

Prof. Dr. Thomas Würtenberger/Wiss. Ass. Stephan Neidhardt, Maître en droit, LL.M.

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Distance et rapprochement entre le droit administratif allemand et le droit administratif français

I. Raisons générales pour une distance ou un rapprochement

En France comme en Allemagne les traditions du droit ont les mêmes sources : l'esprit du droit romain et la théorie politique du siècle des Lumières. Si on considère l'évolution du droit et des constitutions dans les pays de l'Europe centrale et de l'Europe de l'est, on remarque de suite combien de points communs on doit à ces deux sources. Ce qui en France et en Allemagne constitue la base commune du droit public et du droit administratif, doit dans ces pays être encore acquis.

Après le siècle des Lumières l'idée de l'état de droit devient l'élément déterminant dans l'évolution de la constitution en France et en Allemagne. La prééminence de la constitution, la démocratie, l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs et la sauvegarde des droits fondamentaux sont les idées directrices, qui caractérisent l'évolution de la constitution en France et en Allemagne depuis la fin du 18^{ième} siècle. Ces principes se retrouvent toutefois dans les constitutions des deux pays sous une forme très différente¹. Cette remarque est également valable pour le droit administratif qui s'est développé dans les deux pays parallèlement au nouveau droit constitutionnel et en partie suivant les directives que ce dernier lui donnait.

¹ Würtenberger, Konvergenzen oder Dominanz nationaler Rechtstraditionen in Deutschland und Frankreich?, in: Frankreich-Jahrbuch 2001, p. 151 ss.

1. Echanges entre le droit administratif français

Dans une perspective historique il y a de nombreux échanges entre le droit administratif français et le droit administratif allemand. De la multitude des exemples au fil de l'histoire jusqu'au début du 20^{ième} siècle nous ne citerons que deux domaines importants :

a) Le droit de la police administrative

Le droit de la police administrative dans les pays de Bade, de Württemberg et en Bavière a été pendant près d'un siècle influencé par la conception française du droit de la police : Des codes réglementaient les obligations des citoyens pour la sauvegarde de la sécurité publique et autorisaient la police à prendre des sanctions pénales en cas de non respect de ces obligations. La lutte contre les dangers faisait ainsi partie du droit pénal ou plutôt, pour utiliser la terminologie actuelle, du droit des contraventions (*Ordnungswidrigkeitenrecht*). Dans le pays de Bade on a accueilli l'arrivée du modèle français comme un grand évènement dans la libéralisation du droit de la police, le contrôle de la police étant alors confié à la juridiction ordinaire.

C'est devant les tribunaux ordinaires, donc selon les règles de la procédure pénale que le citoyen pouvait se protéger contre les injustices de la police². Le modèle prussien des lois concernant la police impliquant un contrôle de la police devant les tribunaux administratifs ne s'est alors imposé dans ces pays du sud de l'Allemagne qu'après la seconde guerre mondiale³.

² Jolly, Das Polizeistrafgesetzbuch und das Gesetz über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Polizeisachen, 1864, p. 1 ss.

³ Comp. Würtenberger/Heckmann, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6^{ième} Aufl. 2005, n° 19.

b) Dans l'élaboration d'un droit administratif moderne en Allemagne

L'évolution du droit administratif moderne était à la fin du 19^{ième} siècle en Allemagne fortement influencée par le haut niveau de la théorie du droit administratif français, fait qu'il n'y a point besoin d'approfondir ici⁴.

GERARD MARCOU a affirmé à juste titre que l'évolution du droit administratif allemand a subi dans certains domaines l'influence du droit administratif français mais que l'évolution du droit administratif français s'est faite jusqu'à nos jours sans influence notable d'outre - Rhin⁵. Les deux systèmes du droit administratif ont pris des orientations très différentes. Cela se remarque en particulier à la conception différente du contentieux administratif, qui, du point de vue allemand, représente la clef de voûte du droit administratif, à la constitutionnalisation du droit administratif, qui a dans la seconde moitié du 20^{ième} siècle transformé de façon importante le droit administratif allemand et qui est devenue entre – temps aussi sujet à discussion en France. Cela se vérifie également au rôle de la jurisprudence, qui remplace souvent le législateur en Allemagne dans le domaine du droit administratif, alors qu'en France elle observe un respect nettement plus grand devant la loi, et aussi à une forme sensiblement différente des principes généraux du droit administratif élaboré dans les deux pays.

Malgré toutes ces différences on observe toutefois depuis une vingtaine d'années un intérêt grandissant pour l'évolution du droit administratif dans le pays voisin. De nombreuses thèses en France ont pour sujet le droit administratif allemand et l'inverse est vrai aussi⁶. Des groupes de travail franco-allemands, réunissant des juges de Tribunal administratif ou des professeurs de droit public permettent à ces derniers d'approfondir leurs connaissances sur le système de l'autre pays. Il va de soi que des rapprochements s'effectuent alors.

⁴ Comp. seulement *Heyen*, Das französische Verwaltungsrecht in der deutschen Rechtswissenschaft, in: Beaud/Heyen, Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft, 1999, p. 279, 280 ss.

⁵ *Marcou*, Le droit administratif allemand dans la science juridique française, in: Beaud/Heyen (n° 4), p. 257 ss.

⁶ Comp. par exemple *Calmes*, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, 2001, *Capitant*, Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, 2001, *Le Divillec*, Le gouvernement parlementaire en Allemagne, 2004, *Gerstner*, Die Drittschutzdogmatik im Spiegel des französischen und des britischen Verwaltungsgerichtsverfahrens, 1999, *Ladenburger*, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht, 1999, *von Egidy*, Vorlagepflichten und Geheimhaltungsinteressen im Verwaltungsprozess in Deutschland und Frankreich, 2005.

2. Processus de rapprochement

Tandis qu'il y a trente ans on pouvait constater de grandes différences entre le droit administratif français et le droit administratif allemand, différences qui alors paraissaient insurmontables, on peut remarquer ces derniers temps un net processus de rapprochement.

a) L'eupéanisation du droit administratif

La première raison, et c'est la plus importante, est l'eupéanisation du droit administratif. La convergence des droits administratifs européens est soutenue de façon décisive par la volonté communautaire d'harmoniser les différents systèmes nationaux. Le droit administratif, droit autrefois à caractère national qui avait pour fondement exclusif la souveraineté du législateur national, s'aligne de plus en plus sur les procédures du droit européen, le droit administratif européen ainsi que les principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence communautaire⁷. Depuis une vingtaine d'années l'évolution du droit administratif se fait moins d'après des conceptions nationales, au contraire elle trouve ses impulsions et ses repères dans le droit européen. Ces processus d'harmonisation constituent des bases pour un nouveau *Ius commune* européen et en conséquence pour une convergence des droits administratifs nationaux.

Ces mutations progressives du droit administratif sont particulièrement douloureuses et problématiques pour les pays comme la France et l'Allemagne qui ont une longue tradition dans ce domaine du droit tandis que des pays comme le Royaume-Uni, où la conception d'un droit administratif est bien plus récente, sont beaucoup plus ouverts aux changements apportés par le droit communautaire⁸. La doctrine allemande critique alors principalement le fait que, dans de nombreux domaines, le contrôle matériel des actes administratifs selon la volonté du législateur se trouve limité au profit d'un contrôle axé plus sur le respect des procédures prescrites par le droit communautaire. A cause de la

⁷ Parmi une doctrine abondante comp. seulement: *Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2^{ème} édition 2005; *du même* (éd.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996; les allocutions de *Zuleeg* et *Rengeling* à la conférence des professeurs de droit public allemands en 1993 *in*: *VVDStRL* 53 (1994); *Kadelbach*, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999 ainsi que le point de vue critique de *von Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996.

⁸ Sur ce point seulement *Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, (n° 7), p. CXXXV s.

conception traditionnelle du droit administratif allemand cette évolution a été pour beaucoup d'auteurs longtemps inacceptable⁹. Même réserve en France lorsque le droit communautaire ou les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme imposent de plus en plus de changements dans le contentieux administratif traditionnel.

b) Un consensus concernant les fondements du droit administratif

Une deuxième raison, tout aussi importante, pour le rapprochement des deux droits administratifs est une concordance transnationale des principes de base du droit administratif. S'ajoute la nécessité pour le droit administratif de trouver une réponse aux nouveaux problèmes et aux nouveaux dangers. En France comme en Allemagne on convient de l'importance de la protection des données. Il y a certes dans ce domaine aussi des directives européennes. Mais en dehors de ces dernières on ressent la nécessité d'introduire dans nos deux droits des dispositions plus spécifiques, que ce soit en droit des archives, en droit de la médecine ou en droit de la sécurité. Les dangers auxquels le citoyen est exposé avec les méthodes modernes du traitement des données personnelles sont similaires dans les deux pays et les dispositions juridiques prises à ce sujet sont globalement comparables¹⁰. Ce constat vaut de même, en ce qui concerne le droit de la sécurité. Les nouveaux dangers avec la montée du terrorisme entraînent nécessairement des mutations du droit de la police administrative et les dispositions prises pour défier ces dangers dans les deux pays sont comparables. On peut donc affirmer qu'une certaine idée de la légalité administrative née des dangers de la société industrielle moderne mène à l'utilisation d'instruments comparables en droit administratif.

Après cette analyse globale, passons maintenant à une analyse plus détaillée de certains cas significatifs de distance ou de rapprochement entre les droits administratifs français et allemand :

⁹ Pour les références *Würtenberger*, *Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?*, in: *VVDStRL* 58 (1999), p. 139, 160 ss.

¹⁰ Cela vaut par exemple pour la question dans quelle mesure les services sociaux peuvent demander un transfert des données personnelles détenues par l'administration fiscale.

II. Distance et rapprochement dans les méthodes

La discussion sur le rôle et l'importance de la procédure dans la concrétisation et la formation continue du droit a montré dans quelle mesure les différentes approches méthodiques dans la création du droit exercent une influence sur le contenu du droit. Cela nous amène avant les réflexions à ce sujet à nous poser la question suivante : Quelle est la genèse du droit administratif en France et en Allemagne? Est-ce que les droits administratifs français et allemand restent distants l'un de l'autre ou peut-on constater des rapprochements dans ce domaine?

1. Divergences quant à la construction du droit administratif

En France comme en Allemagne des atteintes à la liberté et à la propriété du citoyen ne sont admises que sur le fondement de normes légales résultant d'une procédure conforme à la constitution¹¹. En deçà de ce principe général il y a toutefois de grandes différences dans la formation du corps de règles du droit administratif.

En France le Conseil d'Etat est depuis deux siècles et aujourd'hui encore à l'origine de la majeure partie de la construction du droit administratif. En Allemagne par contre la formation du droit administratif est principalement entre les mains des parlements, qui peuvent cependant la déléguer aux autorités administratives compétentes. En France des compétences nécessaires pour un développement ordonné du droit administratif sont concentrées dans une certaine mesure au sein du Conseil d'Etat tandis qu'en Allemagne le législateur a fréquemment recours à l'aide d'experts externes en demandant des rapports de professeurs d'université et des auditions au parlement. Dans ce domaine il est certain, qu'en Allemagne le problème de la conformité à la constitution et des marges d'appréciation du législateur selon le *Grundgesetz* jouent un rôle beaucoup plus important que cela a été le cas jusqu'à nos jours dans les débats au Conseil d'Etat ou au parlement en France.

¹¹ Au sujet de la réserve de la loi, comp. le rapport français de *Jouanjan*, in: von Bogdandy/Cruz/Villalon, *Handbuch Ius Publicum Europaeum* - Band I, 2007, § 2 n° 106 avec de plus amples références.

2. Divergences quant au rôle attribué à un système dogmatique fermé

D'importantes différences apparaissent également en ce qui concerne l'importance attribuée à un système dogmatique fermé en droit administratif. Tandis qu'en Allemagne on accorde une grande importance à cette question – et pas uniquement dans les discussions entre experts – comme le montre la très grande influence du livre de Eberhard Schmidt-Aßmann intitulé « Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee »¹², en France la saisie pragmatique du Conseil d'Etat demeure la règle quasiment incontestée¹³. Il y a peu de temps l'ancien président de la section du contentieux du Conseil LABETOUILLE a ainsi fait l'éloge de la conception du Vice-Président sortant du Conseil d'Etat RENAUD DENOIX DE SAINT MARC dans les termes suivants où il soulignait que ce dernier était convaincu « que le juge administratif [devait] se garder de l'esprit de système comme des raisonnements abstraits éloignés des réalités »¹⁴.

On peut citer à ce sujet les approches divergentes par exemple dans le domaine des recours administratifs, sujet traité et analysé récemment à la Faculté de Freiburg à l'initiative du Prof. SYDOW dans le cadre d'un projet d'études de droit comparé :

Tandis qu'en Allemagne existe une procédure généralisée de recours administratif préalable prévue par les dispositions de la *Verwaltungsgerichtsordnung* et qui doit normalement être entamée avant qu'un requérant puisse agir devant les Tribunaux administratifs, le droit français, en ce qui concerne les recours administratifs n'est pas clairement fixé. On y trouve des recours obligatoires et non obligatoires soumis à une multitude de procédures différentes – parfois codifiées, parfois non – les uns à côté des autres et sans idée directrice apparente¹⁵. Il est intéressant de noter à ce sujet qu'actuellement, alors qu'en France d'importantes voix plaident en faveur de l'instauration d'un recours administratif préalable généralisé – tout au moins pour les litiges concernant les fonctionnai-

¹² Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2^{ème} édition 2004.

¹³ Comp. seulement Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht*, (n° 7), p. 11, *ibidem* aussi au sujet du rôle de modèle, qu'a eu le Conseil d'Etat pour le travail pragmatique de la CJCE.

¹⁴ Comp. l'interview de Labetoulle donné à l'AJDA 2006, 1693, 1694.

¹⁵ Comp. sur ce point Sydow/Neidhardt, *Verwaltungsinterner Rechtsschutz - Möglichkeiten und Grenzen in rechtsvergleichender Perspektive*, p. 48 ss. au sujet de la disparité du droit français des recours administratifs ainsi que p. 139 ss. au sujet de l'absence d'une convergence européenne en matière de recours administratifs.

res¹⁶, dans de nombreux Länder allemands on souhaiterait supprimer totalement le « *Widerspruchsverfahren* ». Le Land de la Basse-Saxe l'a déjà fait et une telle réforme est à l'essai en Bavière en Moyenne-Franconie¹⁷. Tandis qu'en Allemagne la tendance va donc vers l'abandon du recours préalable systématique, un tel recours pourrait bien être instauré en France. Les deux pays auraient ainsi adopté la position du voisin dans ce domaine sans qu'une convergence apparaisse.

La dogmatisation du droit public allemand a pour conséquence que les représentants allemands à Bruxelles ont des difficultés à accepter des solutions juridiques qui ne peuvent pas s'intégrer dans le système dogmatique allemand. Ces difficultés sont peut-être dues aussi à ce que certaines constructions dogmatiques sont imposées par la constitution. Alors bon nombre de personnes exigent que les représentants de l'Allemagne fédérale mettent tout en œuvre pour trouver des solutions en droit communautaire qui puissent s'adapter à la loi fondamentale¹⁸. Dans ce contexte, on peut estimer, qu'une approche moins dogmatique et plus flexible du droit administratif allemand serait souhaitable.

3. Divergences dans l'interprétation du droit administratif

En France comme en Allemagne il y a des façons très différentes mais également maintenant des façons convergentes d'interpréter l'évolution du droit administratif. En France on a longtemps pensé que le juge était seulement « la bouche de la loi » et qu'il ne se tenait strictement qu'au texte de la loi. Cette façon de voir s'expliquait par l'expérience historique avec les parlements de l'Ancien Régime¹⁹. L'identification de la « loi » avec la « volonté générale » pendant la Révolution française et depuis cette époque et le mythe de la loi, qui en découlait, expliquent en grande partie cette façon de penser. Les arrêts à peine commentés favorisent en outre une nouvelle forme de positi-

¹⁶ Comp. surtout l'appréciation du nouveau Vice-Président du Conseil d'Etat *Jean-Marc Sauvé* lors de son introduction à la fonction, AJDA 2007, 556 f.

¹⁷ *Sydow/Neidhardt*, (n° 15), p. 39 ss.

¹⁸ Sur ce point *Zippelius/Würtenberger*, *Deutsches Staatsrecht*, 31^{ième} édition 2005, § 56 VIII, 4; *Cornils*, AöR 129 (2004), 336 ss.

¹⁹ *Chevallier*, *L'Etat de droit*, 2^{ième} édition 1994, p. 69.

visme dans la jurisprudence²⁰ qui considère l'interprétation uniquement comme un acte de volonté du juge et élimine souvent un débat discursif sur l'interprétation des normes.

Dans ce contexte on peut noter avec FRANÇOIS RIGAUX, que les notions allemandes de *Rechtsfindung* et *Rechtsfortbildung* ne peuvent être que difficilement traduites en langue française²¹. Le fait que l'application de la loi n'est pas uniquement une question de son interprétation, mais également d'une mise en balance des intérêts impliqués n'est thématiqué que récemment: PIERRE KRAMER a ainsi constaté que la „notion de l'application de la loi n'est plus un repère fiable pour le juge“²². L'on s'inquiète alors, que le législateur ait de plus en plus souvent recours à des notions générales et à des principes généraux, ce qui mettrait en danger la force normative des lois²³.

On peut ajouter à cela le fait, que la mise en balance des intérêts impliqués comme élément du processus d'application de la loi ne se rencontre que très peu en France jusqu'à nos jours. La traduction déjà pose un problème: „Peser“ ou „mettre en balance“? Cette difficulté à trouver une terminologie française adéquate pour ce phénomène illustre le fait, que la théorie allemande de l'*Abwägung*, qui se trouve ici en plein essor²⁴, même si elle n'est pas contestée²⁵, ne connaît pas de succès comparable en France²⁶. Cela a probablement trait au fait, qu'une concrétisation au cas par cas de principes généraux visant une flexibilisation de la justice est plutôt vu d'un œil sceptique par la doctrine française.²⁷ Cette retenue ne semble pas être sans fondement, vu que la doctrine allemande de l'*Abwägung* des intérêts en présence mène souvent à une casuistique visant

²⁰ Au sujet de la théorie néo-positiviste pour laquelle le jugement est „un acte de volonté et non de connaissance“ ist: Michel Troper, Une théorie réaliste de l'interprétation, in: Olivier Jouanjan (éd.), Dossier: Théories réalistes du droit, 2000, p. 51 ss.; Patrice Gélard/Jacques Meunier, Institutions politiques et droit constitutionnel, 3^{ème} édition 1999, p. 106; Favoreu, Droit constitutionnel, 3^{ème} édition 2000, p. 115 ss.; comp. cependant Elisabeth Zoller, Droit constitutionnel, 2^{ème} édition 1999, p. 244 ss., avec de plus amples références ainsi que l'approche discursive de Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 4^{ème} édition 1995, p. 417 ss.

²¹ François Rigaux, La loi des juges, 1997, p. 128.

²² Pierre Kramer, L'Etat de la France 2000-2001, 2001, p. 40.

²³ Kramer (n° 22), p. 42.

²⁴ Pour une appréciation générale de la théorie allemande de l'*Abwägung*: Heinrich Hubmann, Wertung und Abwägung im Recht, 1977; Wilfried Erbguth (éd.), Abwägung im Recht, 1996; Bernhard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; Werner Leisner, Der Abwägungsstaat, Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, 1997; Thomas Würtenberger, Auslegung von Verfassungsrecht – realistisch betrachtet, in: FS für Alexander Hollerbach, 2001, p. 223, 230 ss. (au sujet de la mise en balance des intérêts en présence en tant que caractéristique de l'interprétation du droit constitutionnel allemand).

²⁵ Isensee, Vom Stil der Verfassung, 1999, p. 69 s.; Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, p. 49 ss.

²⁶ Kintz, Le principe de confiance légitime dans la jurisprudence administrative française, in: Thomas Würtenberger/Dieter K. Tscheulin/Jean-Claude Usunier (éd.), Wahrnehmungs- und Betätigungsformen des Vertrauens im deutsch-französischen Vergleich, 2001, p. 179, 184.

²⁷ Comp. Calmes, (n° 6), p. 485 ss.

une solution en équité, qui relativise la force normative de la loi et par la même aussi la sécurité juridique *stricto sensu*. Ces réticences françaises face à ce concept s'expliquent probablement aussi par le fait, que celui-ci est étroitement lié à une conception extensive du rôle des juges, qui est généralement rejetée en France, et ce pour de bonnes raisons.

Cette divergence fondamentale se montre très clairement dans les différentes approches en ce qui concerne la sécurité juridique. La jurisprudence de la CJCE dans ce domaine, qui s'est largement inspirée du concept allemand de la confiance légitime a ainsi eu pour conséquence une discussion intensive en France au sujet d'une réception de ce concept au sein du droit français²⁸. En Allemagne on se pose en même temps la question des limites de la protection de la confiance légitime des particuliers. La doctrine française note à ce sujet, que la conception allemande d'une protection casuistique de la confiance légitime s'éloigne sensiblement de l'idée initiale de la sécurité juridique²⁹, en transférant la décision finale à l'administration, voire au juge. Cette critique, qui n'est certainement pas sans fondement, a été l'occasion pour MARTIN BULLINGER, de proposer une réorientation de la conception allemande de la confiance légitime, axée plus sur la sécurité juridique et moins sur l'équité³⁰. Ces différentes conceptions du rôle de la confiance légitime dans le droit en Allemagne et en France vérifient apparemment la thèse contestée de FUKUYAMA et de PEYREFITTE, selon laquelle la société en France serait moins dépendante des relations de confiance entre les différents acteurs que la société allemande³¹.

Mis à part tout cela, il existe surtout des divergences franco-allemandes considérables en ce qui concerne l'impact de la doctrine juridique sur la jurisprudence administrative ou constitutionnelle: Tandis qu'en Allemagne des Professeurs de droit ont souvent une influence décisive sur les décisions du *Bundesverfassungsgericht*, on peut toujours constater en France une position dominante des Conseillers d'Etat, qui sortent généralement

²⁸ Comp. seulement *Puissochet*, „Vous avez dit confiance légitime?“, in: L'Etat de droit. Mélanges Guy Braibant, 1996, p. 581 ss. ainsi que *Woehrling*, La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ?, in: Gouverner, Administrer, Juger - Liber Amicorum Jean Waline, 2002, p. 749 ss.

²⁹ *Pfersmann*, Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand, RFDA 2000, p. 236, 245; au sujet de la protection limitée de la sécurité juridique *stricto sensu*: Favoreu (n° 20), p. 108.

³⁰ *Bullinger*, Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht – Mit einem Reformvorschlag, in: Württenberger/Tscheulin/Usunier (n° 26), p. 139, 153 ss.

³¹ *Peyrefitte*, La société de confiance, in: Württenberger/Tscheulin/Usunier (n° 26), p. 11 ss.; *Lohmann/Schauenberg*, Fukuyama, Vertrauen und dauerhafte Kooperation, *ibidem*, p. 219 ss.

de l'ENA. Ces derniers s'appliquent traditionnellement à suivre l'exemple de leurs prédécesseurs en tant que „grand commis d'Etat“, recherchant ainsi en premier lieu la défense de l'intérêt général et non pas une construction systématique du droit³². L'influence majeure du „grand corps“ des Conseillers d'Etat se manifeste par exemple par le fait, que la quasi-totalité des postes français dans les juridictions européennes sont actuellement détenus par des membres du Conseil,³³, alors que l'Allemagne a de nouveau détaché deux membres des Facultés de droit à Luxembourg en la personne de M. VON DANWITZ et Mme KOKOTT.

III. Distance et rapprochement entre les droits français et allemand de la police administrative

Après ces considérations générales nous pouvons maintenant changer de perspective, afin de nous intéresser de plus près au droit de la police administrative. Le droit comparé dans cette branche du droit, qui traite de la protection de la sécurité intérieure, n'est qu'à ses débuts. Dans ce domaine, des divergences considérables existent entre l'Allemagne d'une part et la France et la plupart des autres Etats-membres de l'Union Européenne d'autre part.

1. Divergences franco-allemandes quant au droit de la police administrative

En Allemagne depuis le début du 19^e siècle, le développement du droit de la police administrative était liée de façon étroite à la construction du *Rechtsstaat*. La limitation des pouvoirs de la police par le droit, c'est à dire par des lois prévoyant la possibilité d'agir en justice contre les actes de l'administration était alors un sujet majeur. Cette limitation était demandée par tous ceux, qui s'exprimaient en faveur d'un Etat de droit libéral en Allemagne. Depuis le dernier quart du 19^e siècle, la jurisprudence notamment du *Preu-*

³² Très intéressant dans ce contexte sont les impressions de l'ethnologue *Bruno Latour*, qui a pu observer le travail des Conseillers d'Etat pendant un an au sein du Conseil; le résultat de cette recherche se trouve dans son livre „La fabrique du droit - Une ethnographie du Conseil d'État“, paru en 2002 chez La Découverte.

³³ L'exception se trouve à la CJCE, où l'avocat général français n'est cependant également pas un représentant des Facultés de droit, mais de la juridiction civile, comp. *Melleray*, Sur une exception française, AJDA 2006, 553.

ßisches Oberverwaltungsgericht à Berlin a contribué de façon décisive à la mise en œuvre de ces idées³⁴.

Etant donné cette tradition libérale du droit de la police administrative en Allemagne, on ne peut s'étonner, que celui-ci fait partie en Allemagne, à la différence de la France et d'autres pays européens, des matières élémentaires des études universitaires de droit, sur un pied d'égalité par exemple avec le droit administratif général ou encore le droit constitutionnel. Ce statut s'exprime notamment par le fait, que le droit de la police administrative fait l'objet d'une multitude de publications spécialisées allant de manuels expliquant le droit des différents Länder allemands à de plus amples traités. En dehors de l'Allemagne, les questions relatives au droit de la sécurité intérieure sont généralement discutées au cas par cas en connexion avec les principes généraux du droit administratif, les problèmes particuliers dans certaines branches plus spécialisées du droit administratif ainsi qu'avec les questions jointes du contentieux administratif. Des structures dogmatiques plus détaillées propres au droit de la police administrative ne sont généralement pas élaborées.

Si l'on se penche sur le développement du droit de la police administrative des dernières années dans nos deux pays³⁵, on constate cependant que ce sont globalement les mêmes problèmes, qui ont occupé les polices française et allemande et que celles-ci y ont souvent réagi de façon comparable. Pour donner quelques exemples: Les interdictions de la mendicité sont soumises en France et en Allemagne à des conditions similaires. De telles interdictions sont justifiées en France avec des considérations de l'ordre public, mais elles restent discutées, ce qui est également le cas en Allemagne³⁶. Tout comme en Allemagne, des conditions particulières sont requises pour justifier une obligation de la police administrative de prendre des mesures initiales, par exemple contre des nuisances sonores³⁷. On peut ajouter à cette liste d'exemples le fait, que les polices de nos pays doivent respecter de la même façon les directives provenant de la Cour Européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg. Ainsi l'interdiction d'une réunion doit non seulement

³⁴ *Württemberg*, Modernisierung des Polizeirechts als Paradigma für die Entwicklung des Rechtsstaates, in: Heckmann (éd.), Modernisierung von Justiz und Verwaltung. Gedenkschrift für Ferdinand O. Kopp, 2007, p. 428 ss.

³⁵ Toujours instructif *Schmitz*, Rechtsstaat und Grundrechtsschutz im französischen Polizeirecht, 1989.

³⁶ CE, 9 juillet 2003, « *M. Lecomte, Association AC Conflent* », AJDA 2003, 2110; *Michallet*, Le contentieux administratif des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité, AJDA 2001, 320 ff.; pour le droit allemand *Württemberg/Heckmann* (n° 3), n° 410 au sujet de l'interdiction de la mendicité agressive.

³⁷ *Melleray*, L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales, AJDA 2005, 71 ss.; pour le droit allemand *Württemberg/Heckmann* (n° 3), n° 498 s.

satisfaire aux exigences du principe de proportionnalité, mais également aux conditions posées par la Cour EDH sous l'Art. 11 de la Convention EDH³⁸.

Si l'on compare l'argumentation juridique relative à l'appréciation de la légalité des mesures de police administrative, il semble que les arguments tirés de la défense de l'ordre public ont longtemps eu un poids plus important en France que dans la discussion allemande. Récemment la notion de l'*öffentliche Ordnung*, qu'on peut rapprocher de l'ordre public français³⁹ a cependant connu une renaissance visible⁴⁰, ce qui mène à une certaine convergence franco-allemande du raisonnement en ce point.

Une telle convergence se manifeste aussi au-delà des mesures classiques de la police administrative. Cette tendance s'illustre par exemple par une intensification comparable des systèmes respectifs de traitement des données face au terrorisme international ou aux menaces de la criminalité organisée. Une convergence des mesures suite à une problématique juridique commune se vérifie également pour ce qui est de l'essor de la vidéo-surveillance des espaces publics les plus menacés par la criminalité ou le terrorisme.

Si l'on regarde cependant de plus près la réglementation en matière de lutte contre le terrorisme, on peut cependant constater des divergences non négligeables. En Allemagne les lois sur les divers services secrets prévoient de façon très détaillée sous quelles conditions et à l'aide de quelles mesures des informations confidentielles peuvent être relevées⁴¹. Est également réglementé de façon précise sous quelles conditions ces données peuvent être transférées aux autorités de la police administrative générale⁴².

En France comme en Allemagne, différents services et administrations sont ainsi chargés de la protection de la sécurité intérieure et extérieure et travaillent de façon assez similaire. Il semble cependant, que ce travail soit beaucoup moins „juridifié” en France qu'en Allemagne, ou les conditions et les mécanismes de contrôle sont généralement définis en détail par le parlement, ce qui n'est pas le cas de „Vigipirate“ en France par exemple⁴³.

³⁸ CE, 30 décembre 2003, AJDA 2004, 888 s., avec une note de *Le Bot*, p. 889 s.; au sujet de la discussion allemande comparable, qui ne s'oriente cependant pas à la Convention EDH: *Württemberg/Heckmann* (n° 3), n° 278 ss.

³⁹ Au sujet de cette notion centrale du droit français de la police administrative comp. *Schmitz*, (n° 35), p. 80 ss.

⁴⁰ *Württemberg/Heckmann* (n° 3), n° 410.

⁴¹ Une vue d'ensemble est proposée par *Württemberg/Heckmann* (n° 3), n° 94 ss.

⁴² Sur ce point *Württemberg/Heckmann* (n° 3), n° 105 ss.

⁴³ Au sujet de Vigipirate *Chetrit*, *Le plan Vigipirate*, Droit et défense 1995, n° 4, p. 57 ss.

Depuis le 11 septembre 2001 le législateur allemand a d'ailleurs pris toute une série de mesures attribuant aux autorités de police de nouvelles prérogatives dans la lutte contre le terrorisme, dont la compatibilité avec le *Grundgesetz* a été largement débattue⁴⁴. En tant que gardien du *Rechtsstaat* allemand, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a limité de façon considérable ces nouvelles prérogatives de la police dans des domaines comme la recherche à grande échelle⁴⁵, les écoutes téléphoniques⁴⁶ ou encore les écoutes au domicile d'un suspect⁴⁷. La Cour constitutionnelle fait ainsi souvent prévaloir les libertés publiques consacrées par les *Grundrechte* du *Grundgesetz* sur la législation en matière de police administrative ayant pour but la lutte contre le terrorisme international ou la criminalité organisée, tandis que les juridictions françaises semblent avoir une position moins restrictive concernant les nécessités d'un combat effectif contre le terrorisme.

2. Développement de standards communs suite à la nouvelle politique de sécurité de l'Union Européenne

Si le rapprochement entre les droits français et allemand de la sécurité intérieure a pour le moment encore un caractère ponctuel et s'il n'y a toujours que peu de standards communs dans ce domaine, cela va probablement changer dans les années à venir. Les causes d'une telle évolution pourraient être notamment les suivantes:

a) La coopération transnationale

Europol, Schengen ainsi que le traité de Prüm prévoient d'importants échanges internationaux d'informations conditionnés par la protection des données personnelles; ils permettent également dans une certaine mesure une coopération transfrontalière des polices européennes et autorisent même des poursuites policières au-delà du territoire national. Cela mène au développement d'un droit transnational de la coopération policière, qui

⁴⁴ Un résumé est proposé par *Middel*, *Innere Sicherheit und präventive Terrorismusbekämpfung*, 2007.

⁴⁵ BVerfGE 115, 320 ss.

⁴⁶ BVerfGE 100, 313 ss.; BVerfG NJW 2007, 2752 ss.

⁴⁷ BVerfGE 109, 279 ss.; critique *Zippelius/Würtenberger*, (n° 18), § 28 II 2 c.

encadre la lutte internationale contre le terrorisme ainsi que la criminalité organisée. L'on peut citer à cet égard la nouvelle possibilité de demander une écoute téléphonique préventive dans un autre Etat⁴⁸ ainsi que l'échange bilatéral permanent d'informations et de données.

Certes, ce développement d'un droit transnational de la coopération policière n'a eu pour le moment que peu d'influence sur le droit national de la police administrative. On peut néanmoins constater que, à travers les discussions préparatives lors de la conclusion des traités internationaux susmentionnés, on a élaboré une base commune de standards européens en ce qui concerne les diverses mesures de la police administrative. Ces standards européens influencent alors à leur tour les différents droits nationaux de la sécurité intérieure.

b) Le nouveau programme de recherche de l'Union Européenne relatif à la sécurité intérieure

En l'état actuel des choses, le droit de la sécurité intérieure n'a été que très partiellement l'objet de l'intégration européenne, l'Union Européenne n'ayant pas de compétence pour l'harmonisation de cette branche du droit. Néanmoins on peut estimer que d'importants processus de rapprochement vont découler du nouveau programme de recherche de l'Union Européenne: Celui-ci a pour but l'amélioration de la protection des citoyens européens face aux dangers provenant du terrorisme, de la criminalité organisée, des catastrophes naturelles ainsi que des risques industriels⁴⁹. Cela implique non seulement l'emploi combiné des meilleures technologies dont disposent les différents Etats-membres dans ce domaine, mais également le développement de nouvelles technologies communes. Afin de faciliter la recherche des innovations nécessaires pour réagir aux nouveaux défis de la sécurité intérieure, tel que le terrorisme international, il faudra aussi améliorer la compétitivité des entreprises européennes dans ce secteur spécifique.

Le programme susmentionné de l'Union Européenne traite non seulement des questions relatives à la protection des données personnelles ou plus largement de la protection de

⁴⁸ *Mokros*, in: *Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts*, 4^{ième} édition 2007, Kap. O, n° 119 ss.

⁴⁹ *Commission Européenne*, C (2006), 6839; comp. aussi *Würtenberger*, (n° 34), p. 438 ss.

la sphère privée des citoyens mais on se demande aussi comment les nouvelles technologies visant à la protection de la sécurité intérieure seront accueillies dans les différents Etats-membres de l'Union. En effet ceux-ci proposent une multitude d'approches juridiques divergentes en matière de sécurité intérieure et ce pour des raisons historiques, culturelles, éthiques ou encore philosophiques.

Si les nouvelles technologies promues par l'Union Européenne doivent être utilisées dans l'ensemble des Etats-membres de l'Union, il faudra alors développer des standards communs régissant leur emploi. Si l'Europe veut être un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice, qui met en œuvre les meilleures technologies de sécurité, une certaine harmonisation de nos droits de la sécurité intérieure sera indispensable. Ce processus aura cependant certainement pour conséquence des divergences de vue entre les différents Etats-membres dues au fait, que le droit de la sécurité intérieure fait partie des branches du droit, qui constituent le noyau dur du droit public national définissant l'identité de l'ordre juridique traditionnel. On peut alors s'attendre à un mouvement de défense ardu de la part des gouvernements nationaux, si les standards de l'Etat de droit en matière de sécurité intérieure sont redéfinis sur le plan européen.

A ce pronostic on peut ajouter la réflexion suivante: Ne pourrait-on pas, parallèlement à ce processus qui permettra de garantir la sécurité intérieure des citoyens grâce à des moyens techniques de plus en plus sophistiqués entreprendre une comparaison approfondie des droits nationaux en la matière et établir ainsi des standards valables pour l'ensemble de l'espace administratif européen. La France et l'Allemagne y joueraient certainement un rôle majeur, puisque les deux pays vont devenir des moteurs de l'innovation dans le secteur des technologies de sécurité, si l'Union Européenne investit en effet d'importantes sommes dans ce domaine, comme le prévoit son programme de recherche. Il faudrait alors réfléchir à temps à l'adaptation des structures nationales du droit de la sécurité intérieure à un standard technologique européen dans ce domaine. Une telle adaptation va indéniablement mener le droit de la police administrative de nos deux pays sur la voie d'une convergence plus poussée que celle, constatée actuellement.