La question : « Existe-t-il un critère du droit administratif ? » est-elle toujours actuelle ?

J. Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », séminaire franco-polonais de droit administratif organisé en 1998, par l'Institut de droit et de science administrative à Cracovie, reproduit in *Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action*, dir., F. Mélin-Soucramanien et F. Mellary, Dalloz, collection *Thèmes et commentaires*, 2012, p. 67 (1)

[...]

n

I. Il y a, à l'origine de la recherche d'un critère du droit administratif, une double démarche, l'une théorique et doctrinale, l'autre pragmatique et principalement jurisprudentielle, l'une et l'autre d'ailleurs étroitement liées. Cette liaison me paraît essentielle, et c'est elle, je le crois, qui a faussé les termes du problème.

La démarche doctrinale, la réflexion théorique sur la spécificité de ce droit qui apparaissait, au début du XIXe siècle, comme un nouveau venu dans la classification des disciplines juridiques, s'imposait comme une nécessité. Certes, l'Ancien Régime avait appliqué à l'administration royale des règles qui lui étaient propres, et des travaux récents ne cessent de les mettre en lumière. Mais ces règles n'avaient jamais été systématisées. La distinction entre « les lois civiles », et le droit public est à la base du grand *Traité* que Domat a publié en 1777. Mais on n'y rencontre pas, dans la partie consacrée au droit public, la moindre référence à l'idée d'un droit propre à l'administration et à elle seule. Dès lors, l'émergence d'un droit administratif, qui s'affirme dès 1804 avec la création, à la Faculté de droit de Paris, d'une chaire consacrée à ce droit -chaire qui connaîtra, d'ailleurs, quelques vicissitudes jusqu'à la Restauration-, appelait nécessairement un effort de définition.

Cette nécessité logique aurait pu conduire à rechercher, pour caractériser le droit administratif, une pluralité de signes propres à le différencier du droit des rapports entre particuliers. Mais un impératif pragmatique a orienté la recherche, tout au long du XIXe siècle et au-delà, vers l'unicité du critère.

Il faut faire intervenir ici le phénomène majeur qu'a été, à partir de l'interdiction édictée par les lois révolutionnaires aux juridictions ordinaires de « troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs », le développement progressif de la juridiction administrative à partir de la création du Conseil d'État en l'an VIII. La dualité des juridictions appelait, de toute évidence, une stricte délimitation de leurs compétences respectives. Au fil de l'évolution, l'idée s'affirme que ce qui justifie la dualité des compétences, c'est moins la protection de l'administration et de ses agents contre les empiétements du juge ordinaire, atteintes au principe de la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, que la différence entre les droits applicables par les deux ordres. Lorsque l'administration emprunte les voies du droit privé, rien ne s'oppose à l'intervention du juge ordinaire. Mais lorsqu'elle s'écarte de ce « droit commun », et agit selon des règles qui y dérogent, alors, seul le juge administratif est compétent. La recherche

théorique - quand une règle de droit est-elle « dérogatoire au droit commun »? - s'oriente naturellement, puisque le fond du droit détermine à ce stade la compétence, vers la nécessité pratique du critère unique, propre, par sa simplicité, à guider le plaideur, et même le juge.

Je n'entreprendrai pas ici de retracer le long conflit qui oppose, dans cette recherche, les tenants du critère tiré de la puissance publique, dont Hauriou, qui, dans un premier temps, avait penché vers le service public, privilégiant le but de l'action administrative sur ses moyens, était devenu le théoricien, et l'école du service public à laquelle reste attaché le nom de Léon Duguit. C'est à elle que, au début du siècle, la jurisprudence du Conseil d'État semble donner raison. On connaît la formule du commissaire du gouvernement Romieu en 1903 : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics... soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative qui est par nature de la compétence administrative.»

Tout paraît clair, alors : le droit administratif, c'est le droit des services publics, et toutes les règles qui font sa spécificité par rapport au droit privé s'expliquent par les nécessités du service public : la fin - le service public - prévaut sur les moyens - la puissance publique.

Pourquoi, à partir des années 1950 de ce siècle, cette belle simplicité est-elle remise en question ?

Deux raisons l'expliquent. La première tient à l'exception que le Conseil d'État, à la suite du président Romieu lui-même, avait apportée au critère. Lorsque l'administration, dans la gestion de ses services, a entendu se maintenir dans les conditions du droit privé, le juge judiciaire, dès lors qu'il est admis que la nature de la règle à appliquer détermine la juridiction à saisir, retrouve sa compétence. Il y a donc dissociation, au sein de l'action administrative, entre le service public et l'application du droit administratif. La référence au service public n'impose ni le recours exclusif à ce droit, ni la compétence de son juge, le service public peut s'accommoder du droit privé.

Ce n'est, au début de ce siècle, qu'une exception, et l'exception n'entame pas la règle. Mais, et c'est la seconde raison de la remise en cause, l'évolution de la société, les besoins qu'elle fait surgir, multiplient les services publics que leur caractère industriel et commercial soumet dans la plus large mesure au droit qui régit les entreprises privées : l'exception prend, dans la pratique, une place comparable à celle de la règle. Dès lors, il n'est plus possible de maintenir l'équation entre service public et droit administratif. Le service public n'est plus, à lui seul, le critère de la compétence du juge. Il ne suffit pas à rendre compte de la spécificité du droit administratif, puisqu'il s'accommode tantôt de celui-ci, tantôt du droit commun.

La remise en cause prend des formes multiples. Certains persévèrent dans la recherche du critère unique propre à relayer le critère défaillant du service public. Celui tiré des prérogatives de la puissance publique fait, avec le doyen Vedel, un retour en force. Marcel Waline, un moment, cherche dans le concept d'utilité publique le critère unificateur, quitte à reconnaître très vite que c'est encore l'utilité publique qui justifie le recours de l'administration au droit privé dans certaines hypothèses.

D'autres auteurs abandonnent la recherche du critère unique. Conscients du paradoxe que constitue, pour le seul droit administratif, une recherche qui ne s'est imposée pour aucune autre discipline juridique, ils s'efforcent de dégager, non pas un critère unique, nécessaire et suffisant, mais un ensemble de traits propres à caractériser le droit administratif par rapport au droit commun, quitte à dissocier leur recherche de celle du critère de la compétence du juge administratif. Celui-ci, cependant, accepte mal la remise en cause de la notion qu'il a longtemps privilégiée. Une série de grands arrêts, à partir de 1956, s'attachent à revaloriser la notion de service public, approuvés par une partie de la doctrine. Mais la résurrection de ce « Lazare juridique » selon la formule du président Latournerie, comporte plus d'une nuance. Elle laisse de côté les services publics industriels et commerciaux, et restreint aux seuls services publics administratifs l'application du critère. D'autre part, lorsque le juge se trouve en présence d'un service public géré par une personne privée, et le cas est de plus en plus fréquent, il ne se reconnaît compétent que si l'acte qui lui est déféré met en œuvre une prérogative de puissance publique confiée à l'autorité privée.

Ainsi se confirme l'impossibilité de rattacher à un seul critère, service public ou puissance publique, la définition du droit administratif... Certes, le vieux débat trouve encore quelques échos, même chez de jeunes auteurs. Mais on peut, en réponse à la question posée, conclure que la quête du critère unique, fondée sur la confusion - compréhensible, mais regrettable - des deux problèmes distincts de la compétence du juge et de la spécificité du droit, est aujourd'hui largement périmé e.

II. Il n'en reste pas moins que les deux problèmes, eux, gardent toute leur actualité, et qu'il est impossible d'éluder l'un et l'autre : il n'est pas pensable que la compétence respective des deux ordres de juridiction soit livrée au hasard des décisions d'espèce, il ne serait pas admissible que la délimitation du droit administratif échappe à toute rationalité.

C'est sur ce second problème que je voudrais insister. Non que je méconnaisse l'importance du premier : une claire délimitation des compétences est nécessaire à la sécurité juridique du plaideur. S'il lui faut tâtonner longtemps avant de découvrir son juge, la décision qu'il obtiendra de celui-ci a toute chance d'être trop tardive pour être efficace. Mais il s'agit là d'un problème qui me paraît trop spécifiquement français pour mériter votre attention. De plus, la liaison entre compétence du juge et fond du droit, qui a longtemps justifié la recherche du critère unique commun à l'une et à l'autre, est aujourd'hui moins évidente que naguère : pour des raisons qu'il serait trop long d'exposer ici, le Conseil d'État est amené à appliquer, voire à formuler, des règles de droit du travail, de droit privé, de procédure civile, et il arrive que le juge judiciaire, à l'inverse, soit conduit à appliquer à un litige qui relève de sa compétence une règle administrative. Certes, ces constatations laissent intact le principe qui lie en général fond et compétence, seule justification authentique à la dualité des juridictions. Mais elles en atténuent la rigueur, et autorisent une réflexion sur la spécificité du droit administratif qui ne prenne pas comme objectif premier et exclusif la délimitation de la compétence du juge.

Que cette réflexion garde toute son actualité, il n'est pas possible de le contester. Pour une première raison très terre à terre, c'est d'elle que dépend la justification de notre propre existence ! Tous, ici, nous enseignons le droit administratif. C'est notre raison d'être professionnelle. Je vois mal que nous puissions la légitimer si nous nous avouons incapables de définir avec un minimum de précision la discipline que nous avons mission d'enseigner à nos étudiants. Les programmes officiels n'y peuvent suffire : eux-mêmes ne sont, en définitive, que le reflet de notre propre réflexion. Face à nos collègues qui n'ont aucune peine, eux, à délimiter leur domaine, à dire ce que sont le droit civil, le droit pénal, le droit du travail, le droit constitutionnel, nous ferions piètre figure à nous déclarer incapables de dire, nous aussi, ce qu'est ce droit que nous avons en charge, et ce qui le distingue des autres.

Qu'est-ce donc que le droit administratif ? À cette question, quelques maîtres français n'ont pas hésité à répondre : « C'est l'ensemble des règles que l'administration est tenue de respecter. » Je ne pense pas qu'on puisse accepter cette réponse. Qu'on le veuille ou non, l'administration, selon les domaines où elle agit, est liée aussi bien par les règles du droit commun, civil ou commercial, que par des règles qui lui sont propres. Il y a une gestion privée des services publics. Seules les règles qui s'en écartent, et qui caractérisent la gestion publique, méritent le nom de droit administratif. Définir une discipline juridique en fonction de ceux qui y sont assujettis me paraît une démarche inacceptable : le citoyen, dans sa vie quotidienne, est tenu à la fois par le droit civil, le droit pénal, le droit fiscal, bref, par la quasi-totalité des règles juridiques : faudrait-il en conclure, à partir de ce constat, qu'elles ne sont qu'une ?

Il y a pourtant, dans la définition que je récuse, un élément à retenir, insuffisant mais nécessaire : on ne peut parler de droit administratif que lorsque l'administration est en cause : l'administration, c'est-à-dire, selon la juste analyse du doyen Vedel, l'ensemble des organes appelés à mettre en oeuvre les compétences que la Constitution confère au gouvernement.

D'où une première composante du droit administratif, composante organique : le statut des organes qui constituent l'administration, tant au niveau de l'État qu'au niveau des collectivités locales, et le régime juridique applicable à ceux qui participent à l'exercice de leurs compétences, c'est-à-dire aux agents publics. Sur ce point, aucun doute : l'organisation administrative tant nationale que locale, le partage des compétences entre les divers départements ministériels, les pouvoirs respectifs des agents publics aux différents niveaux de la hiérarchie sont des questions qui relèvent à l'évidence de notre discipline.

Mais les organes sont faits pour l'action, et l'action suppose nécessairement une relation, en l'espèce, une relation avec les citoyens. La raison d'être de l'administration, ce sont les administrés. Elle a parfois tendance à l'oublier, et à considérer que son fonctionnement harmonieux et les satisfactions qu'elle procure à ceux qui l'exercent suffisent à justifier son existence. C'est une donnée dont j'espère qu'on ne trouve pas d'exemple dans l'administration de votre pays, et qui, en tout cas, demeure étrangère à notre problème...

Qu'est-ce donc qui caractérise les relations de l'administration avec les administrés par rapport à celles qui se nouent entre les personnes privées ?

Je n'oserais pas persévérer dans une analyse que j'ai proposée voici des années si elle n'avait, depuis, reçu l'adhésion de quelques collègues qui font autorité : ce qui distingue, à mes yeux, la relation entre administration et administrés de la relation privée, ce qui constitue la dérogation au droit privé par laquelle le droit administratif se caractérise, ce sont, d'une part, les prérogatives que l'administration met en œuvre, et à l'inverse, les sujétions dans lesquelles son action est enfermée, prérogatives et sujétions dont les rapports entre particuliers n'offrent pas l'équivalent.

Les prérogatives d'abord : on ne peut éliminer de la définition du droit administratif, comme l'avaient tenté Duguit et ses disciples, la vieille notion de la puissance publique. Qu'on le veuille ou non, l'État ne peut poursuivre les fins qui sont sa raison d'être, c'est-à-dire l'intérêt supérieur de la collectivité, qui englobe la satisfaction des besoins essentiels de ceux qui la composent, mais qui les transcende, s'il ne dispose pas de pouvoirs que le droit commun refuse aux particuliers dans leurs rapports réciproques. L'égalité entre les personnes privées est à la base du droit privé, le droit administratif implique, lui, une relation fondamentalement inégalitaire. Il n'en peut être autrement : à défaut, les intérêts privés pourraient tenir en échec la poursuite du bien commun, qui peut leur imposer des sacrifices. Que l'existence des prérogatives propres à la puissance publique réponde à une nécessité, l'évolution du droit anglais le confirme. Longtemps, il a reposé sur l'application de la Common Law à l'action de l'administration, et refusé, avec Dicey, l'idée même d'une « administrative law ». Aujourd'hui, au terme d'une longue évolution, l'administrative law existe, et, si ses théoriciens n'acceptent pas, par fidélité à la tradition, le concept de puissance publique, il n'en confère pas moins à l'administration la quasi-totalité des pouvoirs que les administrativistes du continent englobent sous ces mots.

Ces pouvoirs, quels sont-ils ? D'abord, et avant tout, la possibilité, par une décision unilatérale produisant immédiatement son effet, de modifier, pour l'avenir, la situation juridique de l'administré, en dehors de tout consentement de celui-ci. D'autre part, lorsque l'administration préfère chercher ce consentement par la voie du procédé contractuel, le régime propre au contrat administratif lui permet d'imposer un particulier cocontractant des sujétions que le contrat privé ignore. L'administration, de plus, peut, si une de ses décisions se heurte à la résistance du particulier, recourir dans certaines conditions à la contrainte. Elle peut, par l'expropriation, obliger un particulier à lui céder son immeuble. Elle est responsable, certes, des dommages que ses fautes, parfois même la réalisation des risques auxquels elle expose les particuliers, peuvent entraîner pour eux, mais sa responsabilité n'est ni générale, ni absolue. Tout cela est bien connu, tout cela est caractéristique de l'action administrative, qu'elle s'assigne comme but le maintien de l'ordre par les procédés de la police, ou la gestion de ceux des services publics proprement administratifs.

Ces pouvoirs seraient redoutables s'ils n'avaient pour contrepartie un ensemble de sujétions destinées à les équilibrer, et que les relations entre particuliers ignorent. Certes, ceux-ci, dans l'exercice de leurs activités, sont eux aussi astreints au respect des normes contraignantes que la loi leur impose. Mais les sujétions auxquelles sont soumises les activités de l'administration sont propres à celles-ci : dans des domaines où l'activité privée s'exerce librement, elles se heurtent à des contraintes particulières qui font l'une des spécificités du droit administratif.

De ces sujétions, deux sont essentielles, car elles concernent la totalité de l'action administrative.

La première est inhérente à celle de capacité, propre aux personnes privées. De sa capacité, le particulier est maître. Il peut en user ou non, il peut la déléguer à un autre. L'administration, elle, est liée par sa compétence. La délégation en est interdite ; sauf exception légale, à celui qui en est investi, et il n'est pas maître de se refuser à l'exercer. La seconde sujétion est celle qui ôte à l'administration le choix des fins qu'elle poursuit. Pour les particuliers, ce choix reste libre, dans le cadre de la légalité générale. À eux de définir comme ils l'entendent le but qu'ils souhaitent poursuivre. Pour l'administration, cette liberté n'existe pas : il ne lui est pas permis, de façon générale, de s'écarter de la finalité définie par la poursuite de l'intérêt général. Dans ce cadre, nombre de compétences se voient assigner par la loi une finalité particulière. Le détournement de pouvoir entache d'illégalité toute décision qui méconnaîtrait cette double exigence.

D'autres exemples apparaissent dans le régime des actes administratifs. L'administration, lorsqu'elle met en œuvre la plus importante de ses prérogatives, la décision unilatérale, est tenue de se plier à l'ensemble des procédures que certains pays, comme le vôtre, ont eu l'heureuse initiative de codifier. Le nôtre n'a pas encore suivi cet exemple, mais, pour dispersées qu'elles soient, les procédures préalables à la décision n'y sont pas moins nombreuses et contraignantes. Le particulier décide librement, en pesant, selon sa conscience ou son intérêt, les pour et les contre qui vont le déterminer, l'administration, elle, ne se détermine qu'après avoir suivi un parcours, parfois sinueux, jalonné d'avis consultatifs, d'enquêtes publiques, de formalités diverses, dont l'omission rendrait la décision illégale.

Utilise-t-elle le procédé du contrat administratif ? La totale liberté de choix du cocontractant propre au contrat privé se trouve, pour elle, fortement atténuée par les divers procédés de sélection qui s'imposent à elle.

Le particulier est maître de disposer de ses biens. L'administration dans la gestion de son domaine public dispose, certes, de prérogatives : la prescription, notamment, ne peut jouer contre elle. Mais la règle de l'inaliénabilité lui interdit de céder son bien, comme tout propriétaire peut le faire.

De tels exemples, on pourrait les multiplier. Il n'est guère de secteur de l'activité administrative, lorsqu'elle s'exerce selon le droit qui lui est propre, où la sujétion, c'est-à-dire une règle contraignante qu'ignore l'activité des particuliers, ne cohabite avec la prérogative, avec le pouvoir que cette activité ignore également. Comment pourrait-il en être autrement ?

Reconnaître à l'administration des pouvoirs exorbitants du droit commun sans les équilibrer par des contraintes étrangères à ce droit s'écarterait des principes qui fondent l'État de droit, l'État où n'existe aucun pouvoir qui ne trouve sa limite dans une règle juridique. Les dictatures totalitaires cultivent les prérogatives, elles ignorent les sujétions. Sans les premières, il ne serait pas possible à l'État de remplir sa fonction essentielle au service de la société et des hommes. Sans les secondes, la tentation d'abuser du pouvoir, commune, selon la leçon de Montesquieu, à tous ceux

qui en détiennent ne fût-ce qu'une parcelle, risquerait de réduire au minimum la liberté des administrés et leur sécurité face à l'État.

[...]

Le professeur Jean Rivero ou la liberté en action, DALLOZ 2012

Sous la direction de : Ferdinand Mélin-Soucramanien et Fabrice Melleray

Avec les contributions de : Pierre Delvolvé, Ferdinand Mélin-Soucramanien, Yves Gaudemet, Fabrice Melleray, Mattias Guyomar, Jean Morange, Nader Hakim, Hugues Moutouh, Jean-Pierre Machelon, Jean Waline