

MICHEL BAZEX

L'implosion du dualisme de juridiction

« Implosion » : selon le *Dictionnaire Robert*, le terme signifie deux choses : « 1° (phonétique) première phase de l'émission d'une consonne occlusive ; 2° (technique) série d'explosions dirigées vers l'intérieur : implosion des bombes H, c'est-à-dire une série d'explosions dirigées vers l'intérieur pour précipiter brusquement les matériaux fissiles les uns contre les autres... »

La première acception du terme est évidemment à rejeter, comme étant totalement hors de notre propos.

La seconde, en revanche, peut être retenue, sous réserve de la prendre au sens figuré. Mais en quoi le phénomène peut-il intéresser le système de dévolution du contentieux de l'Administration ? Ce n'est pas que son fonctionnement est exempt de toute difficulté. Mais de là à envisager une situation « d'implosion », il y a un pas que l'on hésite à franchir. Pourtant, l'évolution rend-elle la chose si insolite ?

L'EXISTANT

Chacun a en mémoire les termes, demeurés célèbres, dans lesquels les textes révolutionnaires ont posé, de façon simple, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs

pour raison de leurs fonctions » (art. 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire) ; et, quelques années plus tard : « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit » (décret du 16 Fructidor an III).

Mais que de complexités dans la mise en œuvre ! Les tables du *Recueil Lebon* (voir par exemple la rubrique « Compétence » dans le tome II de la dernière « Table décennale 1975-1984 ») opposent ainsi, de façon très neutre, les hypothèses où la compétence est déterminée sur la base d'un critère jurisprudentiel, et celles où il y a attribution « légale », c'est-à-dire en vertu d'un texte : dans le premier cas, il n'y a pas moins de 14 sous-rubriques : prélèvements obligatoires, domaines, contrats, personnel, « autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle, de la propriété privée, et de l'état des personnes », etc. ; et encore chacune d'elles fait-elle l'objet de distinctions internes en fonction de considérations particulières (par ex., pour ce qui est des prélèvements obligatoires : créances, dettes, lotissements et constructions, prélèvements et redevances, etc.). La disparité est évidemment encore plus grande pour ce qui est des attributions de compétence résultant de textes particuliers, qui ont chacun leur économie propre et entraînent les solutions autonomes que l'on connaît pour la dévolution du contentieux électoral, fiscal, social, etc. Le tout enfin sans préjudice des cas de compétences concurrentes entre les deux ordres de juridiction, dans le cadre du contentieux de l'interprétation et de l'appréciation de la légalité.

On s'explique ainsi, rétrospectivement, les insuccès de la doctrine dans sa recherche du critère unique du partage de compétence : théorie de « l'Etat-Débiteur », distinction des actes d'autorité et de gestion, critère du service public, et en dernier lieu opposition entre la gestion publique et la gestion privée. Comment s'en étonner, s'agissant d'une question où la plupart des principes sont assortis d'exceptions qui ne font pas que confirmer la règle ? Aussi bien paraît-on s'être à présent résigné à la situation : en la matière, les controverses ne sont plus ce qu'elles étaient, et un consensus semble maintenant s'être établi entre tous les auteurs pour admettre, au-delà de leurs divergences sur le contenu des règles ou sur le rôle respectif de chaque ordre de juridiction, l'existence de plusieurs critères d'attribution de compétence.

Et c'est là qu'apparaît la source principale d'insatisfaction de la dualité de juridiction, telle qu'elle « fonctionne » à l'heure actuelle. Si l'objet d'un système contentieux est de permettre une solution rapide et efficace des contestations s'élevant à l'occasion de l'applica-

tion de la loi, alors les règles de dévolution du contentieux de l'Administration appellent bien des réserves :

« ... Il est certain que la dualité de juridiction présente l'inconvénient grave d'entraîner des incertitudes de compétence très fâcheuses pour le plaideur. Il est souvent difficile pour celui-ci de savoir avec certitude devant quel juge il doit porter son procès parce que... le partage des compétences entre les deux ordres de juridictions est devenu aujourd'hui très compliqué et très confus... » (A. de Laubadère, *Traité de Droit administratif*, t. I, 9^e éd. par J.-C. Vénézia et Y. Gaudemet, LGDJ, 1984, p. 439).

Sans doute, le mécanisme des questions préjudicielles permet-il de résoudre ces difficultés, au besoin en s'aidant des règles de conflits ; mais peut-être le remède est-il pire que le mal :

« ... Le respect de l'ordre des compétences a pour conséquence le renvoi au cours d'un même et unique procès, à l'autre ordre juridictionnel pour trancher une question ou une exception dont la solution commande celle du litige. Ce grave inconvénient contentieux se rencontre en particulier dans les hypothèses, aujourd'hui très nombreuses, dans lesquelles une activité de droit privé, entre particuliers, est soumise à autorisation administrative ou conditionnée par une telle autorisation (licenciement, opérations de construction et de disposition immobilière, etc.)... » (*ibid.*).

LA RÉACTION

C'est précisément à cette situation qu'entend porter remède la décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC, en date du 23 janvier 1987, relative à la loi transférant à la cour d'appel de Paris le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence (*Gazette du Palais*, 18 et 19 mars 1987, note C. Lepage-Jessua ; *RFDA*, 1987, p. 290, notes B. Genevois et L. Favoreu ; *AJDA*, 1987, p. 345, note J. Chevallier et *RDP*, 1987, p. 1341, note Y. Gaudemet).

L'intervention de la Haute Juridiction constitutionnelle a son origine dans les modifications apportées par le Parlement à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, édictée sur la base de la loi d'habilitation du 2 juillet 1986. On sait que l'ordonnance adopte un certain nombre de solutions nouvelles par rapport à la règle antérieure, spécialement en ce qui concerne la répression des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de domination, art. 7 et s.), où elle a substitué à l'ancienne Commission de la Concurrence dotée de pouvoirs essentiellement consultatifs, le nouveau Conseil de la Concurrence disposant de pouvoirs autonomes de décision (art. 12 et s.).

La question s'est posée alors de savoir quelle serait la juridiction

compétente pour connaître des décisions du nouveau Conseil. Faisant suite aux suggestions des milieux professionnels, l'avant-projet d'ordonnance prévoyait que le contentieux en serait attribué à la cour d'appel de Paris. Mais, à la suite de l'examen du texte par l'Assemblée du Conseil d'Etat, la solution du recours à la juridiction administrative fut préférée, et le texte fut adopté en cet état (art. 15 dans sa rédaction initiale). Les partisans de la compétence judiciaire devaient alors déposer une proposition de loi modifiant l'ordonnance, afin de rétablir la compétence de la cour d'appel de Paris. Rapidement adopté par le Parlement, ce texte fut déféré au Conseil constitutionnel qui, par sa décision du 23 janvier 1987, l'a déclaré non conforme à la Constitution pour violation des droits de la défense, la saisine de la cour d'appel de Paris, dans les conditions où elle était prévue, n'ouvrant pas au justiciable la possibilité d'exercer un sursis à exécution contre les décisions du Conseil de la Concurrence. Précisons enfin que, par la suite, la loi du 6 juillet 1987 devait reconformer l'attribution de compétence au juge judiciaire, mais en y insérant cette fois-ci la procédure de sursis dont l'absence avait motivé la censure du Conseil constitutionnel.

Indépendamment d'autres questions étrangères à notre propos, la décision du 23 janvier 1987 touche directement la question de la dualité de juridiction, dans la mesure où, les auteurs de la saisine soutenant que l'attribution à la cour d'appel du contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence étaient contraires à la Constitution, la Haute Juridiction a été amenée à définir la place et la portée du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires :

« Sur le transfert à la juridiction judiciaire du contrôle des décisions du Conseil de la Concurrence :

« Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 Fructidor an III, qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative, l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ;

« Considérant cependant que, dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé... »

En l'occurrence, le juge constitutionnel devait estimer que, compte tenu du rôle joué dans l'application du droit de la concurrence par le juge pénal et par le juge civil ou commercial, aux côtés du Conseil de la Concurrence, l'unification de ce « contentieux spécifique » sous l'autorité de la Cour de cassation permettrait d'éviter les complexités ci-dessus analysées (voir *supra*). Et de juger en conséquence que « cet aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle, justifiée par les nécessités d'une administration de la justice, ne méconnaît pas le principe fondamental ci-dessus analysé, tel qu'il est reconnu par les lois de la République ».

L'existence de la juridiction administrative, et par là celle de la dualité de juridiction, se trouve donc consacrée au plan constitutionnel.

Mais ce n'est pas sans de sérieuses réserves. Tout d'abord, cette consécration ne résulte pas de la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à la loi des 16-24 août 1790 et au décret du 16 Fructidor an III ; elle se fonde seulement sur la référence à la notion de « principe fondamental reconnu par les lois de la République ».

D'autre part, cette onction constitutionnelle n'est accordée à la juridiction administrative que pour l'exercice de compétences bien précises, définies par le juge constitutionnel (« contentieux de l'annulation ou de la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif... »). Encore cette attribution de compétence peut-elle faire l'objet « d'aménagements » dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. En tout état de cause, cette « garantie » ne joue pas pour les autres types de contentieux de l'Administration et, bien entendu, les matières réservées par nature à l'autorité judiciaire en sont exclues.

Le domaine réservé du juge administratif est donc, finalement, bien restreint, et le législateur (puisque lui seul a compétence en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution) se voit reconnaître dorénavant une grande liberté pour définir ou redéfinir les règles de dévolution du contentieux, comme l'ont relevé la

plupart des commentateurs de la décision du 23 janvier 1987.

On voit ainsi tout le parti qui peut être tiré de cette décision pour améliorer l'état actuel de la dualité de juridiction, et notamment pour mettre un terme à ses complications actuelles, par exemple en transférant certains types de contentieux à la juridiction judiciaire (dans le domaine de la responsabilité et des contrats par exemple), ou en généralisant dans le contentieux de l'annulation l'utilisation du mécanisme des blocs de compétence, etc.

L'EXPLOSION ?

Ainsi rénovée, la dualité de juridiction peut-elle servir de base à un mécanisme satisfaisant de dévolution du contentieux de l'administration ?

Il est évidemment encore trop tôt pour le savoir, car tout dépendra des critères de partage qui seront dorénavant retenus. Ce ne devrait pas être chose facile, car il faudra à chaque fois arbitrer entre les prérogatives traditionnelles de la juridiction administrative et le souci d'unification du contentieux au profit de l'autre « ordre juridictionnel principalement intéressé » (c'est-à-dire en fait le juge judiciaire). La combinaison entre les différents critères d'attribution ne devrait pas non plus aller de soi : d'expérience, on sait que, lorsqu'un texte confère à une juridiction judiciaire une compétence qui devrait ressortir à celle d'un juge administratif, la jurisprudence en donne l'interprétation la plus restrictive ; cette méthode d'interprétation n'a certes pas empêché le bon fonctionnement de la clause spéciale dans certaines hypothèses (par ex. la loi du 31 décembre 1957 sur la responsabilité des dommages causés par les véhicules administratifs) ; c'est loin d'être toujours le cas, et d'autres exemples montrent au contraire que la coexistence de règles générales et particulières de dévolution de compétence peut entraîner des difficultés inextricables (en matière fiscale). Enfin, et en tout état de cause, il n'est pas avéré que l'objectif d'efficacité et surtout de simplicité, qui semble avoir inspiré la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, puisse toujours être atteint en fin de compte, puisque devront coexister les critères traditionnels (fondés essentiellement comme on le sait sur la nature du droit applicable) et les nouveaux (déterminés en fonction des « nécessités d'une administration de la justice », c'est-à-dire de caractère fonctionnel).

Mais surtout, il faut bien voir que la solution adoptée par le Conseil constitutionnel conduit nécessairement à poser, à nouveau,

la question de la justification de l'existence du juge administratif, et au-delà de la dualité de juridiction telle qu'elle existe à l'heure actuelle dans le droit français. A ce jour, c'est-à-dire abstraction faite de la décision du 23 janvier 1987, la raison d'être essentielle de la juridiction administrative, sur laquelle la plupart des auteurs s'accordent, est d'ordre technique : le Cours de *Contentieux administratif* du président Odent expose ainsi, de façon particulièrement explicite, que « la coexistence des deux ordres de juridiction s'explique à la fois historiquement, par les conditions dans lesquelles la séparation des pouvoirs a été organisée par le législateur révolutionnaire, et logiquement par des considérations d'efficacité pratique tenant à la spécialisation des ordres juridictionnels. Les tribunaux judiciaires sont moins aptes que les juges administratifs à juger les procès intéressant l'activité des services publics ou d'intérêt public, à connaître les litiges de droit public. Cette constatation d'expérience est souvent déterminante pour régler les difficultés de répartition des compétences » (*Cours de droit*, Paris, 1979-1980, p. 479). Mais cette justification n'est opératoire que si toutes les affaires soumises au juge administratif relèvent effectivement de l'application du droit public.

Il est tout aussi clair que la justification tombe si les juridictions judiciaires se voient également reconnaître de leur côté compétence pour statuer sur des litiges administratifs. Qu'est-ce qui pourra alors expliquer l'existence d'un domaine réservé, comme l'admet le Conseil constitutionnel dans sa décision, au profit des juridictions administratives ? Les intérêts en cause ? Certainement pas, puisqu'ils seront tout aussi concernés et au même degré dans les catégories d'affaires dont la connaissance aura été transférée à l'ordre judiciaire. La nature du contentieux, comme l'indique la décision du 23 janvier 1987 en faisant référence « à l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif... » ? L'argument n'est pas non plus entièrement déterminant, dans la mesure où les juges judiciaires peuvent très bien, eux aussi, être saisis de « recours contentieux qui ne peuvent avoir pour objet que l'annulation totale ou partielle de la décision attaquée et non point sa réformation. Ces recours ne peuvent être fondés que sur l'illégalité des décisions attaquées » — ce qui est la définition du contentieux de l'annulation en Droit administratif (Odent, ouvrage cité, p. 1603) ; c'est par exemple le cas pour le contentieux de la nullité des actes des sociétés.

Sans doute a-t-on bien observé que le Conseil constitutionnel fonde sa solution sur « la conception française de la séparation des

pouvoirs » érigée comme on l'a vu en « principe fondamental reconnu par les lois de la République », et notamment par la loi du 24 mai 1872 relative à l'organisation du Conseil d'Etat (voir sur cette analyse les notes de Gaudemet et Genevois déjà citées). Mais la référence n'est pas elle-même à l'abri de toute critique, surtout au cours de la période récente : longtemps considérée comme la garantie d'une bonne justice administrative, la « conception française de la séparation des pouvoirs » se voit maintenant contestée, spécialement en raison de la dualité d'attributions, juridictionnelles et administratives, exercées par les juges (voir pour un exposé détaillé de ces critiques notamment O. Dupeyroux, *L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux*, *RDP*, 1983, p. 569 et s. et M. Prieur, *Pas de caribous au Palais-Royal*, *Revue juridique de l'environnement*, 1985, p. 138 et s.). Cette remise en cause n'a pas pour le moment revêtu qu'un aspect théorique, encore qu'elle touche maintenant l'opinion publique comme l'a montré un récent débat télévisé consacré à l'indemnisation des victimes de l'Etat ; il n'est pas exclu toutefois qu'elle puisse déboucher sur des résultats plus tangibles, si par exemple on mettait en œuvre des dispositions telles que celles issues de la Convention européenne des Droits de l'Homme (voir ainsi, pour une censure de la justice administrative « retenue » sur la base de l'article 6 de la Convention : Cour européenne des Droits de l'Homme, 23 octobre 1985, Bentham, *Journal du Droit international*, 1986, p. 1089, Chronique Roland et Tavernier). Quoi qu'il en soit, comment être assuré que, dans ces conditions, la « conception française de la séparation des pouvoirs » donne un fondement incontestable à l'existence de la juridiction administrative et à son domaine de compétence ?

Dès lors, la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 est-elle réellement le point de départ d'un aménagement de la dualité de juridiction ? Ou ne traduit-elle que la volonté de sauvegarder les compétences traditionnelles du juge administratif, tout en faisant la part du feu ? L'avenir le dira. Une chose est certaine en tout cas : le terme d'« implosion » est loin d'être mal venu en l'occurrence : si le processus de « réaction » déclenché par la décision du 23 janvier 1987 ne pouvait être correctement maîtrisé, il pourrait effectivement conduire à une explosion interne de l'actuel dualisme de juridiction.

RÉSUMÉ. — *Le mécanisme actuel revêt une grande complexité. La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 a eu en vue d'y porter remède, mais elle comporte une part d'inconnu.*