comme c'est aussi le cas de la Cour européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence est de plus en plus importante dans le changement des voies de recours et d'accès aux tribunaux en Espagne, comme l'a analysé récemment J. BARCELONA LLOP, « Las vías administrativas de recurso: panorama desde la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos », ponencia XI congreso AEPDA, www.aepda.es/AEPDAAjuntado-1443-Ponencia-Prof-Barcelona-Llop-Las-vias-administrativas--de-recurso-panorama-desde-la-Jurisprudencia-del-Tribunal-Europeo-de-Derechos-Humanos.aspx.

³⁸ V. S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza, 1993. Dans cet ouvrage très intéressant, la thèse de S. MUÑOZ MACHADO était que cette incorporation avait déjà bel et bien provoqué cette « mutation », dès l'entrée de l'Espagne dans les Communautés européennes, alors qu'il y aurait davantage d'effets à l'avenir. Néanmoins, dans l'analyse faite dans la quatrième partie de l'ouvrage, MUÑOZ MACHADO s'attaque, justement, à des questions essentielles de la procédure administrative et du droit administratif général espagnol, pour expliquer que notre droit public n'avait pas, dans de nombreux domaines, fait encore cette transition, par exemple, pour tout ce qui relève du garanti du citoyen face à l'action de l'administration publique. Une bonne vingtaine d'années se sont écoulées depuis, et le droit public espagnol s'attarde encore sur cette question.

³⁹ S. DE LA SIERRA, « Interim measures in judicial review », in L. ORTEGA, L. ARROYO et C. PLAZA (eds), *Spanish Administrative Law under European Influence*, Groningen, Europa Law Publishing, 2010, pp. 122-138, explique le processus de construction par la Cour de cette procédure.



profondie est liée à la nature même de la Cour et ses fonctions, et au fait que le droit européen ne vise pas à agir directement, mais indirectement, sur le droit public des États européens. Néanmoins, l'explication ultime de la capacité limitée de « contamination » de ces idées et principes aux domaines dans lesquels la législation espagnole n'est pas obligée de suivre les directives européennes et la Cour, est liée aux caractéristiques autoritaires, à la verticalité et à la résilience du droit public espagnol.

La principale conclusion qu'on extrait est donc que la loi publique espagnole a encore beaucoup de possibilités d'amélioration avec

l'exemple des normes européennes et la doctrine de la Cour, qu'il faudrait utiliser comme inspiration dans tous les domaines du droit administratif espagnol, même ceux où le droit européen n'a rien eu à dire pour le moment. On peut se douter, cependant, que le développement futur se fera justement dans cette direction : les déclarations ambitieuses de la Cour, comme les idées déjà mentionnées dans la récente décision de la Cour *Åkerberg Fransson* précitée, peuvent aider à changer définitivement la donne en nous signalant un futur avec une Cour de justice à l'influence encore plus accrue.

