JACQUES CHEVALLIER

Le droit administratif, droit de privilège ?

Le soupçon de privilège pèse depuis toujours sur le droit administratif : en tant que droit spécial, ne permet-il pas à l'administration de bénéficier d'un régime de faveur et d'échapper au contrôle du juge ordinaire ? Et des notions telles que « puissance publique », « prérogatives exorbitantes » ou « pouvoir discrétionnaire » ne marquent-elles pas l'inégalité foncière de situation qu'il établit entre l'administration et l'administré ? Non seulement l'idée de privilège paraît inhérente à l'existence même du droit administratif, mais encore il ne ferait que renforcer la suprématie administrative en l'exprimant en termes de prérogatives juridiques. Ainsi s'expliquerait la méfiance latente, entretenue par la timidité de certaines solutions jurisprudentielles — notamment en matière de responsabilité —, qui subsiste à l'égard du droit administratif. L'enjeu de ce débat ne saurait être sous-estimé. Mettant en cause le rapport de l'administration au droit, il soulève la question du degré de réalisation de l'Etat de droit : avant d'être un instrument d'assujettissement de l'administration, le droit administratif serait-il un moyen de conforter sa puissance ? Mais il pose aussi plus profondément le problème de la nature des relations entre l'administration et la société : le droit administratif servirait-il à imposer un certain mode d'exercice du pouvoir administratif à base d'autorité et de contrainte ?

Historiquement, le droit administratif a été sans nul doute conçu comme un droit de privilège : parce qu'elle disposait de prérogatives de puissance publique, l'administration était censée ne pouvoir être traitée comme les simples particuliers, soumise au

même droit qu'eux ; et le principe suivant lequel « juger l'administration c'est encore administrer »[1] justifiait l'exclusion de la compétence judiciaire pour connaître des litiges administratifs. L'existence du droit administratif ne faisait dès lors que traduire la supériorité de l'administration sur les administrés et l'irréductibilité de sa position sociale. Aussi les libéraux s'étaient-ils élevés avec vigueur pendant la première moitié du XIXe siècle contre un système qu'ils jugeaient contraire aux libertés. La perspective change néanmoins radicalement à la fin du XIXe siècle : le droit administratif n'est plus perçu comme un privilège pour l'administration mais comme un dispositif de protection des droits des administrés ; l'existence de règles distinctes et d'un juge spécial, dont l'émancipation est désormais réalisée (octroi de la justice déléguée en 1872), permettrait de réaliser un meilleur assujettissement de l'administration au droit. Le remarquable essor du droit et du contentieux administratifs est inspiré par le souci de donner aux administrés des garanties contre l'arbitraire, de poser des bornes à l'exercice du pouvoir administratif ; et la substitution du critère du service public à celui de la puissance publique exprime bien alors cette volonté de *refondation* du droit administratif sur les obligations incombant à l'administration. Le droit administratif a ainsi perdu sa signification première et n'est plus incompatible avec les exigences de l'Etat de droit. L'indépendance du juge administratif tout d'abord est incontestable : les juridictions inférieures ont obtenu à la faveur de réformes successives (1926, 1953 et 1986) les garanties qui leur ont fait longtemps défaut ; et la constitutionnalisation progressive du statut de la juridiction administrative, qui résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, met celle-ci à l'abri de toute atteinte. Certes, le juge administratif reste proche de l'administration active, à laquelle le rattachent des liens organiques et fonctionnels étroits : mais cette proximité, si elle le rend sensible à certains impératifs de l'action, lui permet aussi de pousser plus loin son contrôle ; et la comparaison des jurisprudences administrative et judiciaire ne tourne que rarement en sa défaveur. Quant à la spécificité des règles du droit administratif, elle ne signifie pas pour autant que celui-ci constitue pour l'administration un privilège[2] : si l'administration bénéficie d'un ensemble de *prérogatives*, au moins

1. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970.

2. Comme le souligne G. Dupuis (*Les privilèges de l'administration*, Thèse, Paris, 1962, ronéo., p. 272) à propos de la déchéance quadriennale, « des différences de régime ne sauraient se confondre avec des privilèges ».

en partie[3] exorbitantes du droit commun, elle est soumise aussi à des *sujétions* particulières[4] ; fondé sur l'imbrication des idées de « puissance » et de « service »[5], le « régime administratif » se caractérise par une combinaison de règles, les unes favorables à l'administration, les autres favorables à l'administré, ce qui lui donne un caractère ambivalent.

Cependant, par-delà cet équilibre apparent de droits et de devoirs, le droit administratif n'en est pas moins caractérisé par l'existence d'un rapport fondamentalement inégalitaire entre l'administration et l'administré qui constitue la véritable source des privilèges administratifs (I) ; et cette unilatéralité est tellement ancrée qu'elle imprègne l'ensemble des modes d'action administratifs (II). Il semble néanmoins qu'une évolution soit en cours qui, tendant au rééquilibrage de la relation administrative, contribue par là même à modifier la structure du droit administratif (III).

LE PRIVILÈGE DE L'UNILATÉRALITÉ

Du fait du lien organique qui l'unit à l'Etat, l'administration est dotée de moyens d'action particuliers : « appareil d'Etat », elle est chargée de mettre en œuvre, de gérer, d'instrumenter le monopole de la contrainte, sous son double aspect juridique et matériel. Transcrivant cette puissance en termes juridiques, le droit administratif est caractérisé par une structure inégalitaire, asymétrique, régie par un principe de non-réversibilité, de non-réciprocité. Sans doute, la construction de l'Etat de droit a-t-elle eu pour effet de soumettre cette puissance au droit. Au cœur du système de l'Etat de droit, il y a le principe selon lequel les divers organes de l'Etat ne peuvent agir qu'en vertu d'un *titre juridique* : toute production juridique ou tout usage de la force matérielle doit être fondé sur une norme juridique préexistante ; l'exercice de

3. Comme l'ont parfaitement montré C. Eisenmann et plus récemment J.-C. Vénézia (Puissance publique, puissance privée, *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1974, p. 363 s.), bien des règles prétendument dérogatoires se rencontrent en fait en droit privé.

4. Comme le disait J. Rivero (Existe-t-il un critère du droit administratif, *RDP*, 1953, p. 279 s.), « Les règles de droit administratif se caractérisent par les dérogations au droit commun qu'exige l'intérêt public, soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits ».

5. J. Chevallier, Les fondements idéologiques du droit administratif français, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979, p. 3 s.

la puissance apparaît comme une *compétence*, encadrée par le droit[6]. Ainsi, administration et administrés semblent-ils, à première vue, placés dans la même position par rapport au droit : également assujettis à la loi, ils sont tenus de se plier à ses déterminations[7] ; le droit administratif ne serait plus un « droit d'inégalité », mais un « droit de la légalité ». Cependant la relation au droit n'en est pas moins foncièrement différente : pour l'administration le droit n'est pas seulement en effet une contrainte mais un instrument d'action ; il lui permet d'agir tout autant qu'il limite sa puissance.

1 / Le monopole de la contrainte se traduit d'abord par le pouvoir de *prescription juridique*. Moyen traditionnel d'action de l'administration en direction de la société, l'acte unilatéral est le condensé de la puissance juridique de l'administration et l'expression de sa supériorité intrinsèque. Certes, l'acte unilatéral existe aussi, et « à une large échelle »[8] en droit privé, où l'on rencontre de nombreuses hypothèses de rapports juridiques non fondés sur l'accord de volontés : comme l'a montré M. Hauriou, toute institution est amenée à imposer à ses membres un ensemble de « disciplines » nécessaires à sa survie et à son développement ; et les phénomènes d'autorité et de subordination ne sont pas non plus absents des rapports interindividuels. Néanmoins, l'acte administratif unilatéral présente des caractéristiques spécifiques, dans la mesure où il constitue le vecteur et le support principal de la relation administrative et où l'administration dispose des moyens juridiques de poursuivre son exécution. L'unilatéralité n'acquiert toute sa portée que lorsqu'elle prend la forme de la *décision exécutoire*, s'imposant aux administrés avec force obligatoire : le « privilège de décision exécutoire » se traduit à la fois par le fait que l'administration a la faculté d'édicter des obligations, de conférer des droits, de forger des interdits de sa propre initiative et indépendamment du consentement des intéressés *(pouvoir de décision unilatérale)* et qu'elle est dispensée de s'adresser au juge pour obtenir des administrés qu'ils obéissent à ses prescriptions *(privilège du préalable)* ; les administrés sont tenus de droit d'appliquer la décision adminis-

6. J. Chevallier, L'Etat de droit, *RDP*, 1988, p. 315 s.

7. « Bien qu'ayant des rôles différents et des moyens d'action disproportionnés ils sont juridiquement égaux devant la loi, devant leur commune obligation de se soumettre à la loi » (R. Chinot, *Le privilège d'exécution d'office de l'administration*, Thèse, Paris, 1945, p. 181).

8. En ce sens J.-C. Vénézia, p. 370 et G. Dupuis, Définition de l'acte unilatéral, *Mélanges Eisenmann*, préc. p. 205 s.

trative, qui est valable immédiatement et produit dès son émission son plein effet juridique[9]. Ce privilège reviendrait à faire bénéficier les actes administratifs d'une « présomption de légalité », puisqu'ils se trouvent intégrés de plein droit à l'ordonnancement juridique, sans examen préalable de leur régularité : le seul moyen de faire tomber cette présomption est pour l'administré, toujours placé de ce fait en position de demandeur, d'intenter un recours juridictionnel tendant à l'annulation de l'acte ; le privilège de décision exécutoire aurait ainsi pour conséquence de faire peser sur l'administré la charge de la preuve de l'illégalité[10]. Dans tous les cas, l'action intentée n'a pas pour effet de paralyser l'application des décisions : corollaire du privilège de décision exécutoire, le principe du *caractère non suspensif des recours* permet à l'administration de poursuivre l'exécution de ses décisions, même si leur régularité est contestée : les seules dérogations à ce principe résultent de dispositions textuelles et de la possibilité pour le juge administratif d'ordonner le sursis à l'exécution ; mais le faible nombre des sursis accordés par un juge, qui tend d'ailleurs à se montrer de plus en plus restrictif[11], donne à l'institution du sursis une portée surtout symbolique. Même si on a pu mettre en doute l'existence d'un véritable privilège du préalable[12] au motif que, non seulement les hypothèses de suspension de l'exécution des actes administratifs ne seraient pas rares, mais encore l'exécution provisionnelle, valant aussi pour les jugements rendus à l'encontre de l'administration, ne serait qu'une règle procédurale, il n'en reste pas moins que la combinaison de ces règles donne aux décisions prises par l'administration une force juridique particulière, inférieure à celle des jugements, mais supérieure à celle des actes privés, qualifiée par M. Hauriou d' « autorité de chose décidée »[13].

Le privilège de décision exécutoire n'est pourtant que l'enveloppe formelle de l'unilatéralité : il ne prend sa véritable dimension que

9. M. Rousset, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Thèse, Grenoble, 1959, Dalloz, 1960, p. 83-86.

10. L'analyse de la jurisprudence montre pourtant que le juge administratif n'hésite pas à inverser cette charge de la preuve, au vu du dossier et des éléments fournis par le requérant.

11. On sait que depuis l'arrêt du 13 février 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, le juge administratif se reconnaît le pouvoir de ne plus accorder le sursis même s'il y a moyens sérieux et préjudice difficilement réparable.

12. G. Dupuis souhaitait même dans sa thèse (p. 424) que « le nom même du privilège du préalable disparaisse des exposés de droit administratif », ce « barbarisme » ne renvoyant à « aucune réalité juridique ».

13. Formule reprise par G. Vedel (*Droit administratif*, 7e éd., 1980, avec P. Delvolvé, p. 280) et R. G. Schwartzenberg, LGDJ, 1970.

dans la mesure où la décision administrative est un authentique acte de volonté, qui ne se réduit pas à la simple application de normes juridiques supérieures mais contient une part de création. La disparition de la catégorie des actes de « pure administration » n'a pas supprimé en effet tout élément de *discrétionnalité* dans l'action administrative : l'administration dispose d'une marge d'appréciation, d'une liberté de choix qui lui appartient en propre et est mise à l'abri de tout débat contentieux. Certes, cette marge varie : elle est dans certains cas inexistante (compétence liée) et le juge administratif a eu tendance à limiter progressivement son étendue ; mais le pouvoir discrétionnaire n'en apparaît pas moins comme un élément fondamental et irréductible de l'action administrative. L'unilatéralité était par ailleurs renforcée par le principe du *secret* qui gouvernait traditionnellement en France le déroulement des procédures administratives : non seulement les administrés étaient privés de tout droit d'accès aux informations administratives, mais encore, en l'absence de texte exprès, l'administration n'était pas tenue de leur indiquer les motifs de ses décisions ; certes, quelques exceptions seront apportées à cette règle et des atténuations imposées par l'exercice du contrôle juridictionnel, mais sans remettre en cause le principe de non-motivation. Or, le secret ne peut que conduire à une relation inégalitaire et à base de dépendance : privée de tout droit de regard sur l'administration, ne connaissant rien des conditions d'élaboration des décisions qui les concernent, les administrés sont tenus de s'en remettre au bon plaisir de l'administration. Cette unilatéralité du rapport juridique ressort de manière particulièrement frappante quand les libertés individuelles ou le droit de propriété sont en cause : le régime de l'expropriation et des servitudes, les compétences étendues données aux autorités de police apparaissent ainsi comme l'expression la plus achevée de la suprématie juridique de l'administration.

2 / L'unilatéralité résulte aussi de la détention par l'administration de la *force matérielle* qui, ramenée dans l'orbite du droit, codifiée par lui, se transforme en privilège juridique. Ce privilège se manifeste sous deux aspects, l'un positif, l'autre négatif. Positivement d'abord, il implique que l'administration puisse faire usage de la force, dans les conditions fixées par l'ordre juridique. Le pouvoir d'exigibilité n'a de sens que s'il est assorti de garanties appropriées, permettant à l'administration d'obtenir la bonne exécution de ses décisions. Ces garanties sont essentiellement de type répressif : des poursuites pénales pourront être exercées contre les contreve-

nants, soit sur la base de textes particuliers, soit par application de l'article R. 26-15° du Code pénal ; mais aussi des sanctions administratives sont fréquemment instituées, qui donnent à l'administration la possibilité de réprimer elle-même les comportements non conformes ; ce pouvoir de *répression administrative*[14], qui a eu tendance à se développer au nom d'une volonté de dépénalisation, exprime de manière ostentatoire, et en dépit de l'exigence de respect des droits de la défense, la suprématie d'une administration investie du droit de punir. Avec l'*exécution forcée*, une étape nouvelle est franchie puisque l'administration va cette fois recourir à la force pour parer au refus d'exécution des administrés. Sans doute la jurisprudence, depuis l'arrêt « Société immobilière de Saint-Just » de 1902, a fixé de strictes conditions à cette exécution qui, à défaut d'être explicitement autorisée par la loi, ne saurait intervenir que si aucune voie de droit n'existe pour sanctionner le comportement de l'administré ou s'il y a urgence : elle n'en témoigne pas moins de la spécificité irréductible que l'administration tire du monopole qu'elle détient sur les moyens de contrainte physique.

A contrario, ce privilège est attesté par le fait que les administrés ne sauraient, ni contraindre l'administration à faire usage de la « force publique », ni retourner celle-ci contre elle. D'une part, le refus d'employer la force publique, pour assurer l'exécution d'une décision de justice ou l'application des lois et règlements, se résout inéluctablement en dommages et intérêts — que ce refus soit ou non fautif ; et cette solution ne fait que traduire plus généralement l'impossibilité de contraindre l'administration à agir, qui a conduit le juge administratif à s'interdire tout pouvoir de substitution ou d'injonction[15]. D'autre part, aucune voie d'exécution forcée n'est envisageable contre l'administration ; aussi l'application des décisions de justice rendues à son encontre se heurte-t-elle à des obstacles, contre lesquels le juge administratif a longtemps buté.

La construction du droit administratif selon une structure unilatérale va favoriser la cristallisation d'un modèle de relation entre l'administration et la société, à base d'autorité et de contrainte : s'exprimant sous la forme de prescriptions obligatoires, parlant à l'impératif, l'administration tend à dicter sa loi au milieu social ; les administrés sont considérés comme des « assujettis », tenus de

14. J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967.
15. J. Rivero, Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, *D*, 1962, I, p. 67 s.

se plier à ses injonctions. Passant par le canal du droit, ce modèle acquiert une dimension normative, qui explique sa reproduction en dehors du contexte même de la relation juridique unilatérale.

CONTOURNEMENT DE L'UNILATÉRALITÉ

S'il est bien situé au principe même du droit administratif et au cœur des processus administratifs, l'acte unilatéral n'est pas, loin s'en faut, le seul mode d'intervention sociale de l'administration : celle-ci a toujours entretenu avec les administrés un autre type de relations, de nature plus égalitaire, fondées sur l'accord de volontés et non plus sur l'imposition unilatérale du pouvoir administratif ; et surtout le développement de l'interventionnisme a entraîné une profonde inflexion des procédés d'action administrative et la modification du sens même des rapports avec les administrés. Cependant, si l'unilatéralité paraît être ainsi de plus en plus contournée par l'avènement de ces nouvelles formes de relations, celles-ci restent, au moins en partie, soumises à son empreinte.

1 / L'unilatéralité a toujours été limitée par la nécessité dans laquelle l'administration se trouve placée de s'assurer certains concours pour remplir les missions qui lui sont confiées : elle ne peut se dispenser de recourir à des entrepreneurs privés pour la construction des ouvrages, la réalisation des travaux, la fourniture des équipements dont elle a besoin pour fonctionner ; et cette exigence entraîne inévitablement l'inflexion du rapport administratif dans le sens de la bilatéralité. Acte synallagmatique, le *contrat* repose sur le libre-échange des consentements et l'égalité des parties : il ne s'agit plus pour l'administration d'imposer sa volonté, par la contrainte et sous la menace de sanctions, mais de négocier avec ses partenaires les termes de leur contribution ; et la réciprocité des engagements pris exclut apparemment tout usage de prérogatives de nature à fausser l'équilibre contractuel. Aussi l'essor récent du contrat, notamment à la faveur du développement de l'interventionnisme économique, semble-t-il indiquer un reflux de l'unilatéralité. Néanmoins, si le contrat manifeste bien la reconnaissance par l'administration de l'existence d'autres volontés avec lesquelles elle accepte de composer, il n'en reste pas moins marqué par le modèle traditionnel de relations. Il convient d'abord de relever que le contrat administratif présuppose l'unilatéralité, puisque celle-ci est un des éléments mêmes de sa définition : la « clause exorbitante

du droit commun » recouvre toujours l'existence d'un pouvoir unilatéral d'action sur le co-contractant ; et la délégation du service public, notamment sous la forme de la concession, comporte un élément fondamental d'unilatéralité qui, matérialisé par la présence de clauses réglementaires (cahier des charges) au cœur du contrat, pèsera d'un bout à l'autre sur son déroulement. Par ailleurs, le régime du contrat administratif reconnaît à l'administration la possibilité d'interventions unilatérales, soit pour mettre fin au contrat, soit pour modifier ses conditions d'exécution : si l'existence de ce pouvoir en l'absence de stipulations contractuelles avait été souvent mise en doute[16], le juge l'a récemment confirmé, en considérant qu'il faisait partie des « règles générales applicables aux contrats administratifs »[17]. Le contrat ne parvient donc pas à s'affranchir réellement de la logique de l'unilatéralité.

2 / Le développement des activités de *prestation* a remis apparemment en cause plus radicalement cette logique. D'une part, les méthodes d'intervention administratives changent du tout au tout : il ne s'agit plus pour l'administration de produire des normes juridiques, de prescrire des obligations de comportement, mais de gérer des activités sociales concrètes, de fournir des services matériels ; la communication entre l'administration et la société ne passe plus par le vecteur du droit mais par la prestation. D'autre part, et corrélativement, le sens de la relation au public s'inverse. Utilisant les services que l'administration met à sa disposition, recourant aux prestations qu'elle lui offre, l'usager apparaît comme le bénéficiaire et le référent ultime de son action : il ne subit plus l'imposition unilatérale des disciplines administratives mais tire au contraire profit d'une gestion qui satisfait ses attentes en lui permettant d'obtenir des biens à des conditions plus favorables que celles du marché ; il y a donc inversion du rapport administratif, puisque les attentes légitimes de résultat sont désormais celles de l'usager vis-à-vis des services publics, et non plus celles de l'administration à l'égard des assujettis. La promotion du régime de service public traduit parfaitement ce renversement : la « loi du service » (Duguit) qui domine la gestion publique signifie que l'administré a des droits à faire valoir à l'encontre de l'administration ; les obli-

16. Voir par exemple F.-P. Benoit, De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs, *JCP*, 1963, I ; n° 1775.

17. CE 2 février 1983, Union des transports urbains et régionaux, *RFDA*, n° 1, 1984, p. 45 note Llorens et 6 mai 1985, Ministre chargé des PTT c/Ricard, *RFDA*, 1985, n° 5, p. 697.

gations de service public ne sont que l'envers d'un statut positif de l'usager qu'elles transcrivent en termes de contraintes pour l'administration. L'élargissement constant de la sphère de la gestion publique paraît dans ces conditions entraîner un véritable basculement de la logique du droit administratif. Cependant, là encore, la prestation reste marquée du sceau de l'unilatéralité. Le service n'a pas suffi à éradiquer la puissance ; et à travers les prérogatives de puissance publique, qui sont, non seulement le corollaire, mais aussi la condition même de l'existence d'un service public, se profile le retour de l'unilatéralité ; l'acte unilatéral est ainsi considéré comme un procédé normal de gestion publique, ce qui montre que la prestation est davantage imposée que négociée[18]. La relation avec l'usager n'apparaît plus, dès lors, fondamentalement différente de celle qui existe avec l'administré ordinaire ; comme lui il tend à être posé en « assujetti », tenu de consommer docilement les prestations qui lui sont offertes.

3 / Le contournement de l'unilatéralité a pris plus récemment des formes nouvelles, avec l'apparition de technique d'*incitation*, qui prennent le relais des commandements juridiques traditionnels. On assiste ainsi au développement d'une « direction juridique non autoritaire des conduites »[19], procédant par voie de recommandations plutôt que de prescriptions : l'administration fixe des « objectifs qu'il serait souhaitable d'atteindre », formule des « directives qu'il serait opportun de suivre », mais sans pour autant leur donner force obligatoire ; renonçant à imposer ou réprimer, préservant la liberté de décision des intéressés, elle compte seulement sur des stimulants divers pour obtenir leur coopération et les amener à adopter l'attitude souhaitée. Il ne s'agit plus de contraindre mais de convaincre : l'administration s'efforce d'emporter l'adhésion des administrés plutôt que d'imposer leur soumission. L'extension de ces techniques s'explique par des arguments techniques et politiques. Plus économique dans son usage, plus souple dans ses effets et sans doute plus efficace dans ses résultats, l'incitation assure un meilleur contrôle des comportements ; elle permet d'éviter les réactions de passivité et de rejet suscitées par la réglementation auto-

18. Comme l'avait parfaitement montré M. Hauriou (*Précis de droit administratif*, Sirey, 1927, 10e éd., p. 444, n. 1), dans l'organisation des services chargés de fournir des prestations « il apparaît toujours quelque contrainte qui révèle le droit de domination ».

19. Selon l'heureuse formule de P. Amselek, L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales, *RDP*, 1982, p. 278 s.

ritaire. Mais elle résulte aussi de la nécessité pour l'administration de tenir compte de l'existence de centres de décision privés avec lesquels elle doit composer. Si cette rétention par l'administration de ses prérogatives juridiques n'est pas indifférente, la relation n'en reste pas moins inégalitaire : la véritable liberté, c'est l'administration qui l'acquiert, à la fois parce qu'elle retrouve une plus grande latitude dans le maniement de la règle et parce qu'elle peut jouer vis-à-vis des administrés d'une stratégie de distanciation calculée ; et la forme juridique de l'incitation reste unilatérale, même si elle est parfois dissimulée derrière une apparence quasi contractuelle.

La diversification des formes d'action administrative ne suffit donc pas à modifier la structure profonde du droit administratif qui, construite sur le monopole de la contrainte, reste fondée sur l'unilatéralité. La question est de savoir dans quelle mesure cette structure elle-même, reflet du particularisme de la position sociale de l'administration, est susceptible d'évoluer ; certains signes semblent indiquer qu'une interprétation plus souple du privilège d'unilatéralité est progressivement en voie de s'imposer.

ATTÉNUATION DE L'UNILATÉRALITÉ

La fin du privilège de l'unilatéralité, par l'avènement d'un droit administratif fondé sur une stricte égalité des droits et des devoirs[20], relève de l'ordre de l'utopie : ce privilège est en effet au principe de l'institution administrative, qui repose sur le monopole de la contrainte ; et sa disparition impliquerait l'abolition de la forme étatique elle-même. Ce qui est en cause est donc moins le privilège lui-même que l'interprétation particulièrement rigide qui en a été donnée en France[21] : une atténuation de cette rigidité est de nature à infléchir le droit administratif dans un sens plus protecteur pour les administrés ; et certains pas ont commencé à être effectués dans cette direction.

1 / La démarche la plus ambitieuse consiste apparemment à limiter la portée des privilèges reconnus à l'administration. En ce qui concerne la décision exécutoire d'abord, si la remise en cause

20. P. Mauroy s'interrogeait au Colloque *Administration et société* (IFSA, 27 janvier 1983) sur l'intérêt de conserver des notions telles que « pouvoir discrétionnaire » ou « acte unilatéral » — notions « choquantes » « à une époque où concertation et négociation sont devenues des règles de conduite politique ».

21. Comme le montre bien la comparaison avec les pays anglo-saxons : en ce sens M. Lefefure, *Le pouvoir d'action unilatérale en droit anglais et français*, Paris, 1961.

du privilège du préalable et du principe du caractère non suspensif des recours est difficilement concevable, sauf à paralyser l'action administrative[22], en revanche, l'extension des possibilités de *sursis à exécution* apparaît comme la contrepartie indispensable pour protéger les droits des administrés, notamment en matière de libertés individuelles. L'attitude excessivement restrictive que le juge administratif continue d'adopter a incité le législateur à prévoir des hypothèses de sursis obligatoire[23] ou à en alléger les conditions d'octroi[24] ; ces avancées législatives ont été complétées par un processus de constitutionnalisation du principe même du sursis, à l'initiative du Conseil constitutionnel[25] : mais seul un changement d'attitude du juge administratif peut donner au sursis la portée qu'il devrait avoir. En ce qui concerne l'usage de la force, les progrès résident moins dans la suppression des hypothèses d'exécution forcée, strictement encadrées par les textes et la jurisprudence, que dans l'amélioration des conditions d'*exécution* par l'administration *des décisions juridictionnelles* : relayant les efforts déjà déployés par le Conseil d'Etat, notamment par l'intermédiaire de son ancienne commission du rapport, le législateur s'est enfin attaqué au problème par la loi du 16 juillet 1980, qui introduit une procédure d'astreinte et prévoit la possibilité de mise en cause de la responsabilité pécuniaire des agents publics ; en dépit des dispositions restrictives du texte sur ces deux points et des conditions très rigoureuses posées par le Conseil d'Etat pour le prononcé d'astreinte, l'innovation n'en est pas moins importante, et l'efficacité du dispositif pourrait être renforcée.

2 Ces privilèges ne sont cependant, on l'a dit, que l'enveloppe formelle de l'unilatéralité ; l'enjeu se situe donc plus en amont, au niveau de la conception même de l'action, dans le déroulement des processus décisionnels ; en rompant à ce niveau avec le mode de commandement de type autoritaire, on vide du même coup les

22. Duguit lui-même ayant buté sur ce problème : partant d'une dénonciation virulente du concept de puissance publique, il en était venu, comme l'ensemble de la doctrine, à admettre le privilège du préalable : sous peine de créer un doute permanent sur la validité des actes des gouvernants, il fallait bien « présumer » leur conformité au droit objectif.

23. Par exemple en l'absence d'étude d'impact (loi du 10 juillet 1976) ou après enquête publique ayant abouti à des conclusions défavorables (loi du 12 juillet 1983).

24. Par exemple en ce qui concerne les actes des autorités décentralisées (loi du 2 mars 1982).

25. Voir la décision du 13 juillet 1987, par laquelle le Conseil constitutionnel estime, à propos des décisions du Conseil de la concurrence, qu'en l'espèce l'existence du sursis est « une garantie essentielle des droits de la défense ».

privilèges de décision exécutoire et d'usage de la force de leur venin. La solution la plus drastique consiste à encadrer plus strictement l'exercice des compétences administratives, afin de réduire la part d'appréciation discrétionnaire dans laquelle s'exprime le pouvoir administratif : et il est certain que le développement du contrôle juridictionnel, par lequel le juge administratif a été amené à suivre l'administration de plus en plus sur le terrain du fait (contrôle de proportionnalité), en établissant un pilotage « à double commande », joue comme élément réducteur de l'unilatéralité — l'administration étant amenée à intérioriser les préceptes juridictionnels dans ses décisions ; mais cette liaison de la compétence administrative a ses limites et surtout ne modifie pas fondamentalement le contexte des rapports avec les administrés. C'est dès lors bien davantage par la conquête de *droits nouveaux* permettant aux administrés d'avoir *prise* sur l'action administrative que passe la véritable atténuation de l'unilatéralité ; et eette voie a été effectivement suivie depuis quelques années, entraînant une transformation en profondeur du droit administratif. D'une part, le principe du secret, garant de l'unilatéralité, a été remis en cause à la faveur des trois grandes lois de la fin des années soixante-dix qui, relatives respectivement à l'accès aux fichiers informatisés (6 janvier 1978), l'accès aux documents administratifs (17 juillet 1978) et la motivation des décisions administratives (11 juillet 1979), traduisent l'émergence de ce qu'on a pu appeler la « troisième génération des droits de l'homme » (G. Braibant), axée sur l'information et la communication et conquise au détriment de l'arbitraire administratif. Avec ces lois, l'information devient la règle et le secret l'exception : les administrés peuvent se prévaloir de dispositions juridiques explicites et positives, s'appuyer sur des institutions de protection et de sauvegarde et recourir à des procédures précises pour obtenir de l'administration les informations qu'ils souhaitent ; fonctionnant désormais sous le regard du public, l'administration est amenée à infléchir en conséquenee ses modes de raisonnement, ses principes de fonctionnement, ses méthodes de décision. Sans doute convient-il de ne pas surestimer la portée de ces textes : non seulement le dispositif comporte des failles non négligeables[26], à travers lesquelles l'arbitraire administratif peut réapparaître, mais encore la transparence ne signifie pas l'établissement d'un réel pouvoir de contrôle sur l'activité administrative ; cependant, les ressources informationnelles dont

26. Ne doivent être motivées que les décisions individuelles défavorables ou dérogatoires ; des secrets font obstacle à la communication des documents, etc. (voir B. Lasserre, N. Lenoir, B. Stirn, *La transparence administrative*, PUF, 1987).

disposent les administrés n'en sont pas moins un élément de rééquilibrage de la relation administrative. D'autre part, les administrés sont dotés d'une capacité nouvelle d'intervention dans les processus administratifs. Cette intervention est d'abord collective et s'effectue par l'intermédiaire de représentants : les procédures consultatives ont eu tendance à se généraliser, donnant naissance à des structures permanentes, intégrées à l'administration et dont l'avis est requis avant toute décision ; si la lourdeur de cette « administration consultative » réduit son efficacité, ces procédures sont doublées par des mécanismes plus souples de concertation, qui transforment les décisions administratives en décisions « négociées », produit d'une élaboration conjointe et fruit d'un compromis entre groupes sociaux. Mais les administrés ont aussi conquis un droit de regard sur les décisions qui les concernent plus directement : tandis que les garanties offertes par l'enquête publique ont été renforcées (loi du 12 juillet 1983), l'introduction du principe du contradictoire pour les décisions individuelles devant être motivées (art. 8 du décret du 28 novembre 1983) étend les droits de la défense ; certes, beaucoup reste à faire, mais un mouvement irrésistible semble pousser au développement d'une « procédure administrative non contentieuse » qui, restée longtemps embryonnaire en France, constitue un moyen essentiel d'atténuation de l'unilatéralité.

Par-delà les garanties indiscutables qu'il offre aux administrés, le droit administratif reste donc caractérisé par une structure dissymétrique et inégalitaire : placé sous le signe de l'unilatéralité, il est fondé sur le double pouvoir de contrainte, juridique et matérielle, reconnu à l'administration ; et même si l'exercice de ce pouvoir est strictement encadré par le droit, il est bien source de privilège pour l'administration. Si ce privilège de l'unilatéralité paraît impossible à éradiquer dans la mesure où il relève de l'essence même du phénomène administratif, en revanche le renforcement des garanties juridiques accordées aux administrés, tant en aval qu'en amont de l'action administrative, peut permettre de le contrebalancer, en contribuant par là à un rééquilibrage en profondeur du droit administratif.

RÉSUMÉ. — *Même si l'existence du droit administratif ne repose plus sur l'idée de privilège, sa structure reste caractérisée par un rapport fondamentalement inégalitaire entre l'administration et l'administré, lié au monopole de la contrainte. Il semble cependant que la reconnaissance de droits nouveaux en faveur des administrés ait pour effet d'entraîner une certaine atténuation de l'unilatéralité.*