



UNIVERSITÉ FRANCOIS RABELAIS DE TOURS

École Doctorale sciences de l'homme et de la société

Année Universitaire : 2007-2008

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE  
DOCTEUR EN DROIT

# L'EXTENSION DU BLOC DE LÉGALITÉ ADMINISTRATIVE

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement

par **Marc Le Roy**

le 29 novembre 2007

Thèse ayant obtenue la mention très honorable avec les félicitations du jury à l'unanimité.

Directeur de recherche : Monsieur le professeur **Bertrand Seiller**

## JURY :

Monsieur **Joël Carbajo**, Professeur honoraire des universités

Monsieur **Benoît Plessix**, Professeur à l'Université de Nancy II, rapporteur

Monsieur **Bertrand Seiller**, Professeur à l'Université Paris II, Panthéon-Assas

Madame **Agathe Van Lang**, Professeure à l'Université de La Rochelle, rapporteur

Monsieur **Christian Vigouroux**, Président de la 10<sup>ème</sup> sous-section du Conseil d'Etat



*L'université François Rabelais de Tours n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devant être considérées comme propres à leurs auteurs.*



# **REMERCIEMENTS**

*Je tiens tout d'abord à remercier mon directeur de thèse, le Professeur Bertrand Seiller, pour sa disponibilité et ses conseils durant ces cinq années de thèse.*

*Je tiens également à remercier tous ceux qui m'ont soutenu pendant cette période.*



## Liste des abréviations

**AJFP** Actualité juridique fonctions publiques

**AJDA** Actualité juridique du droit administratif

**APD** Archives de philosophie du droit

**BJCP** Bulletin juridique des contrats publics

**BOCCRF** Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

**Bull. Civ.** Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles, sociale et commerciale)

**Bull. Crim.** Bulletin des arrêts de la cour de cassation (Chambre criminelle)

**CCA** Commission des clauses abusives

**CCC** Revue contrat, concurrence, consommation

**Chr.** Chronique

**CJCE** Cour de justice des Communautés européennes

**CJEG** Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

**Concl.** Conclusions

**Ctaire.** Commentaires

**D.** Dalloz

**D. Affaire** Dalloz Affaires

**DA** Revue droit administratif

**DO** Droit ouvrier

**Doc. Fr.** La documentation française

**Dr. Soc.** Droit social

**EDCE** Etudes et documents du Conseil d'Etat

**GAJA** Grandes arrêts de la jurisprudence administrative

**Gaz. Pal.** La gazette du Palais





**IR** Informations rapides

**JCP** La semaine juridique édition générale

**JCP A** La semaine juridique administration et collectivités territoriales

**JCP E** La semaine juridique édition entreprises

**JO** Journal officiel de la République française

**JOCE** Journal officiel des Communautés européennes

**Lamy Coll. Ter.** Revue Lamy édition Collectivités territoriales

**LPA** Les petites affiches

**Obs.** Observations

**Ord.** Ordonnance

**RA** Revue administrative

**RDP** Revue du droit public

**RE** Revue Europe

**Rec.** Recueil des décisions du Conseil d'Etat

**RFDA** Revue française de droit administratif

**RIDC** Revue internationale de droit comparé

**RJEP** Revue juridique de l'entreprise publique / Revue juridique de l'économie publique  
(depuis juillet 2007)

**RJS** Revue de jurisprudence sociale

**RTD Civ.** Revue trimestrielle de droit civil

**S.** Recueil Sirey

**Spéc.** Spécialement

**TDP** Tribune de droit public



# Sommaire

## **PREMIERE PARTIE : UNE EXTENSION PARADOXALEMENT POSSIBLE.....31**

Chapitre I : L'autonomie de la légalité au sein d'un droit administratif hétérogène. ....33

Section I : La difficile autonomisation du droit administratif.....33

Section II : L'autonomisation pragmatique de la légalité administrative .....65

Chapitre II : Une autonomie à l'application partiellement atténuée. ....95

Section I : L'application par le juge de règles de droit privé. ....95

Section II : Une application assumée par le juge administratif. ....119

## **DEUXIEME PARTIE: UNE EXTENSION VOLONTARISTE.....147**

Chapitre I : Des emprunts liés à la défense de l'ordre administratif.....149

Section I : L'application calculée du droit de la concurrence.....150

Section II : L'application préventive du droit pénal. ....183

Chapitre II : Des emprunts tendant à une amélioration de la protection des sujets du droit administratif. ....209

Section I : L'amélioration progressive de la situation de l'utilisateur.....209

Section II : L'amélioration nuancée de la situation des agents.....255

## **TROISIEME PARTIE: UNE EXTENSION SALVATRICE.....293**

Chapitre I : La transformation nécessaire des acteurs du droit administratif. ....295

Section I : La banalisation de l'administration. ....296

Section II : La transformation du juge administratif.....323

Chapitre II : La transformation bénéfique du droit administratif. ....371

Section I : L'adaptation des fondements idéologiques du droit administratif. ....372

Section II : Une nouvelle évolution du droit administratif. ....425



## INTRODUCTION

*Droit public, droit privé, la distinction, dans sa forme classique, était le reflet d'un certain ordre du monde ; or, le monde change. L'ébranlement des cadres juridiques traditionnels est beaucoup plus qu'un épisode des relations entre droit public et droit privé : il y a moins envahissement de l'un par l'autre que bouleversement de l'un et de l'autre. Le publiciste et le privatiste disputent sur ce mur qui sépare leurs champs, et qui, prodige ! se met à bouger ; mais qu'en mesurant l'ampleur de son mouvement, en recensant les lézardes, ils n'oublient pas qu'en général, lorsque les murs bougent, c'est que, dans ses profondeurs, la terre tremble.*

Jean Rivero<sup>1</sup>.

1. « Le droit administratif est un droit exorbitant du droit commun ». Voilà comment cette matière est d'ordinaire présentée aux étudiants de deuxième année de droit. Ces mêmes étudiants apprendront plus tard que le juge de l'excès de pouvoir peut annuler un acte administratif s'il est contraire aux Codes de commerce ou de la consommation, aux Codes des assurances, du travail ou aux Codes civil et pénal. Peut-on alors toujours affirmer que le droit administratif est différent du droit privé ?

2. « Le droit administratif est saisi par le droit privé » : tel semble être le constat de la doctrine à chaque nouvelle application par le juge administratif d'une norme classiquement utilisée par la juridiction judiciaire<sup>2</sup>. L'intégralité de l'activité administrative se trouve confrontée à cette évolution. Le droit administratif des biens, le droit des services publics, le droit public économique, le droit des collectivités locales, le droit des contrats administratifs et le droit opposable aux agents publics ne peuvent plus être abordés sans prendre en compte l'ouverture du droit administratif vers de nouvelles sources de légalité souvent présentées comme étant de droit privé. Ce constat n'est pas nouveau. De

---

<sup>1</sup> Droit public et droit privé : Conquête, ou statu quo ?, D. 1947, chron. p. 69

<sup>2</sup> V. par exemple, Jacques Caillosse, Le droit administratif saisi par la concurrence ?, AJDA 2000, p. 99

nombreux travaux approfondis ont été consacrés à ce sujet<sup>3</sup> mais aucun n'a développé une étude centrée sur les évolutions contemporaines de la légalité administrative. Il semble en effet que, depuis la fin du siècle dernier les références à de nouvelles sources de légalité se multiplient. Les droits de la concurrence et de la consommation, le droit pénal, les droits du travail et des assurances sont devenus des références usuelles du juge administratif. La doctrine ne s'y trompe pas et met régulièrement en parallèle ces différents exemples afin d'illustrer (trop ?) rapidement les évolutions contemporaines de la légalité administrative. C'est ainsi que les jurisprudences *Million et Marais*<sup>4</sup>, *Société des eaux du Nord*<sup>5</sup>, *Beule*<sup>6</sup>, *Lambda*<sup>7</sup> et *Damien*<sup>8</sup> sont régulièrement citées conjointement pour illustrer un phénomène commun : l'ouverture de la légalité administrative au droit privé.

3. Cette évolution claire du droit positif semble pertinente à plus d'un titre dans la mesure où elle s'inscrit dans une tendance globale de dialogue entre deux univers juridiques traditionnellement opposés : le droit privé et le droit public. L'évolution de la légalité administrative n'est pas l'unique représentation de ce phénomène. Certains auteurs ont démontré que le juge judiciaire pouvait appliquer du droit administratif<sup>9</sup>. Le droit de la responsabilité publique est régulièrement rapproché du droit de la responsabilité privée

---

<sup>3</sup> André Hauriou, L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome 3, Sirey, 1934, p. 92 ; Jean Lamarque, Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, Thèse, LGDJ, 1960 ; Jean Waline, Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif, Thèse Paris, 1962 ; C. Connan, La réception du droit privé par le droit administratif français, Thèse Poitiers, 2000

<sup>4</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire ; Sté Million et Marais ; Sté Intermarbres (3 espèces), p.406, RFDA 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; RDP 1998, p.256 note Y. Gaudemet ; AJDA 1997, p. 945 chr. Girardot et Raynaud ; AJDA 1998, p. 247 note Guézou

<sup>5</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G. Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurisp. P. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages

<sup>6</sup> CE 29 décembre 2000, Beule, p.655, LPA 18 mai 2001, p.15 concl. S. Boissard ; DA mai 2000, p. 33 note Hardy ; D. 2001, p. 1265 note Y. Lambert-Faivre ; JCP 2001, p. 499, n°10486 note Bigot et Vincent

<sup>7</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoyne de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

<sup>8</sup> CE Ass. 7 juillet 1995, M. Damiens et autres, p.290, CJEG 1995, p.449 concl. Bonichot ; AJDA 1995, p.692 chron. J.-H. Stahl et Chauvaux ; D. 1996, Som. Com. p.230 obs. Chelle et Prétot

<sup>9</sup> Agathe Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, Thèse, LGDJ, 1996 ; Roland Drago, Le juge judiciaire, juge administratif, RFDA 1990, p. 757

afin d'insister sur leurs similitudes<sup>10</sup>. L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif<sup>11</sup> et l'influence des règles de droit privé dans la conception du droit administratif<sup>12</sup> sont une réalité. Les murs séparant le droit privé du droit public bougent et se lézardent comme l'affirmait déjà Jean Rivero en 1947<sup>13</sup>. Au vu de l'importance de ces évolutions, il est essentiel de délimiter un cadre d'étude, tant il est impossible de les étudier dans leur intégralité. Une fois le sujet délimité (I), il conviendra de mettre en avant l'intérêt de ce dernier (II) afin de proposer une problématique (III) qui justifiera le plan (IV).

### **I- Délimitation du sujet.**

4. Les frontières entre les droits appliqués par les juridictions judiciaire et administrative paraissent de moins en moins étanches tant l'un et l'autre semblent s'influencer. Les rapports entre ces deux systèmes juridiques sont multiples. La procédure contentieuse, le droit de la responsabilité ou le principe de légalité présentent de multiples similitudes qu'il serait intéressant d'étudier. Il est impossible d'aborder l'intégralité de ces relations dans une thèse de doctorat. Chaque domaine évoqué mériterait, à lui seul, plusieurs volumes d'étude. Il convient d'opérer une délimitation pertinente des thèmes à traiter afin de les appréhender au mieux. Cette détermination impose l'exclusion de certains domaines (A) afin de délimiter le sujet retenu (B).

#### **A. Les sujets exclus.**

5. L'étude des convergences entre les droits appliqués par les ordres administratif et judiciaire peut représenter le travail d'une vie. Plusieurs choix doivent être faits afin de

---

<sup>10</sup> Gérard Cornu, Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, Thèse, Paris, 1949, Reims, Matot-Braine, 1951 ; René Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée : les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, Thèse LGDJ, 1957 ; Olivia Sabard, La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle, Thèse, Tours, 2007

<sup>11</sup> Benoît Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2003

<sup>12</sup> Jean-Bernard Auby, La bataille de San Romano, AJDA 2001, p. 912 ; Jean-Bernard Auby, Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites, Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 3 ; Philippe Terneyre, L'utilisation des instruments juridiques de droit privé par les collectivités locales, in Les collectivités locales et le droit. Les mutations actuelles, Dalloz, 2001, p. 115

<sup>13</sup> Droit public et droit privé : Conquête, ou statu quo ?, préc.

présenter un sujet cohérent qui présente un intérêt doctrinal. Il est nécessaire, afin d'opérer une délimitation de notre sujet, d'exclure différents objets (1) et phénomènes (2) du champ de notre recherche.

### 1. Les objets exclus.

6. Le droit de la responsabilité pourrait apparaître comme un univers cloisonné où les juridictions judiciaire et administrative appliquent chacune des règles différentes. Le célèbre arrêt du Tribunal des conflits *Blanco*<sup>14</sup> est souvent présenté comme l'acte de naissance d'un droit administratif différent du droit privé. Or cette décision est rendue en matière de responsabilité administrative. La haute juridiction administrative y affirme que « la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, **ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier** ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; **qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés** ; que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ».

7. Au vu de ce considérant, il paraît difficile d'affirmer qu'il existe des similitudes entre la responsabilité civile fondée sur le Code civil et la responsabilité administrative qui repose essentiellement sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. Plusieurs études ont pourtant démontré que ces deux systèmes n'étaient pas parfaitement étanches. Il arrive à la juridiction judiciaire de se fonder sur les principes de la responsabilité administrative et non sur le Code civil. La décision *Giry* illustre parfaitement ce phénomène<sup>15</sup>. Agathe Van

---

<sup>14</sup> TC 8 février 1873, *Blanco*, D. 1873.3.20, concl. David ; S. 1873.3.153, concl. David ; GAJA n°1

<sup>15</sup> Cass. Civ. 2ème, 23 mai 1956, D. 1957, p. 34 concl. Lemoine, JCP 1956 n°9181, note P. Esmien, RDP 1958, p. 298, note Waline, AJDA 1956, chron. p. 91 ; Prosper Weil, A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence *Giry*, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas, 1975 ; Pour une application récente, V. Cass. Civ. 1ère, 30 janvier 1996, D. 1997, jurisp. p. 83 note Legrand ; V. également, Cass. Civ. 1ère, 6 février 2007, JCP A, mai 2007, p. 19 note O. Renard-Payen



Lang a démontré dans sa thèse de doctorat que le juge judiciaire pouvait appliquer des solutions de droit administratif<sup>16</sup>.

**8.** Plusieurs auteurs ont mis en valeur les influences réciproques qui peuvent exister entre les responsabilités civile et administrative. En effet, si chaque ordre juridictionnel se fonde sur des règles textuellement différentes, il n'est pas rare que le fond de cette règle soit en fait similaire<sup>17</sup>.

**9.** Il existe également des interconnexions entre la responsabilité pénale et le droit administratif. Le juge administratif est tenu par les constatations de fait du juge pénal lorsqu'il statue en matière de responsabilité administrative sans pour autant être tenu par les constatations de droit<sup>18</sup>. Le juge pénal doit, pour sa part, apprécier la légalité des actes administratifs lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis<sup>19</sup>.

**10.** Les mécanismes d'exonération de responsabilité peuvent aussi s'influencer les uns les autres en transcendant le dualisme juridictionnel<sup>20</sup>. Au final, on constate qu'il y a beaucoup à dire sur les influences réciproques des responsabilités administrative et judiciaire. Le contentieux de la responsabilité ne sera pourtant pas retenu dans cette thèse. Les domaines de la responsabilité et de la légalité sont tellement riches et différents qu'ils doivent être abordés individuellement afin de présenter une étude exhaustive et cohérente. Nous retiendrons uniquement les évolutions de la légalité administrative, tant les évolutions contemporaines de cette dernière sont riches et multiples. Pour reprendre la distinction effectuée par Laferrière nous n'étudierons donc pas le contentieux subjectif lié à l'état des personnes mais un contentieux objectif, celui de la légalité<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Agathe Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, Thèse, LGDJ, 1996 ; Roland Drago, *Le juge judiciaire, juge administratif*, RFDA 1990, p. 757

<sup>17</sup> V. René Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée : les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Thèse LGDJ, 1957

<sup>18</sup> TC 14 janvier 1935, Thépez, Rec. p. 224 ; S. 1935, p. 17 note Alibert ; GAJA n°50

<sup>19</sup> Art. 111-5 du Code pénal

<sup>20</sup> V. Olivia Sabard, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Thèse, Tours, 2007

<sup>21</sup> Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, édition de 1886 rééditée en 1989 ; Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la république*, LGDJ, 1997 ; Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, Op. Cit. ; David

**11.** L'étude des influences du droit privé sur la légalité administrative peut être effectuée de diverses façons. Il apparaît que deux thèmes sont particulièrement dignes d'intérêt : le droit processuel et le droit substantiel. Nous avons choisi de privilégier le second aux dépens du premier. L'étude de l'influence du droit privé en matière de droit processuel administratif est un sujet de travail particulièrement riche. On entend par droit processuel le droit qui se rapporte au procès. Gérard Cornu précise dans son *Vocabulaire juridique*<sup>22</sup> que plus qu'une branche du droit, le droit processuel est une science fondée sur le rapprochement comparatif des différentes procédures en droit privé, pénal, administratif. C'est dire si la comparaison de ces mécanismes peut être pertinente. La réforme récente des référés administratifs<sup>23</sup> et la position du juge administratif en matière de modulation dans le temps de l'annulation juridictionnelle d'acte administratif<sup>24</sup> laisse apparaître toute la richesse qu'il pourrait y avoir à établir une étude comparative entre les droits du procès judiciaire et administratif<sup>25</sup>. L'étude de ces relations mériterait une thèse à part entière ; c'est pourquoi nous avons préféré nous concentrer sur l'étude du droit substantiel. Par cette notion, nous entendons le contenu du droit, c'est-à-dire les règles qui encadrent substantiellement la légalité des actes administratifs.

**12.** Nous excluons également de cette étude sur l'évolution de la légalité administrative une approche basée sur l'étude des sources du droit appliquées par le juge de l'excès de pouvoir. L'extension de la légalité administrative peut en effet être étudiée en observant la multiplication des sources et notamment leur internationalisation. Les apports du droit international et principalement des droits communautaires ou issus de la Convention européenne des droits de l'Homme offrent en effet de nombreuses

---

Bailleul, L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, LGDJ 2002

<sup>22</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2003

<sup>23</sup> V. par exemple, le dossier spécial de la RFDA sur ce sujet : La réforme des procédures d'urgence : le nouveau référé administratif, RFDA 2000, p. 941. V ; également, Paul Cassia, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, 2003

<sup>24</sup> CE Ass. 11 avril 2004, Association AC ! et autres, p.197 concl. Devys, AJDA 2004, p. 1183 chr. Landais et Lenica ; DA 2004, n° 115 note Martine Lombard

<sup>25</sup> V. par exemple, Yves Gaudemet, *Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif*, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz 2000, p. 329

perspectives. L'abondance des travaux sur ces thèmes<sup>26</sup> et la richesse du sujet nous ont imposé d'exclure cette approche et de nous concentrer sur une étude basée sur le fonds des règles utilisées par le juge administratif.

13. L'objet de la recherche étant déterminé, nous devons dorénavant préciser dans quelle mesure nous souhaitons étudier ce dernier.

## 2. Les phénomènes exclus.

14. Les ordres administratif et judiciaire ne sont pas cloisonnés, les normes qu'ils appliquent respectivement ont souvent des similitudes qu'il convient de préciser. Comment déterminer ces points de convergence ? Plusieurs approches peuvent être retenues. On peut opposer **l'utilisation** commune d'une règle de légalité et **l'inspiration** d'une règle par une autre. Dans cette dernière situation, la juridiction administrative va reprendre une règle traditionnellement appliquée par le juge judiciaire en élaborant une règle qui s'inspire du droit appliqué par l'ordre judiciaire. Jean-Bernard Auby cite à ce sujet un exemple particulièrement significatif<sup>27</sup>. L'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 portant amélioration de la décentralisation permet aux collectivités locales de surmonter l'impossibilité de principe de constituer des servitudes sur le domaine public par l'emploi d'un mécanisme classique du droit privé, à savoir le bail emphytéotique<sup>28</sup>. Philippe Terneyre a également décrit comment les collectivités locales pouvaient emprunter des formules contractuelles au droit privé<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> V. par exemple, L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?, EDCE 2007 ; Charlotte Denizeau, L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne, LGDJ, 2004 ; Claire Landais et Frédéric Lenica, La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme par le Conseil d'Etat, DA juin 2005, p. 8 ; Martine Cliquennois, La Convention européenne des droits de l'Homme et le juge français, L'Harmattan, 1997 ; Judith Vailhé, La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme, La doc. Fr., 2001

<sup>27</sup> Jean-Bernard Auby, Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites, Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 3

<sup>28</sup> Pour plus de précisions, V. Christian Lavalie, L'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 et l'évolution du droit de la domanialité publique, CGEG mai 1988, p. 163

<sup>29</sup> Philippe Terneyre, L'utilisation des instruments juridiques de droit privé par les collectivités locales, in Les collectivités locales et le droit. Les mutations actuelles, Dalloz, 2001, p. 115

15. L'influence du droit privé sur le droit administratif est une réalité qui est aussi présente que l'hypothèse inverse. Certains évoquent une privatisation ou banalisation du droit opposable à l'action administrative<sup>30</sup> et d'autres une publicisation du droit des comportements privés<sup>31</sup>. Nous ne retiendrons pas ce phénomène d'influence qui est difficilement quantifiable. En effet l'influence est toujours **inconsciemment** présente. Il est difficile pour une autorité normative qui décide de créer une nouvelle règle de ne pas être influencée par des exemples qu'elle a pu observer dans des systèmes étrangers ou dans un ordre juridictionnel qui n'est pas le sien<sup>32</sup>. Comme le précise André Hauriou<sup>33</sup>, le droit administratif français s'est construit tardivement. Comment imaginer qu'il se soit élaboré sans prendre en compte l'influence des autres systèmes juridiques environnants ? Lorsque le législateur décide d'opérer une réforme des référés administratifs, il a obligatoirement à l'esprit un certain nombre de principes qu'il désirera reprendre ou, au contraire, ignorer, pour mettre en place un nouveau système. Nous préférons nous concentrer sur le phénomène plus clair d'**utilisation** de la règle de droit privé par le juge administratif. Encore faut-il préciser ce que nous entendons par ce terme.

16. Nous retiendrons une appréciation « large » du terme utilisation. Il semble ainsi que la juridiction administrative utilise ou applique des textes de droit privé de façon **directe** et **indirecte**.

17. L'application **directe** du droit privé est la plus évidente à analyser car le juge fait une référence directe, dans les visas ou dans le corps de la décision, à une règle traditionnellement appliquée par le juge judiciaire. Le juge fondera sa décision sur telle règle du Code pénal ou du Code de la consommation. L'utilisation est ici incontestable. On parlera alors d'application **directe** ou **explicite** d'une règle de droit privé. Ce phénomène

---

<sup>30</sup> Jean Rivero, Droit public et droit privé, conquête, ou statu quo ?, D. 1947, chron. p. 18 ; Jean Brethe de la Gressaye, Droit administratif et droit privé, in Le droit privé français au milieu du XXème siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, Paris LGDJ, 1950, T. 1, pp. 304-322 ; Jean Morellet, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueil Edouard Lambert, Tome III, LGDJ, 1973, p. 137

<sup>31</sup> René Savatier, Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1950 ; Charles Eisenmann, Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXème au XXème siècle), RDP 1952, p. 903 ; H. Mazeaud, Défense du droit privé, D. 1946, chr. p. 17 ; Georges Ripert, Le déclin du droit, LGDJ, 1949, pp. 37-66

<sup>32</sup> V. Benoît Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Op. Cit., p. 47 et s.

<sup>33</sup> André Hauriou, L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome 3, Sirey, 1934, p. 92

ne reflète qu'une partie de l'application du droit privé par le juge administratif. On peut en effet y adjoindre l'application indirecte.

**18.** L'application **indirecte** du droit privé doit également être prise en compte. Elle est constituée par l'édition de principes généraux du droit qui reprennent une règle de droit privé. Il arrive que la juridiction administrative utilise un principe général du droit dont telle norme ou tel code de droit privé s'inspire<sup>34</sup> ou qui s'inspire d'une telle norme<sup>35</sup>. Quelle que soit la formule utilisée, il est évident que la juridiction administrative reprend une norme de droit privé en la camouflant parfois derrière une formule qui semble impliquer que les juges n'utilisent pas du droit privé mais que c'est ce droit qui s'est lui-même inspiré d'un principe préexistant. Il en est ainsi lorsque le Conseil d'Etat édicte un principe général du droit du travail selon lequel un agent communal non titulaire « a droit, en vertu d'un principe général du droit applicable à tout salarié et dont s'inspire l'article L.141-2 du Code du travail, à un minimum de rémunération qui, en l'absence de disposition plus favorable pour la catégorie de personnel à laquelle l'intéressée appartient, ne saurait être inférieur au salaire minimum de croissance de l'article L.141-2 »<sup>36</sup>. On peut évoquer dans cette situation une application **indirecte, tacite, implicite** ou **déguisée** du droit privé.

**19.** Nous avons précisé que nous n'étudierions pas l'application de normes qui « s'inspirent » du droit privé. On pourrait objecter que l'édition de principes généraux du droit qui reprennent une norme de droit privé « s'inspire » de cette norme. Il existe pourtant une différence essentielle entre les deux phénomènes. D'un côté, le juge applique une règle à l'action administrative qui s'inspire d'une règle de droit privé, mais cette règle est exclusive à l'administration. Elle est conçue uniquement pour s'appliquer à l'action des pouvoirs publics. De l'autre côté, le juge identifie un principe qui transcende la distinction entre le droit public et le droit privé ; c'est donc une même règle qui va s'appliquer à la fois à l'action administrative et à l'action des particuliers. Derrière le principe général du droit se camoufle une règle de droit privé qui est consciemment utilisée. Lorsque le juge

---

<sup>34</sup> V. par exemple, CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours ; CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, rec. p. 152 et les concl. D. Labetoulle p 152 ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre ; V. également, Franck Moderne, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil », in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2006, p. 641

<sup>35</sup> TA de Rennes, 23 juillet 1997, Mme G, AFJP 1998-2, p. 49 note J. Mekhantar

<sup>36</sup> CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, rec. p. 152 et les concl. D. Labetoulle p 152 ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre

applique une règle qui s'inspire du droit privé, elle est pensée et souvent déjà adaptée à l'action administrative et l'influence du droit privé n'est pas forcément consciente dans l'esprit de l'auteur de la règle. Le principe général du droit n'a pas subi d'adaptation ; il est une simple transposition consciente d'une règle de la sphère privée à la sphère publique. A ce titre, il ne semble pas qu'il y ait une différence entre une reprise directe d'une norme de droit privé et une utilisation indirecte par le biais de principes généraux du droit car dans les deux situations, et à la différence d'une « influence », le recours à la règle de droit privé est **volontaire**. Il semble donc que ces deux phénomènes doivent être conjointement étudiés.

20. Il arrive régulièrement que le juge administratif se fonde sur du droit privé pour rendre une décision mais dans des circonstances différentes de celles que nous venons d'évoquer. Jean Rivero a depuis longtemps analysé cette situation<sup>37</sup>. Le juge de l'excès de pouvoir étant compétent pour statuer sur la légalité des actes réglementaires, il lui arrive d'avoir à connaître d'actes qui ne portent pas sur une matière de droit administratif. Ainsi, lorsque le juge statue sur la légalité d'un décret d'application d'une loi portant sur le droit des sociétés ou le droit des successions, le juge devra se fonder sur les codes du même nom pour rendre sa décision. Dans cette situation, Jean Rivero qualifie le juge de « **gardien administratif de la légalité** ». Nous ne reviendrons pas sur ce phénomène qui n'a pas de portée sur le droit administratif en lui-même dans la mesure où le juge ne construit pas du droit administratif dans cette situation. Nous étudierons exclusivement la situation où le juge se place en tant que « **gardien de la légalité administrative** », c'est-à-dire les hypothèses où le juge connaît d'une situation traditionnellement régie par le droit administratif. Dans ce cas de figure, le juge peut opposer du droit privé à une situation administrative ; dans la précédente, il applique du droit privé à une situation de droit privé, ce qui ne présente aucune originalité. L'extension de la légalité administrative se produit uniquement dans les situations où le juge est « gardien de la légalité administrative ».

---

<sup>37</sup> Jean Rivero, *Le juge administratif : Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, tome II, LGDJ, 1974, p. 701. Dans le même sens et pour des exemples concrets, V. Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *Op. Cit.*, pp. 30 et s.

21. Ces précisions effectuées, il est maintenant possible de présenter concrètement le sujet retenu.

### **B. Le sujet retenu.**

22. La légalité administrative conditionne l'action des pouvoirs publics. Elle permet au juge de l'excès de pouvoir de contrôler la légalité des actes administratifs unilatéraux et, sous certaines conditions, contractuels.

23. La légalité administrative s'enrichit et nous nous proposons d'étudier ce phénomène. Le juge de l'excès de pouvoir contrôle la légalité des actes administratifs en se fondant sur un certain nombre de textes qui forment le « bloc de légalité administrative ». Le professeur Blanquer a démontré que la notion de « bloc » utilisée dans l'expression « bloc de constitutionnalité » ne définit pas un ensemble de normes de légalité homogène<sup>38</sup> mais constitue « *une pluralité d'éléments dissemblables* »<sup>39</sup>. On peut porter la même appréciation à la notion de « bloc de légalité administrative ». Les normes de référence qui le compose sont en constante évolution afin de s'adapter aux évolutions et aux attentes de la société. En d'autres termes, la société change et le droit doit s'y adapter. Pour paraphraser Jean Rivero, « lorsque les murs bougent, c'est que, dans ses profondeurs, la terre tremble »<sup>40</sup>. La notion de « bloc de légalité administrative » visée dans cette étude ne renvoie donc pas à une idée d'homogénéité mais prend en compte le caractère cumulatif de règles qui ont un point commun : être des normes de référence dans la contrôle des actes administratifs pas le juge administratif. Nous définirons donc le bloc de légalité administrative comme étant la somme des normes qui encadrent l'édition des actes administratifs et qui à ce titre sont reprises par le juge de l'excès de pouvoir.

24. Nous avons exclu de nous intéresser aux évolutions des sources de la légalité et notamment au droit international. Nous privilégierons une approche centrée sur les mutations de fond du droit. Encore faut-il délimiter ce sujet en sélectionnant un certains nombre d'évolutions. Notre choix s'est orienté vers des droits qui sont classiquement

---

<sup>38</sup> Jean-Michel Blanquer, Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel, *in* Mélanges Jacques Robert, LGDJ, 1998, p. 227

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Jean Rivero, Droit public et droit privé : Conquête, ou statu quo ?, préc.

appliqués par la juridiction judiciaire et qui sont souvent présentés comme des droits privés. Il arrive dorénavant au juge de l'excès de pouvoir de fonder son contrôle sur le droit de la concurrence, le droit de la consommation, le droit des assurances, le droit pénal, le droit du travail et le droit civil. Le juge de l'excès de pouvoir considère qu'une décision de police administrative doit respecter le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 et codifié dans le Code de commerce<sup>41</sup>. Il estime que certaines clauses figurant dans des contrats liant des services publics à des usagers doivent respecter la législation sur les clauses abusives contenue dans le Code de la consommation<sup>42</sup>. Il considère qu'un décret de nomination du Président de la République ne doit pas conduire à placer le nommé à se rendre coupable d'une prise illégale d'intérêt au sens des dispositions de l'article 432-13 du Code pénal<sup>43</sup>. Il considère également qu'un employeur public ne peut pas licencier une femme enceinte en s'inspirant du Code du travail<sup>44</sup> ou qu'une clause contenue dans un contrat entre un gestionnaire de service public et son assureur ne peut violer les dispositions du Code des assurances<sup>45</sup>. Il estime enfin que l'administration ne peut s'affranchir de la prescription trentenaire contenue dans l'article 2262 du Code civil<sup>46</sup>.

25. Nous excluons de cette étude le droit civil qui ne sera que rarement abordé et uniquement en termes de comparaison. Cette exclusion s'explique par la présence d'une étude récente et approfondie sur le sujet. La thèse de doctorat de Benoît Plessix<sup>47</sup> et les

---

<sup>41</sup> CE Sect. Avis 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, p.526, D. 2001, n°26 p.2110, note Nathalie Albert ; RFDA 2001, concl. S. Austray ; RDP 2001, p. 393 note C. Guettier ; AJDA 2001, p. 198 note M.-C. Rouault

<sup>42</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, préc. ; CAA Nantes, 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289

<sup>43</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, préc.

<sup>44</sup> CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours

<sup>45</sup> CE 29 décembre 2000, Beule, p.655, LPA 18 mai 2001, p.15 concl. S. Boissard ; DA mai 2000, p. 33 note Hardy ; D. 2001, p. 1265 note Y. Lambert-Faivre ; JCP 2001, p. 499, n°10486 note Bigot et Vincent

<sup>46</sup> CE 30 mars 1990, Leca, rec. p. 271. Après avoir longtemps appliqué l'article 2262 du Code civil *in terminis*, le juge fait dorénavant référence à un « principe dont s'inspire le Code civil » pour opposer la prescription trentenaire. V. CE Ass. 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France, rec. p. 311 concl. Guyomar ; RFDA 2006, p. 374, obs. Benoît Plessix ; AJDA 2005, p. 1829 obs. Landais et Lenica ; V. également ; Franck Moderne, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil » (autour et à propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France, *in* Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2006, p. 641

<sup>47</sup> Benoît Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Op. Cit.



travaux qui la complètent<sup>48</sup> paraissent suffisamment exhaustifs et ne méritent pas une nouvelle étude qui ne pourrait que reprendre et synthétiser ce qui a déjà été écrit.

**26.** Il est également nécessaire de préciser que par droit de la concurrence, nous entendons le droit de la concurrence interne issu de l'ordonnance de 1986 et codifié au Code de commerce. Pour les raisons que nous avons évoquées plus haut, le droit de la concurrence communautaire ne sera abordé qu'à titre d'exemple et de comparaison.

**27.** Notre analyse se concentrera donc sur les droits de la concurrence et de la consommation, le droit pénal et les droits du travail et des assurances. Ces droits ont un point commun : ils sont traditionnellement appliqués par la juridiction judiciaire. Sont-ils pour autant des textes de droit privé ? Ils sont en tout cas régulièrement présentés comme tels.

**28.** Daniel Labetoulle, dans une communication récente, présente la reprise de ces normes par le juge de l'excès de pouvoir comme étant une « application de règles de droit privé par le juge administratif »<sup>49</sup>. Pierre-Laurent Frier explique que les services publics marchands sont de plus en plus soumis à « des règles de droit privé » comme les droits de la consommation et de la concurrence<sup>50</sup>. René Chapus précise dans son manuel que l'ordonnance de 1986 « a été faite pour régir le comportement des opérateurs économiques (privés ou publics) agissant selon le droit privé et plus précisément, exerçant des activités commerciales (ce que confirme aussi bien que possible l'inclusion actuelle de l'ordonnance de 1986 dans le nouveau Code de commerce). »<sup>51</sup>. Ces indices semblent faire dire à M. Chapus que le droit de la concurrence interne est du droit privé. Dans une thèse récente consacrée au recours pour excès de pouvoir, Antoine Claeys évoque la privatisation du bloc de légalité administrative en s'appuyant sur les droits de la concurrence et de la consommation et le droit pénal<sup>52</sup>. La décision *Société des eaux du*

---

<sup>48</sup> Benoît Plessix note sous CE Ass. 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France, RFDA 2006, p. 374 ; Du même auteur, note sous CE Sect. 19 novembre 2004, Ramond ; Roche (2arrêts), p.430, RFDA 2005, p. 375

<sup>49</sup> Daniel Labetoulle, L'avenir du dualisme juridictionnel, AJDA 2005, p. 1770 et spéc. pp. 1174 et s.

<sup>50</sup> Pierre-Laurent Frier, La juridiction administrative, quel avenir ?, in Regards sur l'histoire de la justice administrative, sous la direction de Grégoire Bigot, LITEC, 2006, p. 333 et spéc. pp. 343 et s.

<sup>51</sup> René Chapus, Droit administratif général, T. 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, pp. 1196-1197

<sup>52</sup> Antoine Claeys, L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir, Thèse, Poitiers, 2005, pp. 760-787

*Nord*<sup>53</sup>, qui marque la première application du droit de la consommation à une activité de service public par le juge administratif, a souvent été présentée comme « une nouvelle application du droit privé par le juge administratif » au même titre que les droits des assurances, de la concurrence, le droit pénal ou le droit du travail<sup>54</sup>. Sophie Nicinski affirme dans son ouvrage consacré au *Droit public de la concurrence* que « le droit de la concurrence est avant tout une discipline de droit privé »<sup>55</sup>. Le titre de son ouvrage laisse pourtant présager des perspectives différentes. Nicolas Charbit dans sa thèse de doctorat consacrée au *Droit de la concurrence et le secteur public* classe le droit de la concurrence comme une matière de droit privé<sup>56</sup>.

**29.** D'autres auteurs sont plus mesurés ; Bertrand Seiller évoque l'extension des sources du droit du service public sans préciser la nature de ces dernières lorsqu'il évoque le recours aux droits de la concurrence, de la consommation, des assurances et au droit pénal<sup>57</sup>. Lorsque le professeur Jean-Bernard Auby évoque l'application du droit pénal par le juge administratif il précise que « dans notre système juridique, le droit pénal est tenu pour droit privé » sans prendre lui-même position<sup>58</sup>. Les auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* ne semblent pas non plus vouloir prendre parti lorsqu'ils affirment que la légalité n'est pas seulement constituée par les normes régissant spécialement l'administration mais aussi par celles qui déterminent « l'ordonnement juridique »<sup>59</sup>.

**30.** Un dernier groupe d'auteurs préfère parler de **règles mixtes** lorsqu'ils en viennent à évoquer l'application de ces matières par le juge de l'excès de pouvoir. Jean-François Lachaume admet que ces matières sont « plutôt rattachées au droit privé » avant d'ajouter

---

<sup>53</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G.Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurisp. P. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages

<sup>54</sup> V. les notamment les notes de Gabriel Eckert, préc., Gilles J. Guglielmi, préc., Mattias Guyomar et Pierre Collin

<sup>55</sup> Sophie Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005

<sup>56</sup> Nicolas Charbit, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, 2002, p. 4 note de bas de page numéro 12

<sup>57</sup> Bertrand Seiller, *Evolution de la conception française du service public et de son dualisme*, JCP A, 16 avril 2007, n° 2097

<sup>58</sup> Jean-Bernard Auby, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions du droit administratif*, AJDA 2001, p. 912

<sup>59</sup> M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 760 et 772

que ces matières développent un **droit « hermaphrodite »**<sup>60</sup>. Certains évoquent un **droit « métissé » ou droit « hybride »**<sup>61</sup>. Philippe Malaurie et Patrick Morvan présentent pour leur part les droits pénal et du travail comme des droits mixtes à la fois publics et privés<sup>62</sup>. Dans le même sens, Didier Truchet précise que le droit de la concurrence, au même titre que le droit pénal, « est devenu un corps de règles générales du droit français »<sup>63</sup>. Pierre Delvolvé dans son ouvrage consacré au Droit public de l'économie, précise que le droit de la concurrence « relève autant, et peut-être plus, du droit privé que du droit public, [...] le droit commun privé est à sa base »<sup>64</sup>. D'autres auteurs ont démontré très tôt qu'il existe un droit privé et un droit public de la concurrence<sup>65</sup>. Pierre-Laurent Frier, évoque, lui, le recours à des « règles de droit privé » lorsqu'il évoque l'application par le juge administratif des droits de la concurrence, de la consommation et des assurances<sup>66</sup>. Il apporte par la suite une précision fondamentale : ces droits seront considérés comme « **hermaphrodites** » lorsqu'ils « tiendront compte des exigences du service public, afin de concilier droits des usagers et intérêt général »<sup>67</sup>. En d'autres termes, ces droits d'essence privée deviendront des droits publics lorsqu'ils s'adapteront aux exigences de l'intérêt général. Cette présentation semble être la plus concluante.

**31.** Force est de constater qu'une grande confusion règne dans la systématisation de ces nouvelles normes de légalité. Au départ, nous avons envisagé d'intituler notre étude *L'extension de la légalité administrative par des sources de droit privé*. Il est apparu qu'il

---

<sup>60</sup> Jean-François Lachaume, La compétence suit la notion..., AJDA 2002, p. 77 ; La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif, in L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 71

<sup>61</sup> V. par exemple, Jacques Caillosse, L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?, in François Lacasse et Jean-Claude Thoening (dir.), L'action publique, L'harmattan, 1996, p. 307 ; Agathe Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, p. 1016, spéc. p. 1042 ; Jacques Caillosse, Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ?, RA, 2002, p. 343, spéc. pp. 353 et s.

<sup>62</sup> Philippe Malaurie et Patrick Morvan, Introduction générale, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2005, 53

<sup>63</sup> Didier Truchet, Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002, p. 539

<sup>64</sup> Pierre Delvolvé, Droit public de l'économie, Dalloz, 1998, n° 442

<sup>65</sup> V. Didier Linotte, Le droit public de la concurrence, AJDA 1984, p. 60 ; J.-M. Rainaud, R. Cristini (dir.), Droit public de la concurrence, Economica, 1987

<sup>66</sup> Pierre-Laurent Frier, La juridiction administrative, quel avenir ?, in Regards sur l'histoire de la justice administrative, sous la direction de Grégoire Bigot, LITEC, 2006, p. 333, spéc. pp. 343 à 345

<sup>67</sup> Ibid., p. 345

était difficile d'affirmer que les droits sur lesquels nous nous penchions étaient des droits exclusivement « privés ». Il est intéressant de noter que l'ensemble des auteurs que nous venons d'évoquer ne définissent pas ce qu'est le « droit privé ». Il est vrai que la définition du droit privé est un travail qui mobilise peu les privatistes. L'administrativiste recherche et recherchera toujours une définition au droit administratif car ce dernier apparaît comme en concurrence constante avec le droit privé. Donner une définition du droit administratif, c'est déterminer un cadre à l'intérieur duquel le droit privé ne peut imposer ces règles. Le droit administratif s'est construit « contre » le droit privé et non l'inverse. Patrick Morvan, auteur d'une thèse de doctorat sur *Le principe de droit privé*, ne définit pas dans son introduction ce qu'il entend par la notion de « droit privé »<sup>68</sup>. Jean-François Cesaro, auteur d'une thèse consacrée au doute en droit privé<sup>69</sup>, ne la définit pas plus. Un administrativiste qui étudierait le principe de droit administratif ou le doute en droit administratif commencerait sans aucun doute son étude par une délimitation de son sujet qui passerait par une définition de ce qu'il considère comme étant du droit administratif. Les études consacrées à l'opposition droit privé - droit public sont cependant nombreuses<sup>70</sup>.

**32.** Selon le dictionnaire Cornu, le droit privé est constitué par « **l'ensemble des règles de Droit qui gouvernent les rapports des particuliers entre eux** »<sup>71</sup>. L'expression de « particuliers entre eux » est ici utilisée pour exclure les activités de service public. Ainsi, les sociétés et divers groupements qui ne gèrent pas de service public sont des groupements de particuliers, les règles qui les « gouvernent » sont considérées comme de droit privé au sens de cette définition. François Terré complète cette définition en ajoutant à la formule retenue par Cornu que le droit privé est aussi le droit qui gouverne « les rapports des

---

<sup>68</sup> Patrick Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999

<sup>69</sup> Jean-François Cesaro, *Le doute en droit privé*, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2003

<sup>70</sup> V. Par exemple, René Savatier, *Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1950 ; Charles Eisenmann, *Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle)*, RDP 1952, p. 903 ; Jean Waline, *Droit public- droit privé institutions publiques- institutions privées le point de vue d'un publiciste*, La pensée de Charles Eisenmann, *Economica*, 1986, p. 147 ; Jacques Ghestin, *Droit public- droit privé institutions publiques- institutions privées le point de vue d'un privatiste* ; *Ibid.* p. 157 ; Jean Rivero, *Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ?*, D. 1947, chron. p. 69 ; Jacques Caillosse, *Droit public - droit privé : sens et portée d'un partage académique*, AJDA 1996, p. 955 ; François Xavier Testu, *La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?* D. 1998, chron. P. 345 ; G. Chevrier, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *jus privatum* et *jus publicum* dans les œuvres des anciens juristes français*, *Archives de philosophie du droit*, 1952, p. 1 ; M. Tropper, *La distinction droit public – droit privé et la structure de l'ordre juridique*, *in* Pour une théorie juridique de l'Etat, PUF, 1994, p. 183

<sup>71</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 4<sup>ème</sup> éd., 2003

particuliers avec les collectivités privées, telles que les sociétés, les associations »<sup>72</sup>. La notion de « particulier » n'est plus retenue lorsqu'intervient un service public. Un agent ou un usager de service public n'est plus considéré comme un « particulier » au sens de cette définition. Il est par contre curieux de constater qu'un agent d'un service public industriel et commercial se voit dans la plupart des cas opposer le droit qui gouverne les particuliers par le juge judiciaire<sup>73</sup>. Ce type d'agent redevient donc un particulier qui a une relation avec un autre particulier au sens de cette définition. Même constat pour l'usager d'un service public industriel et commercial, qui se voit aussi opposer ce droit et qui est considéré comme un particulier ayant une relation avec un autre particulier<sup>74</sup>. Cette définition du droit privé est imparfaite mais elle a pour avantage de se vérifier dans la plupart des cas de figure. Comme l'intégralité de la doctrine, nous considérerons que le droit privé est bien le droit « qui gouverne les relations des particuliers entre eux »<sup>75</sup>. Par rapport à cette définition, peut-on considérer que les différents droits que nous étudions sont des textes de droit privé ?

**33.** On peut affirmer que les droits pénal, de la concurrence, de la consommation, des assurances et du travail encadrent les comportements de particuliers entre eux. Ainsi, le droit pénal interdit à deux particuliers de s'entretuer, les droits de la concurrence et de la consommation organisent les relations entre des particuliers ou leurs groupements. Le droit des assurances organise également les relations contractuelles entre des particuliers (les assurés) et des groupements de particuliers (les assureurs) ; enfin le droit du travail organise les relations entre les salariés et leurs employeurs. Le terme de droit privé paraît donc tout à fait adapté pour désigner notre objet d'étude. Il semble pourtant que ces droits revêtent le caractère de droit privé mais qu'ils ne sont pas **exclusivement** des droits de cette nature.

---

<sup>72</sup> François Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 72 ; Dans le même sens, Christian Larroumet (dir.), Introduction à l'étude du droit privé, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 39

<sup>73</sup> CE Sect. 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, rec. p. 158

<sup>74</sup> CE 20 janvier 1988, SCI La Colline, rec. p. 21

<sup>75</sup> V. Denis Alland et Stéphane Rials, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003, pp. 520 et s. ; Philippe Malaurie et Patrick Morvan, Introduction générale, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2005, p. 49 ; François Terré, Introduction générale au droit, Dalloz, Op. Cit., p. 72 ; Christian Larroumet (dir.), Introduction à l'étude du droit privé, Economica, Op. Cit., p. 39 ; Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Op. Cit. ; Charles Eisenmann, Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle), RDP 1952, p. 903, spéc. pp. 963 et 964

**34.** Si le droit privé est défini comme le droit organisant les relations des particuliers entre eux, cela implique que le droit qui organise les relations des particuliers avec les pouvoirs publics peut être considéré comme du droit public. Le dictionnaire Cornu définit le droit public comme étant « l'ensemble des règles juridiques concernant la complexion, le fonctionnement et les relations des Etats et des organisations ou collectivités qui les regroupent ou les constituent »<sup>76</sup>. La lecture de ces deux définitions, qui sont classiquement retenues par la plupart des juristes<sup>77</sup>, et leur comparaison avec notre objet d'étude laissent apparaître que les droits évoqués peuvent aussi être qualifiés de publics.

**35.** Le droit pénal organise dans sa partie « sanctionnatrice », c'est-à-dire dans la partie de la règle qui définit une sanction, la coercition que prévoit l'Etat lorsqu'une personne commet une infraction. Cette partie de la règle peut donc être considérée comme publique. Pour Eisenmann<sup>78</sup>, le droit pénal est à la fois privé et public. La partie « déterminatrice », c'est-à-dire celle qui détermine l'infraction, est privée si elle vise l'infraction d'un particulier contre un autre particulier et publique si elle vise l'infraction d'un particulier contre l'Etat. La partie « sanctionnatrice » est privée si elle sanctionne le premier comportement et publique si elle sanctionne le second. Il semble plus exact de considérer que la partie déterminatrice d'une règle de droit pénal qui concerne une activité publique est une règle de droit public et que la partie sanctionnatrice est toujours de droit public dans la mesure où elle organise la réaction coercitive de l'Etat. Il est intéressant de constater que depuis 1994<sup>79</sup>, l'article 121-2 du Code pénal prévoit le principe général de la responsabilité pénale des personnes morales, y compris celle des personnes publiques. Il dispose ainsi que « les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement ». L'intégralité du Code pénal peut donc potentiellement concerner les activités publiques, ce qui attribue à ce code une nature duale à la fois publique et privée.

**36.** Le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 est codifié dans le Code de commerce. L'article L.410-1 prévoit que « les règles définies à la présente ordonnance

---

<sup>76</sup> Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Op. Cit.

<sup>77</sup> V. note 71

<sup>78</sup> V. C. Eisenmann, Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle), RDP 1952, p.903, spéc. pp. 965 et s.

<sup>79</sup> V. A. Lévy, L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du code pénal de 1994, DA, juin et juillet 2004 (2 parties), p. 12 et p. 14 ; J.-B. Auby, Le mouvement de "pénalisation" de l'action publique, DA, 1997, p.3 ; J.-Ch. Froment, Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, RDP 2001, p. 555.

s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de la personne publique, [notamment dans le cadre des conventions de délégation de service public]<sup>80</sup>». La rédaction du texte laisse clairement apparaître que le droit de la concurrence concerne les activités des personnes publiques. Il est à ce titre un droit mixte qui est à la fois public et privé. Les juridictions administrative et judiciaire se sont longtemps interrogées sur la portée à donner à cet article<sup>81</sup>.

**37.** Le droit du travail vise également dans certaines situations des personnes publiques. L'article L.131-2 du code précise que l'intégralité du Titre III du Code du travail s'applique « aux établissements publics à caractère industriel et commercial et aux établissements publics qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial ». Le droit du travail n'est donc pas lui non plus exclusivement un droit privé.

**38.** Le droit de la consommation ne semble viser pour sa part que les rapports entre particuliers. La majorité du Code la consommation concerne les consommateurs et les professionnels. Certains auteurs considèrent pourtant que certaines dispositions, comme par exemple la prohibition des clauses abusives, concernent également les contrats conclus par les personnes publiques<sup>82</sup>. Ils estiment que ces dispositions du Code sont inspirées par le droit communautaire et que ce dernier ne détermine jamais le champ d'application d'une règle en fonction de la nature publique ou privée des personnes mais en fonction de leur activité. De plus, certaines dispositions du code comme l'article L.122-1, qui prévoit la prohibition de la vente liée, renvoient leur domaine d'application à l'article L.410-1 du Code de commerce qui vise « les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de la personne publique ». Il est donc difficile de conclure que ce code gouverne uniquement les relations des particuliers entre eux.

**39.** Le Code des assurances ne gouverne pas que les comportements des particuliers entre eux car les personnes publiques concluent des contrats d'assurance qui sont même

---

<sup>80</sup> Cette formulation a été rajoutée au texte original par la loi n° 95-127 du 8 février 1995

<sup>81</sup> V. par exemple, V. Sélinsky, Faut-il tuer le droit administratif pour faire triompher la concurrence ?, JCP E, Cahier de l'entreprise n° 3, p. 21 ; P. Terneyre, La compétence du juge administratif, AJDA 2000, p.701

<sup>82</sup> V. Christian Bettinger, L'introduction des clauses abusives dans le droit des services publics : une révolution aux suites multiples, DA octobre 1993, p. 9 ; François Xavier Testu, La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? D. 1998, chron. P. 345

considérés par la Cour de cassation comme des contrats administratifs car ils sont des marchés publics<sup>83</sup>.

**40.** Il est malaisé de conclure au caractère uniquement privé de ces droits si l'on se base sur les définitions que nous avons retenues : ces droits appartiennent au droit privé mais peuvent aussi être considérés comme relevant du droit public.

**41.** Il est également exclu de se référer à un critère technique qui viserait à affirmer que le droit privé est le droit appliqué par le juge judiciaire. Agathe Van Lang a parfaitement démontré les limites de ce type d'affirmation qui ne donne qu'une vision simpliste de la délimitation du droit privé<sup>84</sup>. Nous tenons au contraire à insister sur le fait que le juge administratif intègre dans son bloc de légalité des textes qui sont à l'origine appliqués par la juridiction judiciaire et qui, à ce titre, ne sont pas pensés pour encadrer l'action administrative. L'utilisation d'un critère technique qui viserait à conclure que le juge judiciaire applique uniquement du droit privé et le juge administratif du droit administratif ne permet pas d'aborder le sujet de cette manière.

**42.** La *summa divisio* droit public droit privé ne paraît pas assez fiable<sup>85</sup> pour tirer des conséquences définitives quant à notre intitulé. Notre étude ne pouvait donc pas se présenter comme un travail portant sur *l'extension de la légalité administrative par le droit privé* car ce titre donne une vision trop imparfaite de notre objet d'étude. *L'extension de la légalité administrative vers des droits non exclusivement publics* ou *vers des droits classiquement appliqués par la juridiction judiciaire voire vers du droit non exorbitant* seraient des intitulés qui reflèteraient plus fidèlement notre recherche mais nous avons estimé que ces formulations « à rallonge » compliqueraient la compréhension du sujet. Néanmoins, nous ne nous interdirons pas dans nos développements d'affirmer que le juge administratif recourt à tel ou tel droit privé car nous avons démontré que l'intégralité des droits que nous étudions sont du droit privé mais ne le sont pas exclusivement. Nous

---

<sup>83</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 23 janvier 2007, Cne. D'Argenton-sur-Creuse, DA mars 2007, p. 19 ; Frédéric Allaire, Les marchés publics d'assurance, Thèse, LGDJ, 2007

<sup>84</sup> V. Agathe Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, Thèse, LGDJ, 1996, p. 14 ; V. également, Jean-François Lachaume, La compétence suit la notion..., préc. ; La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif, in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Op. Cit.

<sup>85</sup> Dans ce sens, V. François Xavier Testu, La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?, préc. ; Jacques Caillosse, Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique, AJDA 1996, p. 955



évoquerons donc indifféremment « une source de droit privé », « un droit non exclusivement public », « un droit mixte » ou « un droit classiquement appliqué par le juge judiciaire » pour désigner le recours à ces nouvelles sources de légalité par le juge administratif.

### **II- Intérêt du sujet.**

**43.** La légalité administrative encadre l'édition des actes administratifs. Ces actes sont le reflet de l'action administrative car ils permettent aux pouvoirs publics d'imposer leurs choix aux administrés afin de faire prévaloir l'intérêt général. La nature de l'action administrative est fonction des règles qui l'encadrent. L'étude de l'évolution de la légalité administrative est particulièrement pertinente car elle fournit une lecture de l'action publique et de son rapport avec son juge. La doctrine ne s'y est pas trompée en fournissant de nombreux écrits sur les objets que nous nous proposons d'étudier (A). Cet intérêt semble particulièrement justifié par la richesse des thèmes abordés mais les différentes études effectuées semblent partielles (B).

#### **A. Un intérêt multiplié.**

**44.** Les études portant sur les divers aspects de l'évolution de la légalité administrative ne manquent pas. Agathe Van Lang s'est penchée dans sa thèse de doctorat sur le sujet inverse du nôtre, à savoir *Juge judiciaire et droit administratif*<sup>86</sup>. Cet ouvrage est un outil de référence précieux car il porte sur l'étude de phénomènes similaires à ceux que nous étudions : l'intervention d'un ordre juridictionnel dans un système juridique qui lui est, *a priori*, étranger. Benoît Plessix et sa thèse sur *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*<sup>87</sup> touche également à l'étude de systèmes juridiques opposés mais son objet d'étude, le droit civil, ne sera pas, pour les raisons évoquées plus haut, repris ici.

---

<sup>86</sup> Agathe Van Lang, Op. Cit.

<sup>87</sup> Benoît Plessix, Op. Cit.

**45.** Peu de travaux portent sur l'application par le juge administratif des droits que nous avons sélectionnés. Jean Waline a bien étudié le phénomène d'application du droit privé par le juge administratif mais cette thèse de doctorat est maintenant âgée de 45 ans<sup>88</sup>. Certes l'étude du phénomène même d'application du droit privé par le juge pourra nous être précieuse, mais elle ne nous sera d'aucune utilité pour travailler sur les droits que nous avons choisis. En effet, seul le droit pénal était à l'époque évoqué par le juge administratif<sup>89</sup>. Jean Lamarque avait quelque temps plus tôt rédigé une thèse sur l'application du droit privé aux services publics administratifs mais l'auteur se penche principalement sur le rôle du juge judiciaire et non administratif<sup>90</sup>. La thèse la plus récente sur les relations entre le droit privé et le droit public a été soutenue par Christophe Connan en 2000<sup>91</sup>, mais cet auteur étudie principalement les influences que peut avoir le droit privé dans la construction de règles administratives.

**46.** Un important travail doctrinal a été effectué sur le phénomène d'application du droit privé par le juge administratif mais il est souvent trop ancien pour analyser l'intégralité du phénomène que nous désirons étudier. Les travaux d'Eisenmann<sup>92</sup> fournissent des informations essentielles sur les rapports entre le droit public et le droit privé et le dualisme juridictionnel. Ces différents travaux portent, en partie, sur le phénomène que nous étudions mais pas sur les droits que nous avons sélectionnés.

**47.** La reprise par le juge administratif des droits que nous avons retenus a été largement étudiée par la doctrine.

---

<sup>88</sup> Jean Waline, Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif, Thèse Paris, 1962

<sup>89</sup> V. par exemple, CE Sect. 9 novembre 1928, Bertrand, rec. p. 1149 ; D. 1929, p. 26 concl. Dayras

<sup>90</sup> Jean Lamarque, Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, Thèse, LGDJ, 1960

<sup>91</sup> Christophe Connan, La réception du droit privé par le droit administratif français, Thèse, Poitiers, 2000

<sup>92</sup> Charles Eisenmann, Le droit administratif et le principe de légalité, EDCE n°11, 1957, p. 25 ; Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXème au XXème siècle), RDP 1961, p. 903 ; Cours de droit administratif, T. 1, LGDJ, 1982 ; Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif, in *Perspectivas del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX*, Homenaje a Enrique Soyagues-Laso, Madrid, Instituto des estudios de administracion local, 1969, p. 419 ; Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, Mélanges offerts à J. Maury, tome 2, Dalloz, 1960, p. 379

48. L'application du droit de la concurrence par le juge administratif est abondamment commentée. Plusieurs thèses de doctorat<sup>93</sup>, des ouvrages complets<sup>94</sup>, un rapport du Conseil d'Etat<sup>95</sup>, des notes de doctrine<sup>96</sup> et des études et chroniques de jurisprudences<sup>97</sup> peuvent être recensés.

49. La reprise du droit de la consommation par le juge administratif bénéficie d'une attention grandissante<sup>98</sup>. L'application du droit du travail est presque exclusivement étudiée au travers de notes de jurisprudence portant sur les entreprises publiques ou des principes généraux du droit<sup>99</sup>. La thèse de doctorat du Doyen Christian-Albert Garbar étudie plus particulièrement le droit applicable au personnel des entreprises publiques et donc l'utilisation par le juge administratif du droit du travail<sup>100</sup>. L'application du droit pénal bénéficie surtout d'une littérature abondante en matière de notes de jurisprudence<sup>101</sup>.

---

<sup>93</sup> Nicolas Charbit, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, 2002 ; David Katz, *Juge administratif et droit de la concurrence*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004 ; Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence*, Dalloz, 2006

<sup>94</sup> Sophie Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ 2005 ; Nicolas Charbit, *Secteur public et droit de la concurrence*, éd. Joly, 1999

<sup>95</sup> *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public du Conseil d'Etat 2002, EDCE n° 53

<sup>96</sup> V. par exemple, Dominique Berlin, *Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence*, AJDA 1995, p. 259 ; Jacques Caillosse, *Le droit administratif saisi par la concurrence ?*, AJDA 2000, p. 99 ; Michel Bazex, *La libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative*, Gaz. Pal. 2001, p. 1154 ; Sophie Nicinski, *Les évolutions du droit administratif de la concurrence*, AJDA 2004, p. 751 ; Jean-Yves Chérot, *Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence*, AJDA 2000, p. 687 ; Michel Bazex, *Le droit public de la concurrence*, RFDA 1998, p. 781

<sup>97</sup> V. notamment, les notes régulières de Michel Bazex et Sophie Blazy dans la revue *Droit Administratif* ; La chronique annuelle de Marie Picard relative au droit interne de la concurrence publiée à la RJP ; les références régulières à la matière faites au BJCP ; L'actualité du droit de la concurrence et de la régulation de Laurent Richer, Pierre-Alain Jeanneney et Nicolas Charbit publié à l'AJDA

<sup>98</sup> François Beroujon, *L'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics*, Thèse, Grenoble II, 2005 ; Sylvandre Perdu, *Le juge administratif et la protection des consommateurs*, AJDA 2004, p. 481 ; Agathe Van Lang, *Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif*, RDP 2004, p. 1015 ; Jacques Amar, *Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation*, CCC, janvier 2002, p. 13 ; Dossier spécial, *les services publics face au droit notamment communautaire de la consommation*, DA octobre 1993, p. 1 ; Jacques Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, Thèse, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2001

<sup>99</sup> V. entre autres, CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours ; CE Ass. 29 juin 2001, Berton, AJDA 2001 p.48 chron. Guyomar et Collin ; Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz 2002, p. 119 note Ch. Garbar ; CJEG 2001 n°584, p.84 concl. Boissard et p. 94 note Maggi-Germain

<sup>100</sup> Christian-Albert Garbar, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996

<sup>101</sup> V. par exemple, CE Ass. 24 janvier 1969, *Ministre du travail contre syndicat national des cadres des organismes sociaux*, p.39, RA 1970, p. 170 conclusions Baudoin ; AJDA 1969, p. 158 chron. Dewost et R. Denoix de Saint Marc ; D. 1969, p. 440 note J. Dutheil de la Rochère ; CE Ass. 6 décembre 1996, *Sté Lambda*, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoyne de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

La reprise de normes issues du Code pénal est également évoquée dans les notes étudiant les différents aspects de la pénalisation de l'action administrative<sup>102</sup>. L'étude de Jean-Charles Froment portant sur la criminalisation du droit administratif est une somme d'informations et d'analyses indispensables à la compréhension de l'utilisation du droit pénal par le juge de l'excès de pouvoir<sup>103</sup>. Il existe également une thèse de doctorat portant sur les relations entre le droit pénal et le droit administratif mais son auteur n'évoque que peu l'application du droit pénal par le juge administratif et se concentre sur le droit administratif répressif<sup>104</sup>. La reprise du droit des assurances n'est pour sa part que faiblement étudiée, tant les applications par le juge de l'excès de pouvoir sont limitées<sup>105</sup>.

**50.** L'intérêt de la doctrine pour cette extension de la légalité vers ces sources classiquement appliquées par le juge judiciaire est justifié par les nombreuses conséquences de cette ouverture.

**51.** Nous l'avons vu, cet enrichissement de la légalité peut être présenté comme une ouverture vers le droit privé suscitant des débats sur la privatisation du droit administratif. Encore une fois, le droit administratif est souvent défini comme un droit « exorbitant » et différent du droit privé ; la doctrine s'interroge donc légitimement sur l'avenir du droit administratif. L'office du juge est également largement étudié. L'utilisation de nouvelles sources de légalité permet au juge de disposer de nouveaux « outils » afin de contrôler l'action administrative. Le fait que le juge administratif utilise des normes qui sont aussi appliquées par le juge judiciaire intéresse également les auteurs car cela peut conduire à théoriser la répartition des compétences juridictionnelles entre les deux ordres<sup>106</sup>. Il n'échappe pas à la doctrine que l'extension des sources de légalité modifie la place des différents acteurs concernés par le droit administratif. L'administration, ses agents, les usagers et les administrés se voient reconnaître de nouveaux droits et imposer de nouvelles

---

<sup>102</sup> J.-B. Auby, Le mouvement de "pénalisation" de l'action publique, DA, 1997, p.3 ; J.-Ch. Froment, Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, RDP 2001, p. 555

<sup>103</sup> J.-Ch. Froment, préc.

<sup>104</sup> G. Dellis, Droit pénal et droit administratif, Thèse, LGDJ, 1997

<sup>105</sup> V. CE 29 décembre 2000, Beule, préc.

<sup>106</sup> V. par exemple, Jean-François Lachaume, La compétence suit la notion..., AJDA 2002, p. 77 ; La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif, in L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 71

obligations, ce qui justifie amplement l'intérêt de la doctrine pour cet enrichissement de la légalité.

52. La multiplicité des conséquences de l'extension de la légalité administrative explique la diversité des études sur le sujet. Pour autant, ces différents travaux semblent insuffisants car leurs auteurs n'ont jamais l'ambition de présenter une étude globale portant sur la pénétration du droit privé dans la légalité administrative.

### **B. Insuffisance des études sur le sujet.**

53. Nous constatons que les travaux portant sur notre sujet d'étude sont nombreux. Pourtant, aucune de ces réflexions ne porte sur le mouvement global que nous venons de présenter, à savoir la multiplication des reprises par le juge administratif de droits traditionnellement appliqués par les juges judiciaires.

54. Les travaux portant sur l'application du droit privé par le juge administratif sont trop datés pour prendre en compte les manifestations contemporaines de l'extension de la légalité administrative ; et, lorsque ces nouvelles sources de légalité sont prises en compte, c'est au cas par cas, sans analyse du mouvement évident de **multiplication des emprunts au droit privé par le juge administratif**. La plupart des commentateurs précisent à chaque nouvelle manifestation de cette évolution qu'elle doit être rapprochée de l'ensemble des droits que nous avons décidé d'étudier sans pour autant en tirer les conséquences. Aucun de ces auteurs ne s'est livré à une étude d'ensemble qui analyse la globalité de ce mouvement. Chaque auteur se penche sur la pénétration d'un droit en particulier et s'efforce d'en présenter les tenants et les aboutissants. Or, en rapprochant ces travaux, on s'aperçoit rapidement que de grandes évolutions communes se dessinent et méritent d'être rapprochées afin de mener une étude d'ampleur permettant d'analyser ce qui semble être une évolution majeure du droit administratif français.

55. Le rapprochement entre les deux droits du marché que sont les droits de la consommation et de la concurrence<sup>107</sup> est évident et, cependant, aucun travail n'étudie

---

<sup>107</sup> V. Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parleani, *Droit du marché*, PUF, 2002

communément leur application par le juge administratif. Pourtant, dès 1993, alors que le juge administratif n'avait jamais pris en considération le droit de la consommation, Pierre Delvolvé précisait que « finalement, les rapports entre droit français et communautaire de la consommation et services publics sont de même type, soulèvent les mêmes problèmes et appellent les mêmes solutions que pour le droit de la concurrence. »<sup>108</sup>. Ces deux matières sont souvent étudiées de concert par les privatistes. Une thèse intéressante a été écrite sur le sujet<sup>109</sup>, mais aucun auteur ne s'est livré à ce type d'étude en chaussant les lunettes du publiciste.

**56.** Au-delà de ces deux matières, le rapprochement des applications par le juge de la légalité du droit pénal et du droit de la concurrence présentent des similitudes importantes notamment dans le cadre de l'évolution du travail de juge de l'excès de pouvoir. Les droits de la consommation et du travail cherchent tout deux à améliorer la situation des sujets du droit administratif que sont les usagers et les agents de service public. Pour finir, on peut insister sur le fait que ces droits ont tous pour point commun d'être à l'origine appliqués par la juridiction judiciaire. Ce constat mérite à lui-seul une étude constructive sur l'évolution de la légalité administrative.

### **III- Construction de la problématique.**

**57.** La légalité administrative est en constante évolution. Le fait que le bloc de légalité encadre les pratiques de l'administration symbolisées par les actes administratifs impose une adaptation constante de la légalité aux transformations de l'action administrative. L'enrichissement de la légalité n'est donc pas un phénomène nouveau. Il est en revanche évident que ce bloc de légalité tend de plus en plus à intégrer des normes traditionnellement appliquées par les juridictions judiciaires. On peut alors s'interroger sur la signification de ce mouvement contemporain. Les notions de droit administratif, de droit privé et de droit public doivent être précisées. Quelle est la place de l'exorbitance du droit administratif dans ce mouvement d'extension de la légalité administrative ? Le droit administratif n'est-il pas, *a priori*, différent du droit privé ? Quelle est la place de la

---

<sup>108</sup> Pierre Delvolvé, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, DA octobre 1993, p. 3 et spéc. p. 7

<sup>109</sup> Marie-Stéphane Payet, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Thèse, Dalloz, 2001

légalité administrative au sein du droit administratif et quelles sont ses rapports avec cette notion d'exorbitance ? L'exorbitance, et donc la différence du droit administratif par rapport au droit privé, est-elle toujours une réalité ?

**58.** Une fois ces problématiques démêlées, on pourra revenir sur la matérialité de l'extension de la légalité administrative. Quelle est son étendue ? Dans quelle mesure le juge administratif recourt-il au droit appliqué par le juge judiciaire ? Quelles sont les normes appliquées et à quels domaines de l'action administrative ? On peut également s'interroger sur les raisons qui amènent le juge à recourir à ces normes. L'enrichissement de la légalité administrative reflète-il une politique jurisprudentielle ?

**59.** Après avoir mesuré l'étendue de cette évolution, on devra s'interroger sur ses conséquences. Le droit administratif est présenté comme un droit exorbitant, c'est-à-dire différent du droit privé. Or la légalité administrative intègre de nombreuses règles de droit privé. Doit-on considérer que le droit administratif n'est plus un droit différent ? Comment justifier l'existence d'un dualisme juridictionnel si les deux ordres appliquent des normes similaires ? Le juge administratif n'est-il pas en train de se « saborder » en niant un des éléments qui justifient son existence, à savoir l'existence d'un droit particulier ? L'importance de la légalité administrative, et notamment le fait qu'elle conditionne l'action des pouvoirs publics, nous impose d'étudier l'évolution de cette action face à l'enrichissement de la légalité administrative. Quelles sont les conséquences de la prise en compte de ces nouvelles sources de légalité sur l'action administrative et son efficacité, sa qualité, son organisation, sa matérialité ? Comment évoluent les relations de l'administration avec ses agents et ses usagers ? En opposant à l'action administrative des normes qui ne sont pas exclusivement administratives, le juge va-t-il toujours dans le sens de l'intérêt général ? Le fait que le juge administratif recourt de plus en plus à ces normes implique-t-il que le droit administratif classique n'est pas assez efficient pour encadrer l'action de l'administration ?

**60.** Finalement, l'ensemble de ces interrogations et les réponses que nous y apporterons permettront de donner une vision des évolutions de la légalité administrative en ce début de XXIème siècle.

#### **IV- Construction du plan.**

**61.** L'accélération de l'extension de la légalité administrative vers des sources de droit privé est un phénomène majeur de l'évolution du droit administratif. Cette affirmation peut étonner, tant le droit privé et le droit administratif paraissent cloisonnés. Il convient donc dans un premier temps d'étudier les rapports entre ces deux systèmes normatifs *a priori* opposés. Il conviendra d'étudier ce qui sépare et ce qui rapproche le droit administratif, la légalité administrative et le droit privé. Ce premier temps du raisonnement permettra de constater qu'il est de moins en moins réaliste de présenter le droit administratif comme un droit autonome. Ainsi, au sein même du droit administratif, la légalité administrative s'ouvre, à l'initiative du juge de l'excès de pouvoir, par diverses méthodes aux droits classiquement appliqués par le juge judiciaire.

**62.** Dans un deuxième temps, il faudra analyser didactiquement l'étendue de cette ouverture aux nouvelles sources de légalité. Nous aurons alors l'occasion d'expliquer les raisons de cet enrichissement du bloc de légalité. On constatera que le juge cherche, d'une part, à défendre activement son domaine de compétence et, d'autre part, à améliorer la protection offerte aux sujets du droit administratif. L'extension de la légalité administrative n'est pas improvisée, elle répond à des objectifs fondamentaux que le juge a su analyser.

**63.** Dans un troisième temps, il conviendra d'analyser les conséquences de cette ouverture à des sources classiquement utilisées par la juridiction judiciaire. La matérialité de la légalité administrative permet de donner une lecture du droit administratif. L'administration, le juge et la conception du droit administratif évoluent du fait de l'extension de la légalité. L'action administrative doit dorénavant agir en respectant un certain nombre de textes qui organisent l'action des particuliers. Loin d'être préjudiciables, ces transformations paraissent au contraire particulièrement bénéfiques pour le droit administratif et ses différents acteurs.

- **Première Partie : Une extension paradoxalement possible.**
- **Deuxième Partie : Une extension volontariste.**
- **Troisième Partie : Une extension salvatrice.**



## **PREMIERE PARTIE**

### **UNE EXTENSION PARADOXALEMENT POSSIBLE.**

**64.** Le droit administratif et sa composante qu'est la légalité administrative sont souvent présentés comme autonomes par rapport au droit privé. Ils seraient constitués de règles originales qui ne reprennent pas les normes organisant les relations des particuliers. La décision *Blanco*<sup>110</sup> prévoit par exemple un régime propre, différent du droit privé, en ce qui concerne la responsabilité administrative. Cette autonomie doit néanmoins être nuancée car il apparaît que la juridiction administrative recourt de plus en plus à des normes qualifiées de droit privé pour exercer son contrôle de légalité sur les actes administratifs. Le Code de la consommation, le Code pénal, le Code de commerce ou le Code des assurances semblent devenir des outils de travail usuels pour le Conseil d'Etat alors que chaque étudiant en droit apprend que le droit administratif est un droit autonome c'est-à-dire différent du droit appliqué par la juridiction judiciaire. On peut clairement affirmer qu'il se produit une véritable extension du bloc de légalité administrative qui tend à intégrer de plus en plus de normes de droit privé. Comment expliquer ces recours fréquents à des textes organisant les rapports entre particuliers ? Le droit administratif n'est-il pas censé être constitué uniquement de règles originales adaptées à l'action administrative et donc différentes du droit privé ? Quelles sont les techniques utilisées par le juge pour intégrer ces normes à la légalité administrative ? Les réponses à ces questions appellent tout d'abord certains éclaircissements : les termes de droit administratif, de droit privé et de légalité administrative doivent être précisés. L'opposition entre le droit administratif, partie intégrante du droit public, et le droit privé n'est pas facile à établir. La légalité administrative doit être pour sa part replacée dans un ensemble plus large qu'est le droit administratif. En effet, la légalité administrative s'insère dans un droit administratif beaucoup plus hétérogène que sa présentation classique ne le laisse paraître. La prise en compte d'une conception large du droit administratif implique que ce dernier intègre du droit privé. L'action administrative se voit fréquemment opposer du droit privé notamment pas le juge de l'excès de pouvoir. C'est donc davantage la légalité administrative qui peut être considérée comme autonome et non le droit administratif en lui-même (Chapitre I). Cette affirmation doit cependant être nuancée car cette autonomie semble partiellement atténuée par la multiplication des recours au droit privé (Chapitre II).

---

<sup>110</sup> TC 8 février 1873, *Blanco*, D. 1873.3.20, concl. David ; S. 1873.3.153, concl. David ; GAJA n°1

## **Chapitre I :**

### **L'autonomie de la légalité au sein d'un droit administratif hétérogène.**

65. Le droit administratif est souvent qualifié d'autonome dans le sens où il est essentiellement différent du droit privé, c'est-à-dire du droit applicable aux particuliers. Si le droit de la responsabilité ou le contentieux administratif sont autonomes, la légalité administrative l'est aussi. Le bloc de légalité administrative est constitué de l'ensemble des normes qui encadrent l'édition d'un acte administratif<sup>111</sup>. Cet ensemble comprend très majoritairement des règles spécifiques à l'action administrative et exclut presque systématiquement de son contenu les règles classiques du droit privé contenues par exemple dans le Code civil ou le Code de commerce. Le droit administratif est constitué par les normes édictées pour encadrer l'action administrative et par le droit opposé par les différentes juridictions à cette action. La légalité administrative n'est qu'un sous-ensemble de ce droit et se résume aux normes opposées par les juridictions administratives à un acte administratif. Or, s'il est difficile d'autonomiser le droit administratif, c'est-à-dire de le réduire aux règles différentes du droit privé (Section I), il est en revanche plus aisé de constater que la légalité administrative est, pour sa part, majoritairement autonome et ne reprend que rarement des textes de droit privé (Section II).

#### **Section I : La difficile autonomisation du droit administratif.**

66. L'autonomisation du droit administratif a été recherchée sur la base de différents critères qu'il convient d'étudier. L'histoire de ce droit est jalonnée de tentatives de délimitation plus ou moins satisfaisantes. Néanmoins il demeure, encore aujourd'hui, difficile de présenter clairement les contours de ce droit. Il est pourtant essentiel de définir un objet dont on se propose d'étudier les évolutions. Une présentation historique des différentes tentatives de systématisation du droit administratif permet finalement d'aboutir à une présentation originale de la matière. Pour arriver à cette conclusion, il convient de rechercher un critère d'autonomisation théorique du droit administratif (I) pour ensuite

---

<sup>111</sup> V. Charles Eisenmann, Le droit administratif et le principe de légalité, EDCE n°11, 1957, p. 25

rechercher ensuite un critère d'autonomisation technique de cette matière (II). Le résultat de chacune de ces deux recherches aboutit à des définitions similaires.

### **I- La recherche d'un critère d'autonomisation théorique.**

**67.** Le droit administratif est à la recherche d'une définition. Depuis ses origines, chaque auteur a essayé de contribuer à l'avancement de ce travail qui consiste souvent en une autonomisation du droit administratif par rapport au droit privé. L'intégralité des manuels<sup>112</sup> traitant de droit administratif commence par une tentative de définition et se conclut par un constat d'échec. Bien que la tâche soit difficile, il est nécessaire, à l'occasion de notre étude, de donner notre propre définition du droit administratif ou, tout du moins, la vision qui paraît être, à notre sens, la plus représentative et la plus intéressante. Pour une présentation exhaustive de la notion de droit administratif il convient tout d'abord d'exposer les différentes tentatives infructueuses d'autonomisation de ce droit (A) pour proposer ensuite notre propre définition qui empêche de parler d'autonomisation par rapport au droit privé (B).

#### **A. Des tentatives d'autonomisation infructueuses.**

**68.** Plusieurs auteurs, constituant autant d'écoles, ont tenté de délimiter le droit administratif. Certaines théories sont plus convaincantes que d'autres. Avant de revenir sur la présentation qui semble la plus concluante, il convient de s'arrêter sur celles qui n'exposent pas une vision exhaustive de la matière. Ainsi, les recours aux notions de puissance publique et de service public ne semblent pas concluants (1). Dans le même sens, la référence à la notion d'intérêt général n'est guère plus satisfaisante (2).

---

<sup>112</sup> V. spéc. Jean Rivero, Jean Waline, Droit administratif, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2006 ; René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001 ; Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, Précis de droit administratif, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2006

## **1. Le recours aux notions de service public et de puissance publique insatisfaisant.**

**69.** L'histoire du droit administratif est jalonnée de tentatives de définition de cette matière. Chaque époque, chaque ouvrage et chaque auteur ont essayé de déterminer ce que recouvre le droit administratif. Parmi ces tentatives, trois retiennent particulièrement l'attention : l'école de la puissance publique (a), l'école du service public (b) et enfin la liaison de ces deux notions (c). Malheureusement, aucune de ces théories ne permet de cerner entièrement le droit administratif.

### **a. La notion de puissance publique.**

**70.** La première tentative de systématisation du droit administratif retenant notre attention repose sur le recours à la notion de puissance publique. Cette théorie, élaborée par Edouard Laferrière<sup>113</sup>, puis par le doyen Hauriou<sup>114</sup>, fait prévaloir l'idée que l'administration peut agir, soit comme un simple particulier, soit par le biais de procédures particulières<sup>115</sup>. L'originalité de ces procédures, (on parle alors d'exorbitance d'action) repose sur le fait que l'administration agit en tant que puissance publique. Cette notion renvoie au pouvoir de coercition légitime qui est le monopole de l'Etat, et par là, aux moyens d'action dont dispose l'administration pour établir sa suprématie sur la société<sup>116</sup>. C'est à ce titre que l'administration dispose par exemple du privilège du préalable qui lui permet d'imposer aux administrés un certain nombre d'obligations sans que ces derniers aient manifesté leur accord et sans qu'un juge ait rendu une décision en ce sens<sup>117</sup>. Hauriou notait ainsi que l'administration dispose contrairement aux particuliers, de la « prérogative de réaliser elle-même ses droits par ses propres moyens et sans avoir recours à l'autorisation préalable du juge »<sup>118</sup>. Cette exorbitance d'action est encadrée par une

---

<sup>113</sup> V. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1<sup>ère</sup> éd., 1887-88, 2<sup>ème</sup> éd., 1896 (2 tomes)

<sup>114</sup> V. Maurice Hauriou, Précis de droit administratif, Sirey, 12<sup>ème</sup> éd., 1933, réédité par Dalloz en 1992

<sup>115</sup> V. concl. David sur TC 8 février 1873, Blanco, S. 1873.3, p. 153

<sup>116</sup> V. Dictionnaire du droit administratif. Op. cit.

<sup>117</sup> CE Ass. 2 juillet 1982, Huglo, p.257, D. 1983 IR p. 270 note P. Delvolvé ; RA 1982, p. 627 note Pacteau

<sup>118</sup> Maurice Hauriou, Précis de droit administratif, Sirey, 1921, p. 353

exorbitance du droit applicable et de la juridiction compétente. Le droit administratif serait donc, selon cette théorie, le droit encadrant l'action de la puissance publique. Cette conception dépasse la théorie visant à distinguer les actes d'autorité et les actes de gestion élaborée sous le premier Empire par le Baron Locré et Henrion de Pansey<sup>119</sup> et théorisée sous le second par T. Ducrocq et Léon Aucoc<sup>120</sup>. Cette théorie prévoyait que, lorsque l'administration renonce à agir par le biais de ces actes d'autorité, elle perd le bénéfice de l'application d'un droit spécifique et se retrouve soumise au droit commun comme n'importe quel particulier. Edouard Laferrière réinterprète<sup>121</sup> cette distinction en se basant sur un critère substantiel et non pas finaliste. Il affirme que « le caractère administratif résulte de la nature même de l'acte, et non pas uniquement de la qualité de son auteur ou du but qu'il propose. »<sup>122</sup>. C'est à partir de ce critère que les actes de l'administration échappent à la compétence du juge judiciaire et se voient appliquer un droit différent du droit privé. Hauriou adhéra pleinement à cette conception avant de la dépasser en 1899 dans un court ouvrage<sup>123</sup>. Nous y reviendrons<sup>124</sup>.

**71.** Cette théorie de la puissance publique a pour inconvénient de rejeter en dehors de la sphère du droit administratif la gestion du service public. De plus, certains principes essentiels du droit administratif semblent exclus du fait du recours à ce modèle. Or le domaine privé des personnes publiques se voit opposer une règle fondamentale du droit administratif, l'insaisissabilité<sup>125</sup>. Pourtant, ces biens sont gérés comme les biens d'un simple particulier et sont soumis essentiellement au droit privé. Il arrive donc qu'une personne publique qui n'agit pas dans le cadre de ces pouvoirs de puissance publique soit tout de même protégée par des règles exorbitantes du droit commun. En outre, les biens affectés à l'usage d'un service public géré par une personne privée ne bénéficient, par

---

<sup>119</sup> V. Grégoire Bigot, Introduction historique au droit administratif depuis 1789, PUF, 2002, p. 70

<sup>120</sup> V. François Burdeau, Histoire du droit administratif, PUF, 1995, pp. 131-132

<sup>121</sup> V. Grégoire Bigot, Introduction historique au droit administratif depuis 1789, Op. Cit., pp. 189 et s. ; François Burdeau, Histoire du droit administratif, Op. Cit., pp. 333 et s.

<sup>122</sup> V. Edouard Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, Berger-Levrault et Cie, 2 t., 1896, réédition LGDJ, 1989, p. 429

<sup>123</sup> Maurice Hauriou, La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif, Paris, L. Larose, 1899

<sup>124</sup> V. 77 et s.

<sup>125</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, BRGM, JCP 1989-II-21183 note B. Nicod

définition<sup>126</sup>, d'aucune protection de domanialité publique ou de propriété publique, à la différence des biens affectés à un même service, mais gérés par une personne publique. Comment expliquer l'alternance d'application du droit privé et du droit administratif par le biais de la théorie de la puissance publique ? L'école de la puissance publique la justifie par la place de la propriété publique mais cette dernière ne justifie pas entièrement l'opposition d'un droit exorbitant.

**72.** Finalement, cette école a pour principal inconvénient de présenter le droit administratif comme un droit du privilège<sup>127</sup> encadrant l'action administrative pour la faire jouir de privilèges d'action. L'apparition du critère de service public est venue corriger les effets néfastes de la théorie de la puissance publique sans néanmoins donner une définition claire du droit administratif.

#### **b. La notion de service public.**

**73.** Le recours à la notion de service public permet de se déplacer des moyens d'action détenus par l'administration vers ses finalités. Le service public est défini par la jurisprudence comme une activité d'intérêt général assurée par ou pour une personne publique dans le cadre d'un régime exorbitant du droit commun<sup>128</sup>. Plus précisément, le service public serait une activité qui constitue selon les pouvoirs publics un intérêt jugé public. Cette considération justifie la présence d'un régime en partie dérogatoire au droit privé. Ainsi, le droit administratif trouve sa justification dans le fait que l'administration au sens large, c'est-à-dire toute personne gérant un service public, assure des missions d'intérêt général<sup>129</sup>. Le droit administratif serait alors le droit encadrant l'action des services publics. Dans un premier temps, la jurisprudence recourt fréquemment à cette

---

<sup>126</sup> D'une part, pour qu'un bien soit intégré au domaine public il faut obligatoirement qu'il soit la propriété d'une personne publique. V. CE Ass. 23 octobre 1998, EDF, p. 364, AJDA 1998, p.1017 concl. Jacques Arrighi de Casanova. D'autre part, un bien qui est la propriété d'une personne privée ne peut pas jouir de la protection attribuée aux biens qui sont la propriété d'une personne publique.

<sup>127</sup> V. Jacques Chevallier, *Le droit administratif, droit de privilège ?*, Pouvoirs n° 46 1988, p. 57

<sup>128</sup> CE Sect. 28 juin 1963, Narcy, rec. p. 401 ; RDP 1963, p. 1186 note Marcel Waline. Sur le dernier critère et son évolution, V. CE Sect. 22 février 2007, APREI, RFDA 2007 p. 803 note C. Boiteau

<sup>129</sup> V. Jacques Chevallier, *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, tome 2, PUF, 1979, p. 3. et spéc. p. 12

notion. Ainsi, les arrêts *Terrier*<sup>130</sup>, *Feutry*<sup>131</sup> et *Thérond*<sup>132</sup> justifient la compétence de la juridiction administrative et l'application du droit administratif par le fait qu'un service public est en cause. Le Conseil d'Etat considère ainsi dans la décision *Thérond* qu' « en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées avec le sieur Thérond, la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public ; qu'ainsi les difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence du Conseil d'Etat »<sup>133</sup>.

**74.** Dans un second temps, la doctrine fait de cette notion la « pierre angulaire du droit administratif »<sup>134</sup>. Cette école est essentiellement défendue par Léon Duguit, doyen de la faculté de droit de Bordeaux<sup>135</sup> et Gaston Jèze<sup>136</sup>. Elle a pour principal avantage de fournir une justification à la puissance des pouvoirs publics : l'administration dispose de certains pouvoirs, exorbitants du droit privé, afin de mener à bien des activités de service public dans le sens de l'intérêt général.

**75.** Malheureusement, cette théorie trouve très rapidement ses limites dans les évolutions profondes du droit administratif du début du vingtième siècle. Ainsi, les développements de la gestion par des personnes privées de services publics<sup>137</sup> et l'apparition de la notion de service public industriel et commercial<sup>138</sup> viennent démontrer que le régime juridique des services publics n'est pas uniquement soumis au droit administratif et peut se voir opposer du droit privé par les juridictions judiciaires.

---

<sup>130</sup> CE 6 février 1903, *Terrier*, p.94, S. 1903-3, p. 25 concl. Romieu et note Hauriou. Dans cet arrêt, le contentieux contractuel des départements est transféré à la juridiction administrative.

<sup>131</sup> TC 29 février 1908, *Feutry*, RDP 1908, p.206 note Jèze. Dans cette décision, c'est le contentieux extracontractuel des collectivités locales qui est transféré.

<sup>132</sup> CE 4 mars 1910, *Thérond*, p.193, RDP 1910, p. 249 note Jèze ; S. 1911-3, p. 17 concl. Pichat et note Hauriou. Cette décision applique le principe dégagé dans la décision *Terrier* ( préc.) en l'étendant à un contrat passé par une commune.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> V. Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, Berger-Levrault, 1914, p. X

<sup>135</sup> V. Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, de Boccard, 1928

<sup>136</sup> V. Gaston Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, op. cit.

<sup>137</sup> CE Ass. 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », p.417, RDP 1938, p. 830 concl R. Latournerie

<sup>138</sup> TC 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, D. 1921-3, p. 1 concl. Matter



76. Vu que ces deux notions sont incapables de fournir un critère de délimitation du droit administratif, plusieurs auteurs en sont venus à recourir à la combinaison des deux notions afin de définir de façon plus satisfaisante le droit administratif.

**c. La liaison des deux notions.**

77. Le doyen Hauriou et Gaston Jèze en sont arrivés à la même conclusion : les notions de puissance publique et de service public se nourrissent l'une l'autre<sup>139</sup>. Ainsi, la puissance publique serait uniquement justifiée par la présence d'un service public et la notion de service viendrait limiter la notion de puissance en ce sens que cette dernière ne peut s'exercer que dans le cadre de ce service public<sup>140</sup>.

78. Hauriou affirme ainsi que la puissance publique est « la force même qui entraîne les services publics »<sup>141</sup>. Il en résulte donc que le droit administratif pourrait être défini comme un ensemble de règles complexes trouvant leur délimitation dans ces deux notions. Le recours à cette liaison ne nous semble pas utilisable pour notre étude car il aboutit moins à définir clairement le droit administratif qu'à justifier l'action administrative. Cette théorie n'est en fait d'aucune utilité pour définir le droit administratif. Elle ne le théorise pas mais apporte une justification à son existence.

79. René Chapus recourt pour sa part aux deux notions mais les individualise pour conclure que le droit administratif serait le droit du service public et que le contentieux administratif serait le contentieux de la puissance publique<sup>142</sup>. Cette position, on le voit

---

<sup>139</sup> Pour une étude complète, V. Jacques Chevallier, Les fondements idéologiques du droit administratif français, *in* Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, tome 2, PUF, 1979, p. 3. et spéc. p. 16

<sup>140</sup> V. François Burdeau, Histoire du droit administratif, Op. Cit., pp. 337 et s.

<sup>141</sup> Maurice Hauriou, La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif, Paris, L. Larose, 1899

<sup>142</sup> René Chapus, Le service public et la puissance publique, RDP 1968, p. 235. Pour une critique de cette théorie V. Paul Amselek, le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente, AJDA 1968, p. 492 ; Didier Truchet, Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public, AJDA 1982, p. 427

bien, revient à redéfinir le droit administratif comme le droit du service public aboutissant ainsi aux critiques posées plus haut<sup>143</sup>.

**80.** Pour purger cette théorie de ses imperfections, M. Chapus propose naturellement en conclusion de son article une réforme visant à attribuer l'intégralité du contentieux des services publics aux juridictions administratives afin de construire deux ensembles homogènes. Si la position de M. Chapus est novatrice pour théoriser la répartition des compétences juridictionnelles, elle ne l'est pas pour définir le droit administratif. On peut toutefois noter que la puissance publique et le service public s'alimentent mutuellement afin de mieux assurer l'intérêt général. Celui-ci serait à la fois le fondement et l'objet du droit administratif. L'autonomisation du droit administratif par le biais de ce critère mérite donc une attention particulière.

## **2. L'échec d'une autonomisation fondé sur l'intérêt général.**

**81.** Classiquement, le droit administratif est présenté comme le droit de l'intérêt général par opposition au droit privé qui serait au service des intérêts individuels<sup>144</sup>. Cette logique peut-elle servir de fondement à une distinction des droits administratif et privé ?

**82.** La question a déjà été posée à l'occasion de la célèbre controverse opposant René Savatier à Charles Eisenmann. La réponse apportée par ce dernier paraît satisfaisante et permet de revenir de façon scientifique sur une opposition juridique qui, quoique fréquemment admise, ne repose sur aucune base solide.

**83.** Fin 1945 paraissait un livre de René Savatier intitulé : « Du droit civil au droit public »<sup>145</sup>. Cet ouvrage avait pour objet de présenter les transformations du droit civil. Il y est notamment défendu la thèse que le droit civil tend à se « publiciser » au fil du temps. L'auteur s'est attardé à définir ses propres critères de distinction du droit privé et du droit

---

<sup>143</sup> V. 73 et s.

<sup>144</sup> V. par exemple, Didier Truchet, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Thèse, LGDJ, 1977 ; Rapport public du Conseil d'Etat, L'intérêt général, EDCE n° 50, 1999

<sup>145</sup> René Savatier, Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1950

public dont fait partie le droit administratif. Charles Eisenmann a repris un à un ces critères afin de juger de leur pertinence dans une brillante note intitulée : « Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX au XX siècle). »<sup>146</sup>. Il constate ainsi qu'il ressort régulièrement de l'ouvrage de Savatier une opposition entre les deux droits reposant sur leurs fondements. Le droit public, et donc le droit administratif, serait un système de règles d'intérêt général, le droit privé, un système de règles d'intérêt individuel. Eisenmann constate que, pour juger de la véracité de ce postulat, il convient de revenir sur la définition des termes de cette thèse, et notamment sur les expressions « intérêt général » et « intérêt individuel ».

**84.** Pour l'auteur, « une immense obscurité plane sur ces deux notions »<sup>147</sup>. Il est en effet difficile de les opposer. Hauriou lui-même constatait déjà dans sa fameuse note consacrée au commentaire de la décision *Canal de Gignac*<sup>148</sup> un flottement de la jurisprudence dans la détermination de l'intérêt général. Nous y reviendrons. Charles Eisenmann précise pour sa part qu'aux yeux des tenants de cette thèse, l'intérêt général doit être entendu comme représentant les intérêts publics ou politiques, c'est-à-dire des intérêts bénéficiant à l'ensemble de la collectivité. L'intérêt individuel doit quant à lui être compris comme l'intérêt d'individus pris distinctement. On oppose donc des règles profitant à l'ensemble du corps social à celles destinées à des individus considérés comme unités autonomes. Les règles juridiques destinées à organiser l'intérêt général seraient ainsi des règles de droit public et celles organisant les intérêts privés des règles de droit privé.

**85.** Comme le précise le professeur Eisenmann, il est impossible d'opérer une dichotomie pertinente à partir de ce postulat. Il est difficile de classer dans l'une de ces catégories les intérêts d'une association, d'une société civile ou commerciale ou d'un syndicat. Les intérêts de ces structures dépassent le seul individu, mais ne concernent pas des intérêts publics ou politiques. En outre, certaines sociétés commerciales assurent des missions de service public. Elles sont pourtant encadrées pour partie par des règles de droit privé alors qu'elles agissent dans un but d'intérêt général. La tâche se complique si on

---

<sup>146</sup> Charles Eisenmann, *Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXème au XXème siècle)*, RDP 1952, p. 903 ; Pour des commentaires sur cette note, V. Jean Waline, *Droit public- droit privé, institutions publiques- institutions privées, le point de vue d'un publiciste*, La pensée de Charles Eisenmann, Economica, 1986, p. 147 ; Jacques Ghestin, *Droit public- droit privé, institutions publiques- institutions privées, le point de vue d'un privatiste* ; Ibid. p. 157 ; V. également Jean Rivero, *Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ?*, D. 1947, chron. p. 69

<sup>147</sup> Charles Eisenmann, *Droit public, droit privé, préc., spéc.* p. 932

<sup>148</sup> TC 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, S. 1900.3 p.49 note Hauriou

prend en compte un établissement d'utilité publique. Ces entités sont toujours des personnes morales de droit privé comme des fondations ou des associations reconnues d'utilité publique<sup>149</sup>, et sont soumises au droit privé, à moins que leur soit confiée une mission de service public<sup>150</sup>. Or ces établissements s'assignent, tout comme l'administration, un but désintéressé et contribuent, comme en témoigne leur appellation, à l'utilité publique, tout en étant régis par le droit privé.

**86.** Charles Eisenmann précise également qu'il est n'est guère possible d'appréhender certaines matières juridiques par le biais de cette opposition. Les législations sur la famille ou sur la nationalité devraient ainsi être considérées comme mixtes car elles se préoccupent d'intérêts de natures différentes. Si elles contribuent à organiser la vie des individus pris comme entités autonomes, elles participent également à la régulation de la vie sociale et donc aux intérêts publics.

**87.** La faiblesse de cette distinction tient également à la variabilité de l'appréciation de l'intérêt général. La définition de cette notion peut sensiblement varier avec le temps ou avec celui qui la conçoit. Loin d'être une notion juridique claire, le terme intérêt général est avant tout un terme politique. La relecture des commentaires de Maurice Hauriou sous l'affaire *Canal de Gignac*<sup>151</sup> démontre que la conception que l'on pouvait avoir de l'intérêt général en 1899 n'a rien à voir avec les considérations actuelles. L'auteur considérait à l'époque que les pouvoirs publics devaient se consacrer à une tâche essentiellement publique, c'est-à-dire aux intérêts publics de la collectivité, et non pas aux intérêts purement collectifs qui doivent rester dans la sphère privée. Si l'on revient maintenant à une conception plus restrictive de l'action publique, le domaine de cette action a été largement étendu entre-temps. Le droit public et donc le droit administratif ont recouvert plus d'une fois de leur champ des domaines essentiellement économiques qui auraient donc dû, selon Hauriou, rester sous la coupe du droit privé. Le suivi du cours des nationalisations et des privatisations de ces 25 dernières années en est le parfait exemple<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> V. la définition « d'établissement d'utilité publique » in Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, Dictionnaire de droit administratif, Armand Collin, 3<sup>ème</sup> éd., 2002

<sup>150</sup> TC 20 novembre 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis », rec. p. 879

<sup>151</sup> TC 9 décembre 1899, Association syndicale du Canal de Gignac, préc.

<sup>152</sup>V. tableau chronologique in D. Linotte et R. Romi, Droit public économique, Litec, 2006, p. 398

**88.** L'imperfection de cette classification trouve son paroxysme dans les écrits de Jean Rivero. L'auteur présente dans un article consacré à la recherche d'un critère du droit administratif<sup>153</sup> le point de vue suivant : « Peut-être faut-il même aller plus loin : l'utilité publique, à bien y réfléchir, n'est-elle pas l'unique fondement du Droit tout entier ? Lorsque le législateur décide de soustraire tel rapport ou telle situation au jeu de la pure force, et de les soumettre à une règle que le juge public et la force publique devront faire respecter, quelle raison l'y pousse, sinon le sentiment que l'intérêt général le veut ainsi ? Alors même que la règle est permissive, alors même qu'elle fait la part la plus large à la libre action des individus, elle témoigne, par sa seule existence, qu'aux yeux de son auteur, la permission accordée, la liberté consacrée, sont, dans leur domaine, les moyens les plus propres à assurer le bien commun.[...] L'intérêt public est le ressort, non du seul droit public, mais du Droit tout entier. Comment, dès lors, lui reconnaître valeur de critère du droit administratif ? ».

**89.** Il ressort de ces observations qu'il est impossible d'autonomiser le droit public en recourant à la notion d'intérêt général qui reste une notion trop floue et polysémique. La difficulté de définir le droit administratif à l'aide d'un critère unique ressort de cette brève présentation des différents essais doctrinaux. Jean Rivero et Jean Waline vont même jusqu'à qualifier cette recherche de « pari stupide »<sup>154</sup>. Nous avons également constaté que la liaison de la puissance publique et du service public n'est pas très utile pour notre recherche et aboutit à revenir encore une fois à l'individualisation de l'un de ces critères. Charles Eisenmann va même jusqu'à considérer que la division droit public-droit privé ne serait qu'« une division d'objets d'étude ou d'enseignements », qu'« elle est dépourvue de prétentions : une classification d'ordre, rien de plus »<sup>155</sup>. Il apparaît pourtant qu'une vision large de la notion de droit administratif permet de dépasser la simple portée académique de cette classification<sup>156</sup> et de donner une vision intéressante et didactique de la matière.

---

<sup>153</sup> Jean Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953, p. 279

<sup>154</sup> Jean Rivero, Jean Waline, Droit administratif, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2006, p.22

<sup>155</sup> Charles Eisenmann, Droit public, droit privé, RDP 1952, p. 959 et 960

<sup>156</sup> Jacques Caillosse, Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique, AJDA 1996, p. 955

## **B. La prise en compte d'une conception large et non autonome.**

**90.** Les écoles « classiques » ne parvenant pas à donner une vision globale du droit administratif, il convient de proposer une théorie plus contemporaine. Le droit administratif ne serait-il pas tout simplement le droit applicable à l'administration ? Cette méthode mérite alors une appréhension soignée de la notion d'administration. Une conception large de cette notion sera retenue, ce qui aura pour conséquence d'inclure dans le droit administratif toutes les règles applicables à des activités d'intérêt public quelle que soit leur nature privée ou publique. Cette théorie rend difficile l'autonomisation du droit administratif mais elle a pour avantage de présenter un droit administratif ancré dans la modernité ; on parlera ainsi de théorie réaliste (1). Cette définition devra néanmoins, pour illustrer notre propos, être précisée par une réflexion portant sur l'origine de chaque norme administrative (2).

### **1. La consécration d'une définition réaliste.**

**91.** Certains auteurs défendent la thèse selon laquelle le droit administratif est le droit applicable à l'administration<sup>157</sup>. Charles Eisenmann précise ainsi : « une seconde vérité nous paraît acquise – c'est presque un postulat : que tout problème juridique concernant l'Administration est un problème de droit administratif, toute règle répondant à un problème de droit concernant l'Administration est une règle de droit administratif. Donc, le droit administratif doit être défini d'une façon suffisamment large pour englober tous ces problèmes et toutes ces règles sans aucune exception. Peu importe si telles ou telles règles ne sont pas spéciales à l'Administration, applicables à elle seule, c'est-à-dire valent pour d'autres sujets aussi, en dehors de la sphère administrative. »<sup>158</sup>.

**92.** Si le droit administratif est le droit appliqué à l'administration, il convient de définir ce terme d'administration. On peut citer le doyen Vedel et considérer que l'administration

---

<sup>157</sup> Jean Rivero, Jean Waline, Droit administratif, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 9 ; Charles Eisenmann, Cours de droit administratif, T. 1, LGDJ, 1982, p. 96

<sup>158</sup> Charles Eisenmann, Cours de droit administratif, T. 1, LGDJ, 1982, p. 96

peut être définie comme « l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique »<sup>159</sup>. Le droit administratif serait alors selon cette définition le régime de puissance publique sous lequel sont exercées les activités précitées.

**93.** Si l'on définit plus largement la notion d'administration et que l'on considère que toute activité d'intérêt public constitue une mission de l'administration, le droit administratif est alors non seulement le droit de la puissance publique mais aussi le droit de tous les services publics quel que soit leur caractère ou leur gestionnaire. Nous considérons ainsi que les activités de service public industriel et commercial et la gestion par des personnes privées de services publics s'effectue toujours avec un minimum de « régime de puissance publique ». Si le juge administratif n'a à connaître que d'une partie du régime de ces services, il nous semble qu'il est essentiel pour un administrativiste de connaître l'intégralité du fonctionnement de ces services. L'administration n'est donc pas uniquement constituée par les services qui sont encadrés par un droit différent du droit privé mais par l'intégralité de ces services publics, qu'ils soient régis par un droit exorbitant ou pas. A cette notion de service public il faut logiquement ajouter les activités de police administratives exercées par des autorités publiques. Le droit opposable à ces autorités est également du droit administratif car elles agissent en vue de satisfaire l'intérêt général.

**94.** En définitive, le droit administratif est, selon nous, le droit opposable à l'administration dans son sens matériel et non organique. Ainsi, le droit opposable à toute activité administrative, c'est-à-dire à toute activité qui vise l'accomplissement de l'intérêt général, est du droit administratif. Peu importe que le contentieux de ces activités soit confié au juge judiciaire ou administratif. Ainsi, « tout problème juridique concernant l'Administration est un problème de droit administratif » comme l'affirme Eisenmann<sup>160</sup>.

**95.** Pour René Chapus, notre définition du droit administratif correspond au « droit de l'administration » et non au droit administratif qui, pour lui aussi, n'est composé que des

---

<sup>159</sup> Georges Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, n°8, p. 21 ; V. René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 4

<sup>160</sup> Charles Eisenmann, Cours de droit administratif, Op. Cit., p. 96

règles spéciales opposables à l'administration<sup>161</sup>. Nous estimons pour notre part que ces deux appellations (droit de l'administration, droit administratif) se regroupent dans une seule réalité.

**96.** Charles Eisenmann revient ainsi sur la position de différents juristes prestigieux sur la question de l'autonomie du droit administratif<sup>162</sup>. Gaston Jèze considère que « le droit administratif est l'ensemble des règles spéciales relatives au fonctionnement des services publics »<sup>163</sup>. Louis Rolland précise que le droit administratif est l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics et à leurs rapports avec les particuliers. Mais, il ajoute aussitôt qu'il n'entend par services publics que ceux qui constituent l'administration, à l'exclusion de ceux qui relèvent de la Cour de cassation ou des services judiciaires<sup>164</sup>. Marcel Waline considère également dans son *Traité*<sup>165</sup> que le droit administratif ne comporte que des règles autonomes : « c'est un régime d'autonomie, par rapport au droit privé ; les principes fondamentaux du droit privé sont écartés ; toutes les théories du droit privé se trouvent modifiées ». André de Laubadère estime également que « le droit administratif est un droit spécial », « particulariste » et « autonome »<sup>166</sup>.

**97.** Charles Eisenmann constate que tous de ces auteurs insistent sur l'autonomie du droit administratif<sup>167</sup>. Il n'est pas pour autant en accord avec cette position et précise clairement : « c'est un fait incontesté que l'administration, en droit positif français, n'obéit pas exclusivement et entièrement à des règles « spéciales », mais est, dans plusieurs hypothèses, régie par le même droit que les particuliers »<sup>168</sup>. Cet auteur n'imaginait peut-être pas que le juge de l'excès de pouvoir lui-même reprendrait des règles classiquement appliquées par le juge judiciaire. Il considère pourtant que ces différents cas de figure méritent d'être étudiés et connus par les administrativistes. Nous estimons, pour notre part, que le droit privé applicable à la majorité des activités des services publics industriels et commerciaux (SPIC) et des services publics gérés par une personne privée constitue

---

<sup>161</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, Op. Cit., p. 1

<sup>162</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, T. 1, Op. Cit.

<sup>163</sup> Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Tome 1, Dalloz, 2003,

<sup>164</sup> Cité par Charles Eisenmann *in* *Cours de droit administratif*, Op. Cit., pp. 80-81

<sup>165</sup> Cité par Charles Eisenmann *in* *Cours de droit administratif*, Op. Cit., pp. 84-85

<sup>166</sup> Cité par Charles Eisenmann *in* *Cours de droit administratif*, Op. Cit., p. 87

<sup>167</sup> Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Op. Cit., p. 90

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 92



également du droit administratif au sens large. On peut alors définir le droit administratif comme le droit applicable à l'administration, que celui-ci soit d'origine privée, c'est-à-dire originellement conçue pour la « sphère privée »<sup>169</sup>, ou publique. Eisenmann résume la situation en affirmant qu' « il faut donc rayer de la définition du droit administratif l'idée de sa spécialité, de son autonomie ; originales ou non par rapport au droit privé, toutes les règles qui s'appliquent à l'Administration sont des règles de droit administratif. »<sup>170</sup>.

**98.** Cette définition nous paraît très satisfaisante. La distinction droit administratif-droit privé trouve un intérêt pratique lorsque cette définition permet de déterminer précisément la compétence juridictionnelle. Or nous verrons que ce type de liaison n'est pas effectif<sup>171</sup>. Au-delà de cet apport, l'opposition des deux droits n'a qu'un intérêt intellectuel et pédagogique. Intellectuellement, la systématisation du droit administratif permet d'étudier son évolution de façon exhaustive. Au niveau académique, l'individualisation du droit administratif permet une présentation complète de la matière. Ces avantages sont présents lorsque l'on prend en compte une vision large et réaliste du droit administratif. En effet, peut-on imaginer qu'un bon administrativiste n'ait aucune notion de droit privé, alors même que ce droit s'applique largement à des activités de service public ? La multiplication des SPIC et de la gestion privée des services publics impose à un juriste spécialisé en droit administratif d'étendre ses connaissances à certains pans du droit privé qui, parce qu'applicables à des activités administratives, deviennent par là même du droit administratif. Des matières comme le droit public économique ou le droit des services publics imposent à chaque étudiant de maîtriser certaines règles de procédures collectives ou de droit des sociétés pour comprendre le fonctionnement global de l'administration<sup>172</sup>. Charles Eisenmann s'interroge justement : « que deviendraient ces questions si « le droit administratif » ne s'en occupait pas ? Personne ne s'en occuperait, car « le droit privé » ne les considère pas comme siennes »<sup>173</sup>. Les manuels de droit administratif excluent trop souvent l'étude des règles de droit privé pour ne se consacrer

---

<sup>169</sup> Le mot est de Charles Eisenmann *in* Cours de droit administratif, Op. Cit., p. 93

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> V. 117 et s.

<sup>172</sup> Dans ce sens, V. Claude Champaud, Contributions à la définition du droit économique, D. 1967, p. 215 ; Didier Truchet, Réflexions sur le droit économique public en droit français, RDP 1980, p. 1009

<sup>173</sup> Charles Eisenmann, Cours de droit administratif, Op. Cit., p. 92

qu'aux règles originales. Pourtant, cette présentation large du droit administratif nous paraît, pour les raisons que nous venons d'exposer, plus réaliste et plus adaptée à l'étude de l'action administrative.

**99.** On peut finalement opposer deux thèses visant à définir le droit administratif. L'une, restrictive, considère que seules les règles différentes du droit privé et applicables à l'administration sont du droit administratif. L'autre thèse, plus large, plus contemporaine et plus réaliste à notre sens, aboutit à conclure que le droit administratif est le droit applicable à l'administration, que ces règles soient uniquement opposables à l'activité administrative ou quelles soient les mêmes que celles applicables aux personnes privées<sup>174</sup>. C'est cette dernière définition que nous retiendrons dans notre étude car, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, elle nous paraît donner une présentation plus exhaustive de l'état du droit applicable à l'administration. Cette définition doit toutefois être précisée par le fait qu'au sein même de cette interprétation une distinction doit être opérée. Il convient en effet de distinguer au sein de ce droit administratif le droit d'origine privée et le droit public.

## **2. Le nécessaire recours à l'origine de la règle.**

**100.** La définition large du droit administratif que nous avons retenue impose de différencier l'origine des règles de droit administratif. Pour Charles Eisenmann, « il convient de poser deux notions du droit administratif : une notion large, selon laquelle il est la totalité des règles qui s'appliquent à l'administration, dans une mesure quelconque ; une notion étroite, selon laquelle, de ces règles, il comprendrait seulement celles qui sont différentes en leur fond de celles qui s'appliquent aux relations mutuelles des particuliers, autrement dit : différentes des règles du droit privé, ou positivement, les règles propres à l'administration. »<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> Dans ce sens, V. Charles Eisenmann, Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif, *in* *Perspectivas del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Soyagues-Laso*, Madrid, Instituto des estudios de administracion local, 1969, p. 419 spéc. p. 424 ; Jean Rivero, Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 9 ; Jean Lamarque, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, LGDJ, 1960, p. 16

<sup>175</sup> V. Charles Eisenmann, Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif, préc., p. 424-425

**101.** Il est bien sûr difficile d'autonomiser le droit administratif en retenant une conception large qui englobe les textes de droit privé applicables à l'administration<sup>176</sup>. Raisonner en termes d'origine de la règle applicable ne démontre pas davantage que le droit administratif est un droit autonome par rapport au droit privé. Si toute règle opposée à une activité administrative devient par là-même une norme de droit administratif, il n'en reste pas moins que certaines règles sont également des règles de droit privé, c'est-à-dire des règles conçues en premier lieu pour s'appliquer aux personnes privées. On parlera alors de règle de droit administratif mixte ou de règle d'origine privée<sup>177</sup>. Par exemple, un contrat passé entre un SPIC et un usager de ce service est toujours un contrat de droit privé, y compris s'il contient une clause exorbitante du droit commun<sup>178</sup>. Le juge judiciaire est donc compétent pour en connaître et lui appliquera alors du droit privé. Ce contrat est pourtant conclu dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public. Selon notre définition, le droit qui lui est applicable est donc du droit d'origine privée mais qui devient du droit administratif du fait de son opposition à une activité de service public. De plus, il arrive que le juge administratif décide de retenir une norme de droit privé et d'étendre son application à une activité administrative comme en matière de droit de la consommation<sup>179</sup> ou des assurances<sup>180</sup>. Une fois encore, ces droits, d'origine privée, deviennent du droit administratif de par leur opposition à une activité administrative<sup>181</sup>. Charles Eisenmann précise ainsi que c'est le juge administratif « qui, décidant de l'appliquer [la règle de droit privé], sans avoir dû légalement le faire (aucune disposition législative ne lui imposait, ni celle qu'il applique, ni aucune autre qui en déterminerait le domaine d'application), lui a

---

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> V. Jean Waline, Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif, Thèse Paris, 1962, spéc. p. 13 ; Benoît Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 939

<sup>178</sup> CE Sect. 13 octobre 1961, Etablissement Campanon-Rey, p.567, AJDA 1962, p. 98 concl. Heumann et note de Laubadère

<sup>179</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G.Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurisp. P. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages ; CE, 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G.Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier ; CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, p.400, RFDA 2003, p. 1259 ; DA 2004, N°18 p. 36 note M. Bazex et S. Blazy ; AJDA 2004, p. 666 note Laget-Annamayer

<sup>180</sup> CE 29 décembre 2000, Beule, p.655, LPA 18 mai 2001, p.15 concl. S. Boissard ; DA mai 2000, p. 33 note Hardy ; D. 2001, p. 1265 note Y. Lambert-Faivre ; JCP 2001, p. 499, n°10486 note Bigot et Vincent

<sup>181</sup> Pour une étude plus poussée sur ce sujet, V. 106 et s.

conféré autorité, ou valeur pour certains rapports relevant de sa juridiction ; autorité ou valeur ne sont donc pas originaires, mais au contraire déléguées, et leur fondement ne se trouve nullement dans la loi de droit privé, il se trouve uniquement dans la jurisprudence de droit public. »<sup>182</sup>.

**102.** On peut donc distinguer deux types de droit d'origine privée opposables à l'administration : le droit appliqué par les juridictions judiciaires à l'activité administrative et certaines normes appliquées par les juridictions administratives aux activités administratives. Notre étude porte sur la seconde catégorie.

**103.** L'autonomisation du droit administratif par le biais d'un critère théorique aboutit à considérer que le droit administratif est le droit applicable à l'administration au sens large c'est-à-dire à toute personne gérant un service public. A l'intérieur même du droit administratif on peut distinguer l'origine des différentes normes. Ainsi, l'origine peut être privée, car la norme visait dans un premier temps les particuliers. Mais l'origine peut également être publique, si la norme visait l'administration. Elle était donc propre à l'administration<sup>183</sup>. Il est difficile, à partir de cette définition, de dire que le droit administratif est un droit autonome, c'est-à-dire un droit différent du droit privé, car il inclut en son sein des règles de droit privé. L'autonomisation du droit administratif par la recherche d'un critère technique aboutit à des conclusions similaires.

## **II- La recherche d'un critère d'autonomisation technique.**

**104.** Il est possible d'essayer d'autonomiser le droit administratif par le biais d'un critère technique. Existe-il une relation entre compétence de tel ou tel des deux ordres juridictionnels et l'application de tel ou tel des deux droits ? Ainsi, y a-t-il un lien entre la

---

<sup>182</sup> Charles Eisenmann, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable au droit administratif français, Mélanges offerts à J. Maury, T. II, Dalloz, 1960, p. 393 ; Pour une vision critique, V. Marcel Waline, A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent, RDP 1961, p. 8

<sup>183</sup> V. Jean Waline, Droit public-droit privé, institutions publiques-institutions privées, le point de vue d'un publiciste, La pensée de Charles Eisenmann, Economica, 1986, p. 147. Pour une vision critique de cette présentation V. Jean Morellet, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueil Edouard Lambert, Intro à l'étude du droit comparé, tome III, LGDJ, 1973, p. 137

compétence judiciaire et l'application du droit privé et compétence administrative et application de droit administratif ? Le professeur Jean-François Lachaume revenait récemment sur ce rapport pour mieux en montrer l'ineffectivité<sup>184</sup>. On peut partir du célèbre adage qui veut que la compétence suive le fond. En d'autres termes, on considère qu'il y a une liaison entre le droit applicable et la détermination de la compétence juridictionnelle. On en arrive alors à la conclusion que le juge administratif applique du droit administratif et le juge judiciaire du droit privé. Le droit administratif serait donc le droit appliqué par le juge administratif. Cette constatation oppose la doctrine (A) mais cette divergence semble dorénavant dépassée (B).

#### **A. La présence d'une opposition doctrinale traditionnelle.**

**105.** L'adage qui veut que la compétence suive le fond du droit applicable a conduit la doctrine à s'opposer. Certains ont ainsi considéré, à l'image de Charles Eisenmann<sup>185</sup>, que le juge administratif n'applique que du droit administratif (1). Le droit administratif serait alors le droit repris par les juridictions administratives. D'autres, à l'image de Marcel Waline<sup>186</sup>, nuancent cette position en distinguant la nature première, publique ou privée, du droit applicable. Ils considèrent que, si le juge administratif applique du droit administratif, l'origine de ce droit peut être de nature privée (2).

#### **1. Le juge administratif n'applique que du droit administratif.**

**106.** Charles Eisenmann dans une note publiée dans le mélange Maury revient sur le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable<sup>187</sup>. Cet écrit prend la

---

<sup>184</sup> La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif, *in* L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 71

<sup>185</sup> Charles Eisenmann, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, Mélanges offerts à J. Maury, tome 2, Dalloz, 1960, p. 379

<sup>186</sup> Marcel Waline, A propos du rapport entre la règle de droit applicable eu jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent, RDP 1961, p. 8

<sup>187</sup> Charles Eisenmann, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, préc.

forme d'une critique de la doctrine de René Chapus<sup>188</sup> visant à considérer qu'il n'y a aucun lien entre le droit appliqué par la juridiction administrative et la détermination de la compétence de cet ordre. Pour le professeur Eisenmann<sup>189</sup>, il y a bien une corrélation entre ces deux éléments, car le juge recherche dans un premier temps le droit applicable et en déduit la compétence juridictionnelle<sup>190</sup>. En quoi cette théorie peut-elle être utile pour définir le droit administratif ?

**107.** Charles Eisenmann précise sa pensée et expose notamment sa vision du droit administratif. Pour cet auteur, il existe deux cas de figure. Une norme juridique peut prévoir une application à l'activité administrative ainsi qu'aux relations des personnes privées entre elles. La règle est alors mixte. Elle est à la fois de droit public et de droit privé. Une norme peut prévoir une application uniquement aux personnes privées et pourtant être reprise par le juge administratif. Pour l'éminent auteur, la règle n'a pas une origine textuelle de droit public : elle trouve son fondement dans la jurisprudence de droit public. Il considère ainsi qu'« il faut bien comprendre que le juge administratif applique ou des règles de législation proprement administrative ou, en l'absence de semblables règles, des règles qu'il jugera bon de consacrer, soit qu'il en arrête lui-même le contenu sans se référer à une « source du droit » quelconque, soit qu'il les emprunte expressément aux sources de la législation civile, par exemple. »<sup>191</sup>.

**108.** Charles Eisenmann considère que le droit administratif est le droit repris par les juridictions administratives. Quand bien même une règle serait reprise de la législation civile ou commerciale, son application par le juge administratif la consacre comme une règle de droit administratif.

**109.** Cette théorie a pour principal défaut d'ignorer la véritable nature des règles applicables à l'action administrative. L'administration se verrait ainsi uniquement appliquer du droit administratif, soit que la règle prévoit une application à ces activités,

---

<sup>188</sup> V. René Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée : les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, Thèse LGDJ, 1957 ; René Chapus note sous TC, 26 mai 1954, Moritz, D. 1955, p. 385

<sup>189</sup> Préc.

<sup>190</sup> Préc. p. 401

<sup>191</sup> Préc. p. 394

soit que cela provienne d'une décision du juge. Or il est fondamental de revenir sur la nature du droit applicable pour en déduire des conséquences et avoir une vision d'ensemble du droit applicable à l'action administrative.

**110.** On peut de plus noter une incohérence dans le raisonnement de cet auteur. On voit mal comment Eisenmann peut considérer que le juge définit le droit applicable pour ensuite en déduire la compétence juridictionnelle. Si le droit applicable est issu de la législation civile, la compétence devrait alors être judiciaire. Pourtant, Eisenmann démontre que le juge administratif peut reprendre des textes de droit privé comme le Code civil ou le droit commercial. Comment expliquer alors la compétence administrative dans de telles situations ?

**111.** On peut également s'arrêter sur la jurisprudence judiciaire qui reprend à l'occasion du droit administratif<sup>192</sup>. Dans l'affaire *Giry*<sup>193</sup> par exemple, la Cour de cassation applique un régime de responsabilité sans faute à un collaborateur occasionnel du service public de la justice. L'indemnisation est ainsi possible alors qu'elle ne l'était pas sur le fondement des articles 1382 ou 1384 du Code civil. Encore une fois, la théorie d'Eisenmann qui veut que le droit applicable emporte la compétence juridictionnelle ne se vérifie pas.

**112.** La vision de Marcel Waline nous semble plus concluante : s'il est vrai que le droit appliqué à l'administration est du droit administratif, il n'en reste pas moins que l'on peut revenir sur l'origine des règles appliquées.

---

<sup>192</sup> V. Agathe Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, Thèse, LGDJ, 1996 ; Prosper Weil, A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence *Giry*, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas, 1975 ; Pierre Delvolvé, La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative, Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 47 ; Roland Drago, Le juge judiciaire, juge administratif, RFDA 1990, p. 757 ; Laurent Richer, Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire, CJEG 1990, p. 367

<sup>193</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mai 1956, D. 1957, p. 34 concl. Lemoine, JCP 1956 n°9181, note P. Esmien, RDP 1958, p. 298, note Waline, AJDA 1956, chron. p. 91 ; Pour une application récente, V. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 1996, D. 1997, jurisp. p. 83 note Legrand ; V. également, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2007, JCP A, mai 2007, p. 19 note O. Renard-Payen

## 2. Le juge administratif applique du droit d'origine privée.

**113.** Marcel Waline répond à la position du professeur Eisenmann<sup>194</sup> dans une note publiée dans la revue du droit public en 1961<sup>195</sup>. L'auteur critique point par point la théorie de son collègue et élabore une vision à notre sens plus pertinente du droit administratif et de son application par la juridiction administrative.

**114.** Il considère que la juridiction administrative applique presque toujours du droit administratif c'est-à-dire un droit différent du droit privé. Cette théorie est notamment reprise par Jean Rivero et Jean Waline qui considèrent que « le principe en France, est la soumission de l'administration à un droit particulier, différent de celui qui régit les activités privées en ce que, à des problèmes semblables (les contrats, la responsabilité), il apporte des solutions distinctes. »<sup>196</sup>.

**115.** Cependant, Marcel Waline précise qu'il peut arriver dans de rares hypothèses que les juridictions administratives appliquent du droit privé, c'est-à-dire le droit qui encadre à l'origine les relations des particuliers. Pour Eisenmann<sup>197</sup>, la reprise d'une règle de droit privé par la juridiction administrative consacre cette règle comme étant du droit administratif car rien n'oblige le juge à reprendre cette règle. Pour le professeur Waline « Admettre une telle pétition de principe est évidemment supprimer le problème lui-même, en donner la réponse d'avance et sans avoir à examiner aucune solution de jurisprudence. [...] Mais ainsi, la question est esquivée plutôt que résolue »<sup>198</sup>. Pour cet auteur on peut résoudre le problème de l'application du droit privé par la juridiction administrative mais il faut alors distinguer plusieurs cas de figure. Le juge administratif applique ainsi, selon lui,

---

<sup>194</sup> Charles Eisenmann, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, préc.

<sup>195</sup> Marcel Waline, A propos du rapport entre la règle de droit applicable eu jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent, RDP 1961, p. 8

<sup>196</sup> Jean Rivero, Jean Waline, Droit administratif, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 6

<sup>197</sup> Charles Eisenmann, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, préc.

<sup>198</sup> Marcel Waline, A propos du rapport entre la règle de droit applicable eu jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent, préc. p. 13



des règles du droit administratif, des règles empruntées au droit privé et des règles déduites de principes généraux qui ne sont ni de droit public ni de droit privé. Cette théorie nous semble plus satisfaisante que le point de vue du professeur Eisenmann. Elle est, en effet, plus proche de la réalité et plus pertinente pour une étude de la nature du droit administratif. Marcel Waline ne craint pas de dire qu' « il paraît difficile de nier que, lorsque le Conseil d'Etat applique une règle consacrée, soit par le droit écrit (privé), soit par la jurisprudence judiciaire, il applique du droit privé »<sup>199</sup>. Cette considération, rejoint tout à fait notre propos. Le juge administratif se fonde sur un bloc de légalité pour contrôler la légalité des actes administratifs, ce bloc de légalité pouvant être alimenté par du droit privé, c'est-à-dire par du droit qui originellement régit les rapports entre particuliers.

**116.** On peut certes dire comme le professeur Eisenmann que le droit privé repris par le juge administratif devient alors du droit administratif. Il n'en reste pas moins que ce droit est à l'origine du droit privé et qu'il est important de le prendre en compte pour mener une étude sur l'évolution du bloc de légalité administrative. Certains auteurs poussent même la réflexion jusqu'à considérer que l'opposition droit public-droit privé est souvent dépassée par le fait que les différentes juridictions assurent une certaine unité du droit applicable.

## **B. Une opposition dépassée.**

**117.** La recherche d'un critère d'autonomisation technique du droit administratif peut être compliquée par certaines activités du juge administratif. Si celui-ci applique majoritairement du droit public et le juge judiciaire majoritairement du droit privé, on peut aussi noter que les deux ordres juridictionnels appliquent traditionnellement des solutions communes. Au-delà du dualisme juridictionnel, il existe des situations où les juridictions dépassent ce clivage pour assurer une certaine cohérence. On constate une unité de l'ordre juridique dans l'application de certaines normes (1). De plus, la juridiction administrative peut avoir à connaître de textes réglementaires qui concernent uniquement les relations

---

<sup>199</sup> Ibid.

entre particuliers, le juge se transformant alors en « gardien administratif de la légalité »<sup>200</sup> (2).

### 1. Le constat d'une unité de l'ordre juridique.

**118.** L'étude de la jurisprudence administrative et judiciaire laisse apparaître que, dans un nombre de cas non négligeable, les deux ordres juridictionnels en viennent à appliquer des solutions similaires qui font penser à la constitution d'une certaine unité juridique.

**119.** Le juge administratif applique des principes généraux du droit qu'il reprend objectivement à partir de textes de droit privé<sup>201</sup>. Il découvre ainsi des principes qui s'inspirent de tel ou tel article d'un code contenant du droit privé mais préfère déclarer que ce sont ces articles qui s'inspirent d'un principe général du droit préexistant<sup>202</sup>. Le juge administratif applique également de plus en plus de droit privé dans les cas où l'administration agit dans des domaines économiques. Elle se voit alors opposer le droit de la concurrence ou de la consommation comme n'importe quel opérateur économique<sup>203</sup>. Au-delà de ces situations, le juge administratif reprend un certain nombre de règles de droit privé<sup>204</sup> comme (entre autres) celles figurant dans le Code civil<sup>205</sup>. On peut citer les références régulières que fait le juge administratif aux articles 1153 et suivants du Code civil, relatifs aux intérêts moratoires<sup>206</sup> ou l'article 2262 relatif à la prescription trentenaire<sup>207</sup>. Les illustrations de telles applications ne manquent pas<sup>208</sup>. Inversement, il

---

<sup>200</sup> V. Jean Rivero, *Le juge administratif : Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?*, Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public, tome II, LGDJ, 1974

<sup>201</sup> V. 213 et s.

<sup>202</sup> V. CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975, II, 17957, note Saint-Jours ; CE Ass. 29 juin 2001, Berton, AJDA 2001 p.48 chron. Guyomar et Collin ; Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz 2002, p. 119 note Ch. Garbar ; CJEG 2001 n°584, p.84 concl. Boissard et p. 94 note Maggi. Pour une étude plus poussée, V. section II du prochain chapitre.

<sup>203</sup> V. deuxième partie

<sup>204</sup> V. Jean Waline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse Paris, 1962

<sup>205</sup> Pour une étude exhaustive, V. Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse Paris II, 2001 ; Bernard Stirn, *Le code civil et la fonction contentieuse du Conseil d'Etat : du code civil écarté au code civil appliqué*, RJEP 2005, p. 86

<sup>206</sup> Pour une application récente, V. CE 1<sup>er</sup> mars 2006, Centre hospitalier de Saulieu, n° 263117

<sup>207</sup> CE 30 mars 1990, Leca, rec. p. 271. Après avoir longtemps appliqué l'article 2262 du Code civil *in terminis*, le juge fait dorénavant référence à un « principe dont s'inspire le Code civil » pour opposer la prescription trentenaire. V. CE Ass. 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France, rec. p. 311 concl. Guyomar ;

arrive au juge judiciaire d'appliquer du droit administratif<sup>209</sup>. On peut évidemment de nouveau citer la célèbre jurisprudence *Giry* où la Cour de cassation applique les « principes régissant la responsabilité de la puissance publique »<sup>210</sup>. La chambre civile de la Cour de cassation a même admis que les biens des personnes publiques étaient insaisissables. Comme les règles découlant des procédures collectives ne leur sont pas applicables, il convient « de mettre en œuvre les règles particulières issues de la loi du 16 juillet 1980 »<sup>211</sup>. Ces deux jurisprudences prennent en compte le fait que le juge judiciaire avait à connaître d'un contentieux mettant en cause une activité administrative. Il est vrai que rien ne l'oblige à reprendre des règles administratives ; il ne le fait pas par exemple en matière de contentieux des services publics industriels et commerciaux<sup>212</sup>. Le juge semble davantage motivé par une logique de cohérence qui vise à assurer une certaine unité du droit applicable.

**120.** On constate que les deux ordres juridictionnels continuent à se partager le contentieux administratif et judiciaire selon des règles cohérentes qui reposent essentiellement sur la détermination de la notion concernée<sup>213</sup>. Le droit applicable par les deux ordres suit également une certaine logique qui n'est pas fondée sur le principe juge judiciaire-droit privé, juge administratif-droit administratif. Nous avons démontré que,

---

RFDA 2006, p. 374, obs. Benoît Plessix ; AJDA 2005, p. 1829 obs. Landais et Lenica ; V. également ; Franck Moderne, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil » (autour et à propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France, *in* Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2006, p. 641

<sup>208</sup> Outre la thèse de Benoît Plessix, *op. cit.*, V. note du même auteur sous CE Sect. 19 novembre 2004, Ramond ; Roche (2arrêts), p.430, RFDA 2005, p. 375 ; V. également Bernard Stirn, Le code civil et la fonction contentieuse du Conseil d'Etat : du code civil écarté au code civil appliqué, *préc.*

<sup>209</sup> Pour une étude exhaustive, V. Agathe Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, Thèse, LGDJ, 1996 ; P. Ferrari, Recherches sur l'application du droit public interne par le juge judiciaire, Thèse Paris, 1972

<sup>210</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mai 1956, D. 1957, p. 34 concl. Lemoine, JCP 1956 n°9181, note P. Esmien, RDP 1958, p. 298, note Waline, AJDA 1956, chron. p. 91 ; Prosper Weil, A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence *Giry*, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas, 1975 ; Pour une application récente, V. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 1996, D. 1997, jurisp. p. 83 note Legrand ; V. également, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2007, JCP A, mai 2007, p. 19 note O. Renard-Payen

<sup>211</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, BRGM, JCP 1989-II-21183 note B. Nicod

<sup>212</sup> V. Agathe Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, Thèse, LGDJ, 1996 ; Sophie Nicinski, L'utilisateur du service public industriel et commercial, Thèse, L'Harmattan, 2001

<sup>213</sup> V. Jean-François Lachaume, La compétence suit la notion..., AJDA 2002, p. 77 ; La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif, *in* L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 71

dans certaines situations, les juges pouvaient appliquer l'un ou l'autre droit. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, ce postulat démontre une réelle cohérence, celle de l'unité juridique.

**121.** En effet, le doyen Vedel précise qu'« il n'y a qu'un Etat français et qu'un ordre juridique français. »<sup>214</sup>. Le Président Odent note pour sa part qu'il y a bien « un droit public et un droit privé, mais il n'y a qu'un ordre juridique ; autrement dit, le droit public et le droit privé sont distincts, mais ne s'opposent pas ; ils ont avec la morale et l'économie politique des liens de même nature ; ils puisent leurs inspirations essentielles aux mêmes sources ; ils ont à résoudre les mêmes problèmes ; ils appliquent les mêmes normes juridiques [...]. Quel que soit le qualificatif qui y est accolé, le droit retrouve son unité nécessaire dans les exigences de la conscience juridique d'une époque déterminée »<sup>215</sup>. Plus récemment et dans le même sens, Benoît Plessix constate l'existence de deux ordres juridiques partiels, l'un privé et l'autre administratif, au sein d'un ordre juridique unitaire : « l'ordre juridique privé a pour objet de régir les relations entre personnes privées, l'ordre administratif a pour objet de régir les relations entre les particuliers et l'administration lorsque celle-ci assure le fonctionnement des services publics en employant les procédés de la gestion publique. »<sup>216</sup>. Il ajoute que ces deux ordres partiels sont « pleinement intégrés à un ordre juridique global, l'Etat français. »<sup>217</sup>.

**122.** On peut dire qu'au-delà du dualisme juridictionnel, il arrive que les juges judiciaires et administratifs s'accordent pour appliquer des règles communes afin d'assurer une certaine unité du droit applicable. Il apparaît en effet logique que dans certaines situations les deux ordres juridictionnels reprennent des positions communes. Les juges peuvent être motivés par le fait qu'une règle, bien que de droit privé, leur paraît appropriée pour être opposée à une activité administrative (intérêts moratoires, prescription trentenaire, PGD...) <sup>218</sup>. Les juges peuvent également prendre en compte le fait qu'une notion propre à l'un ou l'autre des deux droits est concernée. Dans l'arrêt *Giry*<sup>219</sup> par

---

<sup>214</sup> V. Georges Vedel note sous Trib. Civ. Seine, 28 novembre 1952, Dr. Giry, JCP 1953, n° 7371

<sup>215</sup> Raymond Odent, Contentieux administratif, Les cours du droit, 1977-1981, Fasc. 5, pp. 11 et 34

<sup>216</sup> Benoît Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 932

<sup>217</sup> Ibid.

<sup>218</sup> V. 119

<sup>219</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mai 1956, préc.

exemple, la Cour de cassation applique une responsabilité administrative car la victime assure une mission de service public. Ces deux justifications démontrent l'intelligence des juges qui cherchent à attribuer une certaine logique à leurs décisions afin d'assurer « une harmonie de leurs jurisprudences »<sup>220</sup>.

**123.** Certains peuvent y voir un affaiblissement du dualisme juridictionnel qui jouerait en défaveur de la juridiction administrative, entraînant ainsi une privatisation du droit administratif. D'autres, comme M. Chapus, y voient au contraire une bonne méthode qui permet au juge administratif de moderniser le droit opposable à l'action administrative : « Il pourrait résulter de là une heureuse incitation, pour les pouvoirs publics et les juges administratifs, à renoncer à maintenir telles quelles celles des solutions originales du droit administratif qui ne sont pas réellement justifiées par la prise en considération des nécessaires prérogatives de la puissance publique et des exigences du service de l'intérêt général, et qui apparaissent ainsi comme des solutions d'une autre époque. L'existence légitime du droit spécifique qui régit l'administration et son contentieux n'en serait que mieux assurée »<sup>221</sup>. Le Juge administratif et, dans une moindre mesure, le juge judiciaire participeraient ainsi ensemble à une construction cohérente du droit opposable à l'administration en ne retenant des règles originales que quand l'intérêt général le justifie réellement. L'utilisation commune d'une règle par les deux ordres marquerait en quelque sorte sa consécration dans une certaine unité juridique.

**124.** On peut percevoir cette volonté d'assurer une unité juridique comme une chance pour le juge administratif. Il peut déterminer la meilleure règle applicable à un contentieux sans pour autant rechercher une règle différente de celle retenue par les tribunaux judiciaires. Ces derniers et le juge administratif démontrent que leur action s'inscrit dans une certaine logique qui fait que ce qui est vrai place du Palais royal l'est également boulevard du Palais. Bernard Stirn<sup>222</sup> note ainsi qu' « au total, moins que jamais le droit ne connaît de cloisonnement : si la pluralité des juges est de plus en plus marquée, l'unité du droit s'affirme davantage. ». Nous reviendrons sur le fait que le juge administratif ne peut

---

<sup>220</sup> V. René Chapus, Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique, RFDA 1990, p. 740

<sup>221</sup> Ibid. p. 744

<sup>222</sup> Bernard Stirn, Le code civil et la fonction contentieuse du Conseil d'Etat : du code civil écarté au code civil appliqué, RJEP 2005, p. 86

que gagner de la légitimité en faisant évoluer son action vers cette cohérence et vers les transformations sociétales<sup>223</sup>.

**125.** Au-delà du dualisme juridictionnel, on voit poindre une unité de l'ordre juridique qui se traduit dans certains cas par une relative uniformisation du droit applicable. Cette observation démontre que l'opposition droit administratif-droit privé est difficile à mettre en œuvre par le biais d'un critère technique c'est-à-dire en opposant le droit applicable par chaque ordre juridictionnel. Cette constatation ne nous empêche cependant pas de prolonger notre théorie qui vise à avoir une vision large du droit administratif tout en prenant soin de distinguer l'origine publique ou privée des normes reprises par le juge. Lorsqu'un juge judiciaire décide d'appliquer une règle administrative ou le juge administratif une règle de droit privé, on peut toujours distinguer la nature première du droit applicable. Le constat d'une unité juridique qui va au-delà du dualisme juridictionnel est donc à prendre en compte mais il n'a que peu d'intérêt pour notre tentative de définition du droit administratif.

**126.** Pour certains auteurs, l'opposition visant à dire que le juge administratif n'applique que du droit administratif ou que ce juge applique parfois du droit administratif dont l'origine est privée est dépassée. Ils notent en effet que le juge administratif doit régulièrement appliquer du droit privé lorsqu'il statue sur des textes réglementaires organisant le droit des relations privées.

## **2. Le juge administratif, gardien administratif de la légalité.**

**127.** Jean Rivero a brillamment démontré<sup>224</sup> que le juge administratif, au-delà de son rôle de gardien de la légalité administrative, est également un gardien administratif de la légalité. Il lui arrive en effet de statuer sur des textes réglementaires intervenant dans le droit des relations privées. Cette constatation démontre que le juge administratif peut être amené à appliquer du droit privé à l'occasion de contentieux d'actes administratifs. On

---

<sup>223</sup> V. *Infra*, dernière section de cette thèse, spéc. 842 et s.

<sup>224</sup> Jean Rivero, *Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline : Le juge et le droit public*, tome 2, LGDJ, 1974, p. 701

peut dire que la règle de droit applicable ne détermine pas forcément l'ordre de juridiction compétent. Il est donc difficile de dire que le droit administratif est le droit appliqué par les juridictions administratives.

**128.** Le juge administratif a régulièrement à connaître de la légalité d'actes administratifs qui organisent les relations des personnes privées. A l'instar de Maurice Hauriou<sup>225</sup>, on peut estimer que les normes juridiques se divisent en règles administratives qui encadrent les comportements administratifs et en règles privées destinées à régir les rapports entre particuliers. Certains de ces actes viennent préciser une loi, d'autres sont pris sur le fondement de l'article 37 de la Constitution et sont alors des règlements autonomes<sup>226</sup>. On peut citer un texte qui viendrait organiser le fonctionnement des entreprises ou un texte portant sur le droit des successions. Bien que ces actes concernent uniquement des activités privées, leur contentieux revient pourtant aux juridictions administratives. Celles-ci devront alors statuer sur la légalité d'un texte portant sur une matière de droit privé. Ainsi, le professeur Rivero précise que : « Lorsque c'est la violation de la loi qui est le motif d'annulation allégué, c'est sur le terrain exclusif de la discipline concernée- droit civil, droit commercial, droit du travail, droit pénal- que le juge administratif est appelé à se placer pour statuer. »<sup>227</sup>. Le juge glisse alors vers un rôle que l'auteur qualifie de « gardien administratif de la légalité ».

**129.** Le juge administratif est donc habitué à connaître du droit privé dans le cadre de son contrôle de légalité des actes administratifs<sup>228</sup>. Jean Rivero y voyait « une fois de plus, l'inextricable imbrication, dans la vie juridique contemporaine, du droit public et du droit

---

<sup>225</sup> Cité par Jean Rivero, note préc., Maurice Hauriou, précis de droit administratif, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 1927, p. 2. Le doyen de la faculté de droit de Toulouse écrivait ainsi, dans le régime administratif, « il n'y a pas une seule espèce de loi, mais il faut distinguer les lois ordinaires et les lois administratives ».

<sup>226</sup> Pour une étude critique, V. Louis Favoreu, Les règlements autonomes n'existent pas, RFDA 1987, p. 871

<sup>227</sup> Jean Rivero, Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?, préc.

<sup>228</sup> Le juge administratif est également habitué à connaître du droit privé lors de son élaboration. Il peut ainsi être consulté dans sa formation non contentieuse pour l'élaboration de lois portant sur du droit privé. De plus, il interprète également ce type de lois lorsqu'il a à en connaître au cours d'un contentieux. V. Benoit Plessix sous CE Sect. 19 novembre 2004, Ramond ; Roche (2arrêts), p.430, RFDA 2005, p. 375 et spéc. p. 379

privé. »<sup>229</sup>. C'est également l'illustration qu'il est difficile d'autonomiser le droit administratif par le biais d'un critère technique. Le bloc de légalité administrative comporte donc l'essentiel du droit privé lorsque le juge a à connaître de la légalité d'un acte administratif encadrant les comportements des personnes privées. Ces normes font bien partie de la légalité administrative, mais pour autant, ce n'est pas dans ce cadre que nous nous proposons d'étudier « l'enrichissement de la légalité administrative par le droit privé ». Cette application du droit privé par le juge administratif n'appelle en effet que peu de commentaires et n'a que peu de conséquences sur l'action administrative et l'évolution du droit administratif. Notre recherche se limite à l'opposition du droit privé à des actes qui encadrent les comportements administratifs<sup>230</sup>.

**130.** Le juge administratif applique parfois du droit d'origine privé pour contrôler la légalité de règles qui régissent les comportements de l'administration mais il applique également du droit privé lorsqu'il s'agit de statuer sur des actes administratifs encadrant les agissements des particuliers dans leurs activités privées<sup>231</sup>.

**131.** Il est difficile de dire que le droit administratif est le droit appliqué par les juridictions administratives. L'autonomisation du droit administratif par le biais d'un critère technique est donc malaisée. Comme dans le cadre de la recherche d'une autonomisation du droit administratif par le biais d'un critère théorique, l'étude d'une solution technique nous amène aux mêmes conclusions : le droit administratif est le droit opposé à l'action administrative, que ce droit soit appliqué par le juge administratif ou par le juge judiciaire. Cependant, si ce droit est devenu administratif par le biais de son opposition à l'activité administrative, il n'en reste pas moins du droit d'origine privée ou en tout cas « non purement publique ». Au sein même du droit administratif, on peut donc distinguer les normes d'origine privée et les normes d'origine publique. Notre étude repose sur l'étude du droit d'origine non purement publique opposé par la juridiction administrative aux actes régissant les comportements administratifs.

---

<sup>229</sup> Jean Rivero, *Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?*, préc., p. 713

<sup>230</sup> Pour davantage d'explications sur cette distinction, V. 252 et s.

<sup>231</sup> Pour une distinction, V. 127 et s.



**132.** Après avoir déterminé ce qu'est le droit administratif, il convient de se recentrer sur les termes de notre sujet. Nous avons conclu par le fait qu'il est difficile de dire que le droit administratif est un droit autonome par rapport au droit privé. Il est plus aisé de constater que la légalité administrative est, pour sa part, majoritairement autonome par rapport au droit privé. On peut ainsi parler d'une autonomisation pragmatique de la légalité administrative.



## **Section II : L'autonomisation pragmatique de la légalité administrative.**

**133.** La légalité administrative peut être définie comme l'ensemble des règles que doit respecter l'administration lors de son action<sup>232</sup>. Ainsi, les actes administratifs doivent respecter les règles formées par cet ensemble que l'on peut qualifier de bloc de légalité administrative. Dans la grande majorité des cas, la juridiction administrative, lorsqu'elle statue à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, n'applique pas de droit privé. Elle oppose à l'action des pouvoirs publics, à de rares exceptions près, un droit dit exorbitant du droit privé, c'est-à-dire un droit différent du droit opposé aux particuliers. On peut alors parler d'autonomisation pragmatique de la légalité administrative. Comme nous l'avons vu, il est difficile de déterminer précisément ce qu'est le droit administratif. Nous avons finalement retenu une conception large en considérant que le droit administratif est le droit appliqué à l'administration, quelle que soit la nature publique ou privée de ce droit<sup>233</sup>. Une très grande partie de ce droit est constituée par des règles jurisprudentielles mises en place par la juridiction administrative. Or il est facile de constater qu'une majorité de ce droit jurisprudentiel se construit en opposition au droit privé, dans la mesure où la juridiction administrative ne reprend pas les règles opposables aux particuliers mais applique ses propres règles plus adaptées à l'action des pouvoirs publics. On peut alors parler d'exclusion du droit privé (I). Si la majeure partie de la légalité administrative peut être qualifiée d'autonome par rapport au droit privé, encore faut-il s'interroger sur les raisons qui conduisent les juges à ne pas reprendre le droit opposable aux personnes privées. L'étude de la construction historique du droit administratif amène à conclure que cette autonomisation ne repose pas sur des fondements normatifs mais est davantage fondée par la pratique (II).

### **I- L'exclusion constatée du droit privé.**

**134.** L'essentiel du droit opposé à l'action administrative par la juridiction administrative est un droit différent du droit privé. On parle alors d'exorbitance du droit administratif dans la mesure où les normes opposées sont distinctes du droit privé. Il est

---

<sup>232</sup> V. Charles Eisenmann, Le droit administratif et le principe de légalité, EDCE n°11, 1957, p. 25

<sup>233</sup> V. 91 et s.

intéressant de revenir sur les multiples aspects de cette exclusion. Plusieurs questions peuvent être évoquées. D'où vient cette exorbitance, quelles sont ses différentes formes et enfin quels sont ses fondements ? En d'autres termes, il convient d'expliquer comment et pourquoi il s'est construit une légalité administrative excluant majoritairement le droit privé. L'étude de ces questions amène à constater que l'exclusion du droit privé trouve son origine sous l'Ancien Régime (A) et que cette autonomie se traduit par différentes formes d'exorbitance (B).

### **A. Une exclusion historique.**

**135.** En France, l'inapplication du droit privé à l'action administrative est un fait qu'il est difficile de dater. Il semble que l'action des pouvoirs publics ait toujours bénéficié d'un régime en partie différent du droit opposable aux particuliers. Sous l'Ancien Régime, l'exclusion du droit privé correspondait à un régime de faveur en vue d'asseoir le pouvoir du roi (1). Avec la révolution française, ce régime d'exclusion a été confirmé mais c'est un véritable droit encadrant l'action des pouvoirs publics qui s'est, cette fois-ci, développé (2).

#### **1. Une exclusion déjà présente sous l'Ancien Régime.**

**136.** Benoît Plessix précise qu'il existe une controverse en France sur la naissance du droit administratif qui oppose ceux qui considèrent que celui-ci est né sous l'Ancien Régime et ceux qui estiment qu'il a réellement pris forme avec la révolution française<sup>234</sup>. L'objet de notre étude est plus restreint, car il ne s'agit pas de dater la naissance du droit administratif mais de revenir plus précisément sur l'opposition d'un droit différent du droit privé à l'action administrative<sup>235</sup>.

**137.** Or, dès l'Ancien Régime, on constate l'élaboration d'un droit applicable à la couronne qui est différent du droit privé. Certains auteurs font même remonter les origines

---

<sup>234</sup> Benoît Plessix, Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français, Droits, 2003, p. 113

<sup>235</sup> Sur l'apparition de l'expression « droit administratif », V. Jean-Louis Mestre, Le « cours de législation administrative » de Portiez de l'Oise (1808), RFDA 1993, 239, spéc. p. 244 et s.

d'autonomie du droit administratif au droit romain ou canon<sup>236</sup>. Chaque étudiant ayant suivi une première année d'étude de droit a appris que les biens de la couronne sont imprescriptibles et inaliénables à la différence des biens des personnes privées. Cette règle trouve son prolongement aujourd'hui dans l'application de ces mêmes règles au domaine de l'Etat<sup>237</sup>. La coutume veut que le roi ne soit pas « sujet aux lois communes »<sup>238</sup>. Tenant son pouvoir directement de Dieu, le roi ne peut mal faire et on ne peut pas remettre en cause ses actes. Le roi est soustrait au droit commun sans pour autant se voir opposer un réel corpus juridique. Il s'ensuit une évolution historique caractérisée par l'apport de Jean Bodin et de Machiavel qui affranchit la gouvernance du surnaturel et considère que le roi doit agir dans le sens de l'intérêt public<sup>239</sup>. C'est à ce moment que se met en place un régime juridique qui organise progressivement l'action des gouvernants. L'Ancien Régime voit alors se constituer un droit dérogatoire au droit privé. Celui-ci est non seulement posé par un ensemble de coutumes mais il est mis graduellement en place une série d'édits, d'ordonnances et d'arrêts du Conseil du Roi qui en sont la source. On peut citer par exemple l'édit de décembre 1607 en matière d'urbanisme, ou l'ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts. Pour François Burdeau, ces règles servent uniquement à masquer l'absolutisme de l'Etat et ne sont en fait qu'un ensemble de privilèges publics<sup>240</sup>. Si cette constatation est fondée<sup>241</sup>, il n'empêche que la construction d'un droit autonome différent du droit privé naît, quelles que soient les raisons de ses auteurs, sous l'Ancien Régime. Grégoire Bigot, pourtant tenant de la thèse de la naissance du droit administratif à la suite de la révolution française<sup>242</sup>, précise tout de même que « l'absolutisme serait à l'origine de la naissance d'un droit public administratif autoritaire ayant pour objet de prémunir la

---

<sup>236</sup> V. la passionnante étude de Gabriel Le Bras, *Les origines canoniques du droit administratif*, Etudes en l'honneur d'A. Mestre, L'évolution du droit public, Sirey, 1956, p. 395 ; V. également, Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985, pp. 89 et s. et pp. 117 et s.

<sup>237</sup> Règles codifiées à l'article L.52 du Code du domaine de l'Etat. V. Yves Gaudemet, *Du domaine de la couronne au domaine public*, Mélanges en l'honneur de Jean François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 525

<sup>238</sup> Pierre Legendre, *L'administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968, p. 470 et 472 ; Pierre Legendre, *La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français*, RIDC 1971, p. 5

<sup>239</sup> V. François Xavier Testu, *La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?*, D., 1988, Chron. p. 345 ; Grégoire Bigot, *La difficile distinction droit public droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif*, Droits, 2003, p. 97

<sup>240</sup> François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 31

<sup>241</sup> La constatation du fait qu'il n'existe aucune règle sous l'Ancien Régime en matière de passation de marchés publics ou dans le domaine de l'expropriation démontre bien que l'Etat monarchique édicte uniquement les règles qui ne le desservent pas.

<sup>242</sup> V. Grégoire Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 41

puissance publique. »<sup>243</sup>. La mention d'un droit « public » administratif montre bien que dans l'esprit de l'auteur, la naissance d'un droit dérogatoire au droit commun a bien eu lieu sous l'Ancien Régime<sup>244</sup>.

**138.** Ce constat peut être prolongé par le fait que dès 1641, l'édit de Saint Germain est venu poser l'interdiction aux parlements de connaître de toutes les affaires « qui peuvent concerner l'Etat, administration et gouvernement d'icelui »<sup>245</sup>. Ce contentieux est alors confié à un ensemble de corps au nombre desquels figure en bonne place le Conseil du Roi<sup>246</sup>. Cette véritable séparation des autorités administrative et judiciaire, ancêtre de la loi des 16-24 août 1790, favorise, par l'exclusion des juridictions ordinaires, la naissance d'un droit exorbitant du droit privé<sup>247</sup>.

**139.** L'exclusion du droit privé sous l'Ancien Régime vient trouver sa consécration dans la systématisation du contentieux administratif. Le juriste Nicolas Delamare est venu théoriser ce système par le biais d'une étude spécifique consacrée à la police<sup>248</sup>. La compréhension de ce terme de police ne doit pas être limitée à la définition restreinte qu'on lui connaît aujourd'hui mais doit être entendue davantage au sens grec du terme qui traduit l'ensemble de la fonction administrative<sup>249</sup>. Ce traité, remarquablement décrit et mis en perspective par Benoît Plessix<sup>250</sup>, est une véritable étude de la fonction administrative et du droit qui lui est applicable. Non seulement les tenants de la thèse de la naissance du droit administratif sous l'Ancien Régime y voient un argument de poids, mais de plus, la volonté

---

<sup>243</sup> Grégoire Bigot, La difficile distinction droit public droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif, Droits, 2003, p. 97

<sup>244</sup> Dans ce sens, V. Jean-Louis Mestre, Introduction historique au droit administratif français, Op. Cit., et notamment la conclusion de l'ouvrage pp. 281 et s.

<sup>245</sup> V. François Burdeau, Histoire du droit administratif, op. cit., p. 34 ; Grégoire Bigot, La difficile distinction droit public droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif, préc., p. 99 ; Sylvain Soleil, Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherches, in Regards sur l'histoire de la justice administrative, sous la direction de Grégoire Bigot, LITEC, 2006, p. 3

<sup>246</sup> Pour un aperçu détaillé du système, V. François Burdeau, Histoire du droit administratif, op. cit., p. 34 et 35

<sup>247</sup> Dans ce sens, V. Grégoire Bigot, La difficile distinction droit public droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif, préc., p. 99

<sup>248</sup> Nicolas Delamare, Traité de la police, 4 vol., Paris, Brunet, 1722-1738

<sup>249</sup> V. Elisabeth Zoller, Introduction au droit public, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 35

<sup>250</sup> Benoît Plessix, Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français, Droits, 2003, p. 113

de cet auteur d'individualiser l'administration et son droit démontre qu'il existe une structure juridique autonome avant la révolution française<sup>251</sup>.

**140.** Il est difficile de voir dans cette succession de fait la naissance d'un véritable droit administratif car les différentes règles posées et le système mis en place visent uniquement à masquer l'absolutisme et n'accordent que peu de droits et de garanties aux sujets du roi. En revanche, il est intéressant de constater à l'occasion de notre étude l'élaboration, sous l'Ancien Régime, d'un véritable système exorbitant du droit privé quelle que soit sa portée. Cette exclusion du droit privé est prolongée à partir de la révolution française.

## **2. Une exclusion renforcée à partir de la révolution.**

**141.** La non opposition du droit privé à l'action administrative s'est confirmée avec la révolution française et a été prolongée par les régimes qui l'ont suivi. L'édit de Saint Germain précédemment évoqué et confirmé par la loi des 16 et 24 août 1790 dans son Titre II article 13, interdit aux juges ordinaires de « troubler » l'action administrative<sup>252</sup>. Le décret du 16 fructidor an III défend, pour sa part, aux tribunaux de connaître des actes d'administration. Rapidement après sa création en 1799, le Conseil d'Etat prit soin d'affirmer son indépendance par rapport à une nouvelle source du droit : le Code civil de 1804. Dès 1855 avec l'arrêt *Rotschild*<sup>253</sup> le Conseil d'Etat précise que les rapports, droits et obligations naissant des relations entre les services de l'Etat, ses agents et les particuliers ne peuvent être réglés que par le seul droit civil. Suite à une évolution sur laquelle nous reviendrons<sup>254</sup>, le Conseil d'Etat deviendra, grâce à la loi du 24 mai 1872, compétent pour trancher lui-même les litiges administratifs. L'année suivante, le Tribunal des conflits

---

<sup>251</sup> Pour une opinion contraire, V. Grégoire Bigot, L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif, in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 25, et spéc. p. 26 où l'auteur considère que le droit administratif naît de la conception profane de la révolution française et qu'il est difficile de considérer que « le profane à envahi tout le sacré dès l'ancien droit. ».

<sup>252</sup> « 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 raisons de leurs fonctions. »

<sup>253</sup> CE 6 décembre 1855, *Rotschild*, p.707, S. 1856. II., p. 508

<sup>254</sup> V. 157 et s.

confirmera dans sa célèbre décision *Blanco*<sup>255</sup> la solution dégagée par l'arrêt *Rotschild*<sup>256</sup> et exclura le Code civil du règlement des contentieux de responsabilité.

**142.** Il est intéressant de constater que le droit administratif comme système indépendant du droit privé a été enseigné à la faculté de Paris avant les décisions *Rotschild*<sup>257</sup> et *Blanco*<sup>258</sup>. Joseph Marie Gérando est le fondateur de l'enseignement de droit administratif à la faculté de droit de Paris en 1819<sup>259</sup>. Il présente la matière comme un système autonome doté d'une cohérence interne<sup>260</sup>. Pour Gérando, ce sont les principes législatifs de 1789 qui sont reconnus comme « fondant un ordre de choses nouveau »<sup>261</sup>.

**143.** D'autres phénomènes peuvent être analysés comme démontrant que le droit administratif est un droit différent du droit privé qui tend à se systématiser. Les analyses des arrêts du Conseil d'Etat sont de plus en plus nombreuses. Des revues juridiques d'études du droit administratif (Thémis, revue de critique jurisprudentielle...) sont créés dès 1819. En 1850, se crée une revue appelée journal du droit administratif. En 1821, J.-B. Sirey publie un recueil reprenant les arrêts du Conseil d'Etat analysés par Macarel qui deviendra par la suite le recueil Lebon. La doctrine n'a donc pas attendu la jurisprudence *Blanco*<sup>262</sup> pour mettre en place l'étude et la présentation du droit administratif comme droit autonome. Certains<sup>263</sup> vont même jusqu'à voir dans ce travail « d'inventaire »<sup>264</sup> un des facteurs de l'évolution du droit administratif.

**144.** L'autonomisation du droit administratif et son indépendance par rapport au droit privé ont donc été progressivement confirmées et prolongées à partir de la révolution

---

<sup>255</sup> TC 8 février 1873, *Blanco*, D. 1873.3.20, concl. David ; S. 1873.3.153, concl. David ; GAJA n°1

<sup>256</sup> CE 6 décembre 1855, *Rotschild*, préc.

<sup>257</sup> Ibid.

<sup>258</sup> Préc.

<sup>259</sup> François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Op. cit., p. 107

<sup>260</sup> V. Gérando, *Institutes du droit administratif français*, Tome 1, Paris, Nève, 1829 ; Gilles J. Guglielmi, *Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif*, in *Le droit administratif en mutation*, PUF, 1993, p. 41

<sup>261</sup> Gérando, *Institutes du droit administratif français*, op. cit., p. 2

<sup>262</sup> Préc.

<sup>263</sup> V. par exemple l'instructif ouvrage de Sabino Cassese, *La construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni*, Montchrestien, 2000, p. 25

<sup>264</sup> L'expression, reprise par Sabino Cassese, est de Pierre Legendre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, 1968, p. 10



française. Nous reviendrons plus tard sur les raisons qui ont fondé cette exclusion. Nous verrons également qu'il est difficile de voir dans les arrêts *Blanco* et *Rotschild* le fondement de l'autonomie de l'ensemble du droit administratif. Dans les faits, il est cependant évident que l'inapplication du droit privé par les juridictions administratives a suivi cette évolution historique qui débute sous l'Ancien Régime et qui se trouve confirmée par ces décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal de conflits. Ainsi, l'exorbitance du droit administratif, c'est-à-dire sa tendance à être différent du droit privé, se traduit par un double phénomène.

## **B. Une exorbitance plurielle.**

**145.** La juridiction administrative applique pour l'essentiel un droit exorbitant, c'est-à-dire différent, du droit privé. Cette spécificité du droit administratif résulte, nous l'avons vu, d'une construction historique. Il reste à voir dans quelle mesure cette exorbitance se traduit aujourd'hui. Celle-ci semble se développer à travers deux mouvements. D'une part, la juridiction administrative applique, très majoritairement, lors du contrôle de légalité des actes administratifs, des normes différentes de celles de droit privé (1). D'autre part, s'il lui arrive d'appliquer des textes de droit privé, c'est souvent pour mieux se les approprier par le biais d'une exorbitance dans l'application même de ces textes (2).

### **1. Une exorbitance de normes.**

**146.** Au sens courant, le terme exorbitant peut être défini comme « ce qui sort des bornes, qui dépasse la juste mesure ». Au sens juridique, exorbitant signifie « dérogatoire »<sup>265</sup>. Ces deux définitions peuvent se rapporter au droit administratif. La première pour qualifier la majorité de l'action administrative qui jouit d'un véritable privilège d'action comme par exemple le privilège du préalable, c'est-à-dire la possibilité que détient l'administration d'imposer des décisions sans le consentement de son destinataire et sans passer par un juge<sup>266</sup>. Ce pouvoir est bien exorbitant dans le sens où il

---

<sup>265</sup> Le petit Robert, sous la direction de Josette Rey Debove et Alain Rey, Dictionnaire le Robert, 2002

<sup>266</sup> CE Ass. 2 juillet 1982, Huglo, p. 257

dépasse « la juste mesure ». La seconde définition illustre la particularité de la majorité du droit applicable à l'administration dans le sens où celui-ci est « dérogatoire » au droit applicable à la plupart des personnes privées. Le droit opposé à l'action administrative déroge au droit commun. Les juges administratifs privilégient l'application de règles spécifiques à l'action administrative, c'est-à-dire de règles destinées uniquement à encadrer les comportements des personnes publiques, et n'appliquent que très rarement les règles destinées à organiser les comportements des personnes privées. La légalité administrative est en grande majorité constituée de règles spécifiques et n'est que très peu alimentée par des règles issues du Code civil, du Code de la consommation ou du Code de commerce. Nous verrons par la suite comment nous pouvons expliquer cette exclusion. Il convient pour le moment d'illustrer notre propos.

**147.** La grande majorité des recours pour excès de pouvoir accueillis par les juridictions administratives françaises ne fait jamais référence au droit privé, c'est-à-dire aux droits applicables aux personnes privées. Tout comme lors des recours en responsabilité<sup>267</sup>, les juridictions administratives appliquent des règles juridiques qui sont spécifiques et adaptées à l'action administrative. Ainsi, les règles applicables aux biens des personnes publiques sont différentes des règles applicables aux biens des personnes privées. Ces principes font d'ailleurs l'objet de deux cours distincts en troisième année d'étude de droit. L'occupation privative du domaine public ne répond pas aux mêmes règles que l'occupation privative du domaine privé. Lorsqu'une personne exerçant une activité commerciale désire développer son activité sur le domaine public et qu'elle obtient un titre d'occupation de ce domaine par acte administratif unilatéral, cette autorisation est, sauf exception<sup>268</sup>, précaire et peut être retirée à tout moment<sup>269</sup>. Un administré qui se verrait retirer une telle autorisation ne pourrait agir devant un Tribunal administratif en arguant que celle-ci est contraire aux règles applicables aux baux commerciaux et notamment à l'article L 145-4 du Code de commerce qui prévoit qu'un contrat de bail commercial ne peut être inférieur à neuf ans. Ce moyen n'aurait en effet aucune chance d'aboutir car le

---

<sup>267</sup> TC 8 février 1873, Blanco, D. 1873.3.20, concl. David ; S. 1873.3.153, concl. David ; GAJA n°1

<sup>268</sup> V. Yves Gaudemet, Droit administratif des biens, LGDJ, 12<sup>ème</sup> éd., 2002, n° 420

<sup>269</sup> CE 4 février 1983, Ville de Charleville-Mézières, rec. p. 45

Tribunal administratif retiendra la règle spécifique à l'activité administrative qui prend en compte les particularités du domaine public.

**148.** Si l'administration se voit appliquer des normes spécifiques posées par la jurisprudence, elle est également soumise à un régime particulier par divers lois et règlements qui organisent l'action administrative. Ainsi, les marchés et travaux publics, les délégations de service public ou la fonction publique sont soumis à des normes spécifiques. Le Code de la fonction publique sera préféré au Code du travail pour régler un contentieux concernant un agent public ; la durée hebdomadaire du temps de travail est organisée par des décrets spécifiques<sup>270</sup> à chacune des trois fonctions publiques. Ces textes ne peuvent être contestés devant une juridiction administrative en prétextant une contrariété avec le Code du travail et notamment ses articles L 212-1 et suivant.

**149.** L'administration jouit donc d'un régime différent du droit privé et ces normes sont posées à la fois par la jurisprudence et par des textes législatifs et réglementaires. Il arrive pourtant dans certains cas que cette exorbitance de norme applicable tombe et que la juridiction administrative choisisse d'opposer du droit privé à l'action des pouvoirs publics. On ne peut certes plus parler d'exorbitance de norme, mais on constate tout de même une certaine spécificité dans la réception de ces textes que l'on peut qualifier d'exorbitance dans l'application du droit privé.

## **2. Une exorbitance dans l'application du droit privé.**

**150.** Le droit privé n'est pas totalement exclu de la légalité administrative. Si, dans la très grande majorité des cas, le juge administratif applique un droit spécifique c'est-à-dire différent du droit privé, il lui arrive de reprendre des textes spécifiques aux relations des particuliers. Le juge a pour habitude, soit d'appliquer directement la norme de droit privé par le biais d'une citation objective de la norme concernée, soit de reprendre indirectement

---

<sup>270</sup> Décret n° 2000-815 du 25 août 2000 pour la fonction publique de l'Etat ; Décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002 pour la fonction publique hospitalière ; Décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 pour la fonction publique territoriale.

cette norme par le biais d'un principe général du droit dégagé de la norme de droit privé<sup>271</sup>. Dans tous les cas de figure, le juge reste maître de la source qu'il a décidé de reprendre plus ou moins objectivement. C'est d'ailleurs peut-être en ce sens que la légalité administrative est autonome par rapport au droit privé. Rien n'impose au juge de reprendre une règle de droit privé et de l'intégrer au bloc de légalité. La légalité administrative est autonome et, si le juge décide d'inclure une règle de droit privé dans cette légalité, c'est par sa seule volonté, ce qui ne remet pas en cause l'idée d'autonomie. Nous y reviendrons<sup>272</sup>. De plus, le juge reste libre d'assortir la norme de droit privé de limites ou d'exceptions d'application. N'est-ce pas d'ailleurs la raison d'être de la juridiction administrative de procéder à ce travail d'appropriation ? Même si les applications du droit privé par les juridictions administratives restent relativement rares, leur rôle est de pondérer les effets du droit privé par une application différente de celle des juridictions judiciaires. On peut alors parler d'exorbitance dans l'application du droit privé.

**151.** Le juge peut s'appuyer sur des textes issus du droit privé mais il doit prendre en compte la particularité de sa tâche en adaptant la norme à l'action administrative. Si le juge administratif ne procède pas à ce type de raisonnement, il risque de voir sa compétence remise en cause par les tenants de l'unité juridictionnelle<sup>273</sup>. On peut en effet s'interroger sur la raison de maintenir un dualisme juridictionnel si les deux ordres de juridiction appliquent, de la même façon, des normes similaires. Le dualisme juridictionnel est en partie dû au fait que chaque ordre a à connaître de contentieux différents et à ce titre applique des droits différents. On peut défendre l'idée qu'appliquer des droits différents, c'est non seulement s'appuyer sur des normes différentes, comme nous l'exposons ci-dessus<sup>274</sup>, mais cela peut être également la reprise, pour partie, de normes similaires mais appliquées de façon différente. L'exorbitance se caractérise alors par la façon d'appliquer

---

<sup>271</sup> Pour une étude plus complète de ces méthodes d'application du droit privé, V. Chapitre II

<sup>272</sup> V. 251 et s.

<sup>273</sup> V. par exemple, Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985 ; Didier Truchet, *Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?*, Études offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992 ; Pour un état de la répartition des compétences d'application du droit de la concurrence, V. Didier Truchet, *Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence*, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002, p. 539 ; V. également les positions nuancées de Jean Boulouis, *Supprimer le droit administratif ?*, Pouvoirs, 1988, n°46, p. 5 ; Pierre Delvolvé, *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire*, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 135 ; Didier Truchet, *Avons-nous encore besoin du droit administratif ?*, in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 1039

<sup>274</sup> V. 146 et s.

une norme. Le rôle du juge administratif est de prendre en compte dans ses décisions l'intérêt général afin d'assurer au mieux des notions telles que le service public. Le rôle des juridictions judiciaires est de prendre en compte non l'intérêt général mais les intérêts des particuliers. Le travail des deux ordres est donc différent. Il est alors logique que le juge administratif prenne en compte l'intérêt général lorsqu'il reprend une norme classiquement appliquée par la juridiction judiciaire.

**152.** L'exorbitance ne peut pas pour autant être retenue comme un dogme qui doit s'imposer obligatoirement en toutes circonstances au juge administratif. Ainsi, le droit privé doit être appliqué de façon spécifique lorsque cela est rendu nécessaire par la situation. Le juge peut tout à fait reprendre une norme de droit privé et l'appliquer de la même façon que le juge judiciaire si aucune limite d'intérêt général ne le justifie<sup>275</sup>. Cette position du juge qui conduit à appliquer le droit privé de façon exorbitante seulement lorsque cela est justifié démontrera tout le sérieux et la rigueur du juge administratif qui n'imposera des solutions originales que quand cela est rendu clairement nécessaire par des exigences d'intérêt général.

**153.** Malheureusement, la juridiction administrative se détache peu de la position judiciaire lorsqu'elle reprend des textes de droit privé. L'étude de la jurisprudence ne fait ressortir que de rares exemples où les juges prennent en compte des limites d'intérêt général lors de l'application de normes de droit privé. Le Conseil d'Etat recourt régulièrement à des déclarations d'intention où il précise que la norme de droit privé trouvera à s'appliquer si l'intérêt général ou les obligations de service public n'y font pas échec<sup>276</sup>. Mais cette limite ne se réalise que rarement. Le juge précise presque systématiquement que la norme classiquement appliquée par le juge judiciaire sera mise en échec si l'intérêt général le justifie mais il ne retient presque jamais cette limite d'application malgré la présence de cette préconisation. On peut toutefois retenir trois exemples où le Conseil d'Etat met clairement en échec l'application de normes non exclusivement publiques pour des raisons liées à l'intérêt général. Le premier est relatif au

---

<sup>275</sup> Sur l'utilisation rationnelle de la notion d'intérêt général, V. Didier Truchet, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Thèse, LGDJ, 1977, spéc. sa deuxième partie.

<sup>276</sup> V. par exemple, CE Ass. 1 juillet 1988, Billard et Volle, rec. p. 268, Dr. Soc. 1988, p. 775 concl. O. Van Ruymbeke, pour une application indirecte du Code du travail ; CE 24 septembre 2003, CAMIF, n°240604 ; pour une application du droit de la concurrence ; CE, 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G.Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier, pour une application du droit de la consommation.

droit de la concurrence<sup>277</sup>, le second au droit du travail<sup>278</sup>, le troisième au droit de la consommation<sup>279</sup>. Dans les trois cas, le juge administratif a décidé de mettre en échec l'effectivité de ces trois droits en retenant un intérêt général prééminent<sup>280</sup>. Il n'est pas étonnant qu'aucune limite d'intérêt général n'ait été prononcée en matière de droit pénal. La nature particulière de cette matière qui peut difficilement être qualifiée de droit privé ou de droit public et son apport à l'intérêt général ne justifient pas la mise en place d'exception d'application par le juge administratif. Michel Degoffe note que « l'autonomie du droit administratif par rapport au Code civil ou au Code du travail par exemple se justifie selon le juge administratif par les nécessités du service public ou de l'incompatibilité de la règle civile avec un régime de droit administratif. L'on ne voit pas en quoi de telles nécessités pourraient justifier une dérogation à l'application d'un livre du Code pénal justement consacré à la chose publique. »<sup>281</sup>.

**154.** Les reprises du droit privé par les juridictions administratives, bien que proportionnellement rares par rapport au nombre de contentieux, restent tout de même numériquement importantes. Le fait que l'on ne puisse dénombrer que trois cas concrets d'exorbitance dans l'application du droit privé démontre que le juge reste en retrait de son rôle traditionnel de défenseur de l'intérêt général. Contrairement à ce qui est souvent écrit<sup>282</sup>, il n'existe pas réellement « d'application publique » du droit privé. Il appartient à la juridiction administrative de prendre toute la mesure de son rôle en la matière afin de faire naître une réelle exorbitance dans l'application du droit privé. Ce constat qui vise à conclure que la juridiction administrative a un réel devoir de prendre en compte les

---

<sup>277</sup> CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, rec. p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n° 1712 note Marie-Christine Rouault ; DA 2004, Comm. 161, note Michel Bazex et Sophie Blazy

<sup>278</sup> CE 21 février 2003, Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières, p.47, DA avril 2003, p. 23 note GLC

<sup>279</sup> CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289, note Jacques Fialaire

<sup>280</sup> Pour une étude complète de ces trois arrêts, V. deuxième partie.

<sup>281</sup> Michel Degoffe, note sous CE 6 décembre 1996, Lambda, RA 1997, p. 272, spéc. p. 274

<sup>282</sup> V. Sophie Nicinski, Les évolutions du droit administratif de la concurrence, AJDA 2004, p. 751 ; Agathe Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, p.1015. Pour ces deux auteurs il existe une application spécifique du droit de la concurrence et de la consommation par le juge administratif. Sur l'inexistence actuelle d'un droit public de la consommation, V. Sylvande Perdu, Le juge administratif et la protection des consommateurs, AJDA 2004, p. 481

particularités de l'action administrative est confirmé par l'étude des fondements de l'exorbitance de la légalité administrative.

## **II- Une exclusion fondée par la pratique.**

**155.** Il est essentiel de s'interroger sur les fondements de l'exclusion du droit privé par le juge administratif lors du contrôle de légalité des actes administratifs. Ainsi, on peut se poser la question de savoir sur quelle base repose cette exorbitance. La tendance naturelle du juriste lui impose de rechercher une explication dans le droit positif, c'est-à-dire dans le droit effectivement en vigueur, à savoir les textes et la jurisprudence. Cette méthode n'est guère concluante car elle aboutit au constat qu'il n'existe pas de fondements normatifs à l'inapplication du droit privé lors du recours pour excès de pouvoir (A). Les raisons de cette indépendance par rapport au droit privé sont à rechercher dans une approche plus pratique qui amène à conclure que les fondements de l'exorbitance se situent dans des considérations extra-juridiques (B).

### **A. L'absence de fondements normatifs à l'inapplication du droit privé.**

**156.** L'autonomie du droit administratif est une réalité dont il convient d'expliquer les fondements. Il est tentant pour un juriste de justifier un phénomène par une explication normative. Peut-on dire que le droit administratif est un ensemble juridique différent du droit commun parce qu'une norme l'impose ? L'étude historique de la construction du droit administratif ne permet pas de donner une réponse positive. Aucun fondement textuel ne semble justifier le recours à un droit différent (1) et enfin, la jurisprudence ne semble pas évoquer le recours à une légalité exorbitante (2).

## 1. L'absence de fondements textuels.

157. Nous l'avons vu<sup>283</sup>, la légalité administrative exclut majoritairement les normes de droit privé. Cette différence peut-elle s'expliquer par un ou plusieurs textes qui imposeraient au juge de recourir à un droit différent ? Avant de répondre à cette question il convient de revenir sur l'autorité responsable de l'application de l'essentiel du droit administratif<sup>284</sup>, la juridiction administrative. En effet, notre système juridique est organisé de telle façon qu'il existe deux ordres juridictionnels différents qui appliquent deux droits en grande partie différents. On peut donc penser que la source d'une légalité exorbitante est l'existence des deux ordres de juridictions. Il faut donc étudier la question suivante : la présence d'un droit exorbitant est-elle imposée par les textes qui fondent notre dualisme juridictionnel ?

158. La séparation des juridictions judiciaire et administrative repose, il est vrai, essentiellement sur des bases textuelles. La création d'un ordre juridictionnel administratif distinct de l'ordre judiciaire trouve son origine sous la période révolutionnaire en réaction au système pratiqué sous l'Ancien Régime. La loi des 16 et 24 août 1790 dans son Titre II article 13, interdit aux juges ordinaires de « troubler » l'action administrative<sup>285</sup>. Le décret du 16 fructidor an III défend, pour sa part, aux tribunaux de connaître des actes d'administration et annule toute procédure et jugement intervenus à cet égard. Ainsi, le règlement du contentieux administratif sera confié au gouvernement et à des collèges composés non de magistrats élus mais de membres de l'administration. La Constitution du 5 fructidor an III supprime la collégialité, ce qui a pour conséquence de mettre en place le système dit du « ministre juge » où chaque ministre a compétence à l'égard des litiges provoqués par l'activité de son département. Le Consulat fera évoluer en l'an VIII ce système de l'« administrateur-juge » et créera le Conseil d'Etat qui est chargé de donner un avis sur les affaires qui lui sont soumises, la décision finale revenant toujours au chef de

---

<sup>283</sup> V. 146 et s.

<sup>284</sup> Selon notre définition, le droit administratif est le droit opposé à l'action administrative qu'il soit appliqué par le juge judiciaire ou le juge administratif. V. Section I

<sup>285</sup> « 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 raisons de leurs fonctions. »



l'Etat. La loi du 28 pluviôse an VIII créera également les Conseils de préfecture qui, à la différence du Conseil d'Etat, reçurent dès l'origine la justice déléguée. Le professeur Chapus note que la justice administrative n'est pas pour autant dissociée de l'administration. Mais, au lieu d'être exercée par l'administration active, elle le sera par « l'administration consultative », à qui il appartiendra, non seulement de conseiller les administrateurs actifs, mais aussi de statuer sur les réclamations provoquées par leur comportement. »<sup>286</sup>. Il est mis fin à ce système de justice retenue par la loi du 24 mai 1872 qui confie au Conseil d'Etat lui-même le soin de trancher les litiges administratifs<sup>287</sup>. L'indépendance de l'ordre administratif, ainsi que certaines compétences spécifiques des juridictions administratives, sont bien plus tard constitutionnalisées par le Conseil constitutionnel qui y voit des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république<sup>288</sup>.

**159.** Cette évolution consacre le dualisme juridictionnel ou, tout du moins, l'existence de deux ordres de juridictions distincts. A aucun moment, il n'est fait référence à un droit exorbitant. Ces textes imposent une séparation des juridictions mais ils ne précisent pas que l'ordre administratif doive opposer un droit spécifique à l'action administrative.

**160.** Il peut être intéressant de présenter le problème différemment. Imaginons qu'un gouvernement décide d'imposer aux juridictions administratives d'opposer uniquement du droit privé à l'action administrative. Existe-il une norme qui rendrait cette opération illégale ? Les textes révolutionnaires imposent une séparation de l'ordre judiciaire et administratif<sup>289</sup>. Cette séparation serait toujours présente et effective mais les deux ordres appliqueraient le même droit, ce qui remettrait rapidement en cause l'intérêt de notre dualisme juridictionnel. Les juridictions administratives ont un domaine de compétence

---

<sup>286</sup> René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2004, p. 42

<sup>287</sup> Pour une vision critique de cette évolution, V. Grégoire Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872*, Thèse, LGDJ, 1999 ; V. également, Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Thèse, LGDJ, 1970

<sup>288</sup> CC, 80-119 DC du 22 juillet 1980, RDP 1980, p. 1658, chron. Louis Favoreu ; CC, 86-224 DC du 23 janvier 1987, RDP 1987, p. 1341 n. Yves Gaudemet

<sup>289</sup> V. 141 et s.

constitutionnellement reconnu<sup>290</sup>, c'est-à-dire qu'elles sont compétentes pour statuer dans des domaines bien particuliers et que le législateur ne peut revenir sur cette délimitation. La réforme que nous évoquons touche au droit applicable mais ne remet pas en cause ces compétences : elle impose simplement la prise en compte du droit privé. Cette réforme ne serait pas non plus en contradiction avec le principe fondamental reconnu par les lois de la république posé en 1980 qui proclame une indépendance de la juridiction administrative<sup>291</sup>. En effet, on ne voit pas ce qu'il y a de différent entre la décision que prend régulièrement le législateur ou le pouvoir réglementaire d'appliquer du droit commun à une matière administrative traditionnellement régie par du droit exorbitant<sup>292</sup> et une obligation générale d'appliquer du droit privé à toutes les activités administratives. Il est improbable que le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel condamne cette généralité. Aucun texte ne semble interdire la généralisation de l'utilisation du droit privé aux activités administratives et « l'indépendance de la juridiction administrative » n'interdit pas aux pouvoirs exécutif ou législatif d'imposer de façon générale l'utilisation du droit privé. Cette « indépendance » concerne davantage la souveraineté de la justice administrative que la nature du droit applicable<sup>293</sup>. Rien ne laisse apparaître dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat que cette « indépendance » concerne le droit applicable. Il est toujours possible d'imaginer que cette jurisprudence évolue et que l'une de ces juridictions considère, le cas échéant, que dicter aux juridictions administratives la nature du droit qu'elles doivent appliquer remet en cause « le caractère spécifique de leurs fonctions » évoqué dans la décision de 1980<sup>294</sup>. Il serait même tout à fait possible pour le Conseil d'Etat de revenir lui-même (hypothèse d'école) sur la prise en compte de ce droit exorbitant car aucun texte ne l'en empêche. C'est cette absence normative qui permet au Conseil d'Etat de décider au cas par cas d'opposer du droit privé à certaines activités administratives<sup>295</sup>.

---

<sup>290</sup> CC, 86-224 DC du 23 janvier 1987, RDP 1987, p. 1341 note Yves Gaudemet

<sup>291</sup> CC, 80-119 DC du 22 juillet 1980, RDP 1980, p. 1658, chron. Louis Favoreu

<sup>292</sup> V. par exemple la loi du 31 décembre 1957 relative à la compétence en matière de dommages causés par les véhicules terrestres qui a pour effet d'unifier ce type de contentieux au profit des juridictions judiciaires. L'article premier de cette loi dispose que les actions en responsabilité exercées sur la base de cette loi seront jugées conformément aux règles du droit civil.

<sup>293</sup> A ce sujet, V. Louis Favoreu et Loïc Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 13<sup>ème</sup> éd., 2005, pp. 414-416

<sup>294</sup> CC, 80-119 DC du 22 juillet 1980, préc.

<sup>295</sup> Pour des exemples d'application du droit privé lors d'un recours pour excès de pouvoir, V. Partie II.

**161.** Ce petit exercice vise à démontrer par l'absurde qu'aucun texte n'impose au juge administratif d'appliquer un droit différent du droit privé. Or l'ordre administratif s'est construit sur cette logique. Comment peut-on alors expliquer la construction différenciée de ce droit ? La recherche d'une justification jurisprudentielle ne donne pas plus de réponse.

## **2. Une jurisprudence muette sur l'autonomie de la légalité.**

**162.** L'existence d'un droit différent du droit privé, qualifié d'exorbitant car dérogoire au droit dit « commun », repose essentiellement sur la jurisprudence. Ainsi le Tribunal des conflits expose dans son célèbre arrêt *Blanco* de 1873<sup>296</sup> une certaine autonomie du droit administratif par rapport au droit privé sur laquelle il convient de revenir. Loin de consacrer une autonomie totale du droit administratif, cette décision reste limitée aux cas de responsabilité de l'administration (a) excluant par là même les autres contentieux au nombre desquels figure le recours pour excès de pouvoir (b).

### **a. L'arrêt *Blanco* fondement de l'exorbitance de la responsabilité.**

**163.** La décision *Blanco* est qualifiée d'arrêt « fondateur » du droit administratif. Sa portée semble pourtant limitée à un secteur particulier du contentieux administratif : la responsabilité.

**164.** Dans cette affaire, la petite Agnès Blanco a subi une amputation de la jambe suite à une collision avec un wagon poussé par des employés de la manufacture des tabacs. Le père de la fillette demande une réparation à l'Etat devant le Tribunal civil de Bordeaux. Le préfet de la Gironde lui adresse un déclinatoire de compétence que le tribunal rejette. Le préfet décide alors d'élever le conflit. Le Tribunal des conflits doit déterminer l'ordre de juridiction compétent pour engager la responsabilité de l'Etat dans cette affaire. Il rend à cette occasion le plus célèbre considérant de principe de l'histoire du droit administratif :

---

<sup>296</sup> TC 8 février 1873, Blanco, D. 1873.3.20, concl. David ; S. 1873.3.153, concl. David ; GAJA n°1

**165.** « Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ; Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ».

**166.** Doit-on en conclure que l'exorbitance du droit administratif repose sur ce considérant ? La portée de cet arrêt est en fait beaucoup plus modeste. Le Tribunal des conflits évoque la nécessité de déroger au Code civil et donc par extension au droit privé pour ce qui est de la responsabilité de la puissance publique. Le tribunal raisonne en trois temps : l'Etat assure des missions de service public qui nécessitent la mise en place d'un droit spécial lorsque la responsabilité de l'Etat gestionnaire de ces missions est mise en jeu. La juridiction administrative est seule compétente pour appliquer ces normes spécifiques. On peut en conclure que la responsabilité administrative ne peut être mise en cause qu'en prenant en compte un droit différent du droit privé. Ainsi, l'administration n'est pas responsable de ses actes fautifs sur le fondement de l'article 1382 du Code civil mais sur la base d'une évolution prétorienne qui débute avec l'arrêt *Blanco*.

**167.** Cette décision souvent qualifiée d'arrêt « fondateur » du droit administratif fait l'objet d'études doctrinales qui remettent en cause sa portée réelle<sup>297</sup>. Au-delà de ces critiques, cet arrêt reste une décision de base du droit administratif et l'histoire l'a retenue comme telle. Il n'est pourtant d'aucune utilité pour expliquer la mise en place d'un droit exorbitant dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir. Ce dernier ne repose pas sur un engagement de responsabilité au sens de l'arrêt *Blanco* mais constitue un recours objectif fait contre un acte administratif. Le juge statue alors sur la légalité d'un acte en recourant au bloc de légalité administrative contenant toutes les normes encadrant l'édition de cet acte. Ce bloc de légalité contient essentiellement du droit différent du droit privé. L'arrêt *Blanco* n'est pas à la base de cette exorbitance de légalité. En réalité,

---

<sup>297</sup> V. notamment, René Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privé. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires, Thèse, LGDJ, 1954, spéc. p. 85 et s. ; V. également, Grégoire Bigot, Les mythes fondateurs du droit administratif, RFDA 2000, p. 527 ; Grégoire Bigot, Introduction historique au droit administratif depuis 1789, PUF, 2002, pp. 195 et s.

aucune jurisprudence ne semble évoquer l'exclusion du droit privé de la légalité administrative.

**b. L'absence de jurisprudence sur la légalité.**

**168.** Il est difficile de trouver une justification jurisprudentielle à l'exorbitance de l'essentiel de la légalité administrative. L'arrêt *Blanco*<sup>298</sup>, on l'a vu, traite de la responsabilité et non de la légalité. Il en est de même pour la jurisprudence *Rotschild* du Conseil d'Etat<sup>299</sup> qui n'évoque que la responsabilité extracontractuelle de l'Etat. Grégoire Bigot précise, à juste titre, que « le droit de la responsabilité extracontractuelle est spécial et non pas général ; il ne concerne qu'un nombre extrêmement faible d'affaires : les règles fondatrices d'un droit autonome qu'il serait censé contenir ne déteignent absolument pas sur les autres branches du contentieux. »<sup>300</sup>.

**169.** Aucune jurisprudence relative à la spécificité de la légalité administrative ne semble revêtir la forme péremptoire des arrêts *Blanco* et *Rotschild*<sup>301</sup>. Grégoire Bigot note que le droit administratif « s'est développé de façon autonome dans la double sphère du recours contentieux et du recours pour excès de pouvoir. Malheureusement, le secret du droit (véritable droit administratif) issu de ces recours demeure aujourd'hui complet »<sup>302</sup>. Il qualifie enfin de « légendaire »<sup>303</sup> la doctrine qui vise à faire de l'arrêt *Blanco* le point de départ d'un droit administratif autonome. En réalité, les raisons de l'autonomie de la légalité administrative figurent dans des éléments plus pratiques que normatifs.

---

<sup>298</sup> Préc.

<sup>299</sup> CE 6 décembre 1855, *Rotschild*, p.707, S. 1856. II., p. 508

<sup>300</sup> Grégoire Bigot, *Les mythes fondateurs du droit administratif*, préc., p. 530

<sup>301</sup> Préc.

<sup>302</sup> Note préc., p. 531

<sup>303</sup> Ibid.

## **B. La prise en compte des fondements extra-juridiques.**

**170.** Si l'exorbitance de la légalité administrative peut difficilement trouver son fondement dans des normes, elle trouve plus facilement à s'expliquer par des considérations extra-juridiques. La non opposition du droit privé à la majorité des actes administratifs s'explique par un double constat. D'une part, les hasards de l'histoire ont contribué à cette construction (1). D'autre part, ce phénomène d'autonomisation a été renforcé par notre dualisme juridictionnel (2).

### **1. Une construction historique.**

**171.** Nous avons déjà rappelé brièvement l'histoire de la construction du droit administratif et de la légalité administrative<sup>304</sup>. Il convient maintenant de s'intéresser aux fondements de l'exorbitance de cette légalité. Cette construction par opposition au droit privé et le rejet de la majorité des textes de droit privé par les juridictions administratives lors du contrôle de légalité se justifient majoritairement par des considérations historiques.

**172.** L'analyse la plus convaincante de la nature de notre droit administratif français est parfaitement résumée par un professeur italien. Pour Sabino Cassese, l'évolution du droit administratif « est liée au développement de l'Etat, selon l'un ou l'autre des deux modèles définis par Voltaire au XVIIIe siècle. Le premier est le modèle continental (avant tout français), que caractérise le pouvoir absolu de l'exécutif, la centralisation, la prééminence de l'égalité sur la liberté. Le second est le modèle anglo-saxon (avant tout anglais), qui se distingue par la tradition libérale et la prédominance du parlement, le « self-gouvernement », le progrès de l'égalité en accord avec la liberté. »<sup>305</sup>. L'histoire de notre droit administratif, nous l'avons vu, commence sous l'Ancien Régime et s'affirme à partir de la révolution française<sup>306</sup>. Le fait qu'il se soit élaboré contre le droit privé se comprend

---

<sup>304</sup> V. Supra, I

<sup>305</sup> Sabino Cassese, *La construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni*, Montchrestien, 2000, p. 14

<sup>306</sup> V. Supra, I

aisément à la lumière des explications de M. Cassese. La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 est, certes, venue accorder un certain nombre de droits aux administrés qu'ils ne possédaient pas sous l'Ancien Régime<sup>307</sup> ; pour autant, la conception d'un Etat fort et centralisateur qui s'en est suivi imposa un droit administratif fort qui ne pouvait s'accorder avec le droit privé et donc les droits reconnus aux particuliers. Comme le précise M. Cassese, c'est l'Etat qui impose et fait prévaloir « l'égalité sur la liberté »<sup>308</sup>. Pour ce faire, il ne peut agir dans la sphère du droit privé qui privilégie l'égalité par la liberté. Le souci du renforcement de l'autorité gouvernementale après la révolution française est symbolisé par l'action unilatérale et l'autoritarisme du comité de salut public sous la convention<sup>309</sup>. Ce mouvement contribue à affranchir l'action gouvernementale des lois et donc *a fortiori* du droit privé<sup>310</sup>.

**173.** Cette dynamique est renforcée par l'autoritarisme napoléonien qui représente une étape décisive dans la construction du droit administratif. Comme le note Grégoire Bigot, « une justice administrative a été érigée au sein même de l'administration ; le régime napoléonien a donc conscience que les litiges suscités par les manifestations du pouvoir administratif ne peuvent se résoudre suivant les principes du droit commun applicables aux simples particuliers.»<sup>311</sup>. C'est ainsi que s'élabore, à cette époque, la théorie de l'acte administratif qui fait éviter à certains actes de l'administration le contrôle de la juridiction judiciaire pour leur préférer un contrôle des juridictions administratives. La période napoléonienne conduit, d'une part, au développement d'un droit exorbitant du droit privé encadrant l'action administrative, qui est favorisé par le caractère autoritaire du régime napoléonien qui impose un retour à l'ordre, une réorganisation administrative du pays et une forte centralisation du pouvoir. Ce type de gouvernement ne peut bien évidemment pas s'épanouir dans le cadre du droit privé. D'autre part, comme nous l'avons

---

<sup>307</sup> V. François Burdeau, histoire du droit administratif, op. cit., p. 41 et 42

<sup>308</sup> Sabino Cassese, La construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni, op. cit.

<sup>309</sup> V. François Burdeau, op. cit., p. 58-61

<sup>310</sup> Ibid.

<sup>311</sup> Grégoire Bigot, L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif, in L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 25 et spéc. p. 36 ; V. Grégoire Bigot, Introduction historique au droit administratif depuis 1789, PUF, 2002, pp. 49 et s.

vu, le Conseil d'Etat et les Conseils de préfectures sont créés à cette occasion et héritent d'une partie du contentieux administratif.

**174.** Tous les éléments sont alors présents pour favoriser le développement d'une légalité administrative forte et autonome.

**175.** Cette évolution historique de l'Etat conduit directement à une conception d'un droit administratif clairement distinct du droit privé. C'est aux pouvoirs publics qu'il appartient de définir ce qui est d'intérêt général. Nous sommes loin de la conception anglo-saxonne de l'intérêt général qui veut que celui-ci soit constitué par la somme des intérêts particuliers. On comprend aisément qu'un système juridique qui se construit par rapport à une telle conception sera centré sur un ensemble de règles organisant les relations des particuliers avec un Etat régulateur au service de ces règles et des intérêts particuliers. Notre conception étatique n'est pas conçue sur cette logique. Notre Etat est plus fort, il décide de l'intérêt général, il existe pour ce faire deux systèmes juridiques autonomes qui coexistent. Cette théorie de l'Etat et de l'intérêt général est directement à l'origine de l'individualisation du droit administratif français par rapport au droit privé.

**176.** L'un des fondements de notre droit administratif est la place favorable que lui a faite la doctrine. L'étude de Sabino Cassese consacrée à la construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni<sup>312</sup> démontre avec brio comment ce droit a eu du mal à évoluer dans le système anglais du fait de l'influence du juriste Albert Venn Dicey (1835-1922). Ce professeur d'Oxford soutient en 1855 que le droit administratif est inconnu en Angleterre et est un état primitif d'évolution du système moderne<sup>313</sup>. Cette position hostile au modèle français de droit administratif contribua, selon le professeur italien, à bloquer « pendant au moins un demi-siècle l'évolution de la réflexion scientifique anglaise sur le droit administratif et l'essor même du droit administratif. »<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> Sabino Cassese, *La construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni*, op. cit.

<sup>313</sup> A.V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Giard et Brière, Paris, 1902

<sup>314</sup> Sabino Cassese, op. cit., p. 53



**177.** Il peut être intéressant de se poser la question inverse pour notre droit administratif français : l'œuvre de la doctrine a-t-elle favorisé le développement du droit administratif comme structure indépendante du droit privé ? La réponse est sans aucun doute positive. Nous avons déjà évoqué la place importante que réservent beaucoup d'auteurs<sup>315</sup> à Gérando, Macarel et Cormenin<sup>316</sup>. Ceux-ci ont contribué à individualiser et à asseoir le poids du droit administratif à tel point que beaucoup d'auteurs les considèrent comme les pères fondateurs de la matière<sup>317</sup>. On peut également citer Hauriou qui s'emploiera justement à contrer l'analyse de Dicey<sup>318</sup>. Laferrière contribua également à théoriser le droit administratif dans la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>319</sup>.

**178.** L'addition des contributions de ces auteurs constitue autant d'apports au développement de l'autonomisation du droit administratif. Etudier une branche du droit en particulier c'est lui donner du poids, du sens et une certaine autonomie par rapport aux autres matières juridiques. Il est évident que ces juristes ont contribué à l'essor du droit administratif que l'on connaît aujourd'hui. La démonstration effectuée par Sabino Cassese dans son ouvrage sur la place de Dicey dans la construction du droit administratif au Royaume-Uni peut être transposée, en sens inverse, au modèle français.

**179.** Ces considérations expliquent non seulement l'exorbitance du droit administratif mais elles sont également valables pour mettre en perspective les fondements de l'autonomie de l'une de ces composantes : la légalité administrative. Cette légalité s'est construite en opposition au droit privé pour les mêmes raisons. Au-delà de ces considérations, le facteur essentiel de l'autonomisation de la légalité administrative par rapport au droit privé repose essentiellement sur le dualisme de juridiction qui est pratiqué en France.

---

<sup>315</sup> V. par exemple, François Burdeau, Histoire du droit administratif, op. cit., p. 108 ; Gilles J. Guglielmi, Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif, in Le droit administratif en mutation, PUF, 1993, p. 41

<sup>316</sup> V. 142 et s.

<sup>317</sup> V. Gilles J. Guglielmi, Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif, préc., p. 42

<sup>318</sup> V. Maurice Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, 8<sup>ème</sup> éd., 1914, p. 227 ; L. Sfez, Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français, LGDJ, 1966

<sup>319</sup> P. Gonod, Edouard Laferrière, un juriste au service de la république, LGDJ, 1997 ; Bertrand Seiller, Droit administratif, tome 1, Flammarion, 1<sup>ère</sup> éd., 2001, p. 296-298

## 2. Une construction renforcée par le dualisme juridictionnel.

**180.** Nous avons déjà étudié les textes qui conduisent à établir en France un dualisme juridictionnel<sup>320</sup>. Certains auteurs remettent en cause la valeur de ces textes comme fondement de ce dualisme<sup>321</sup> mais il ne nous appartient pas dans cette étude d'expliquer ces théories. Il convient tout simplement de constater que cette dualité de juridiction est un fait qui caractérise notre système juridique et qui a une influence sur la non opposition du droit privé à la majorité de l'action administrative.

**181.** Nous avons également exposé le fait que les textes à l'origine de la séparation des deux ordres n'imposent pas plus qu'aucun autre texte l'application d'un droit différent du droit privé<sup>322</sup>. Si ces textes n'imposent pas directement la prise en compte d'un droit exorbitant, la pratique du dualisme conduit en revanche obligatoirement à l'application de normes différentes par les deux ordres. Le dualisme juridictionnel est en fait le fondement principal et déterminant du développement d'un droit exorbitant. Il est évident que l'existence de deux ordres de juridictions indépendants doit trouver une finalité. Que serait-elle si les deux ordres appliquaient un droit similaire ? Pourquoi faudrait-il se poser des questions épineuses de compétence et aller jusqu'à créer un organe juridictionnel spécialisé dans le règlement des conflits si finalement, une fois la compétence déterminée, le fond du droit applicable était le même ? Il est impossible qu'un dualisme de juridiction perdure si les deux ordres appliquent le même droit. Ce système serait amplement critiqué, ce qui aboutirait probablement à une fusion des deux ordres. Nous reviendrons plus loin sur ces considérations qui prendront toute leur signification et leur valeur lorsque nous constaterons que la juridiction administrative oppose de plus en plus de droit privé à l'action administrative<sup>323</sup>.

**182.** Hauriou notait dès 1897 l'influence du dualisme sur le développement d'un droit administratif autonome. Il écrivait qu'« il est d'abord des pays nombreux qui n'ont pas de

---

<sup>320</sup> V. 141 et s.

<sup>321</sup> V. Grégoire Bigot, L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872, Thèse, LGDJ, 1999

<sup>322</sup> V. 156 et s.

<sup>323</sup> V. Deuxième partie

juridiction administrative à compétence large, parce que les réclamations sont portées devant la juridiction ordinaire, qui ne possèdent que des tribunaux spéciaux sans importance au point de vue du développement général du droit administratif. Il peut certes y avoir dans ces pays des garanties pour les citoyens et même un droit administratif, mais il n'y a pas cette cause puissante de développement d'un droit administratif original qui réside dans l'institution d'une forte juridiction administrative. Sont dans cette situation les Etats-Unis d'Amérique et l'Angleterre, malgré un commencement d'organisation des tribunaux administratifs »<sup>324</sup>. Il ajoute enfin que « la juridiction administrative est plus apte à développer le droit administratif que la juridiction ordinaire et, par conséquent, il n'est pas étonnant que la juridiction administrative française ait développé le droit administratif français »<sup>325</sup>.

**183.** Nous ne pouvons que nous ranger derrière les précieuses observations de cet auteur. Il n'y a qu'à constater les effets qu'ont les transferts de certains pans de contentieux administratif vers les juridictions judiciaires pour s'en persuader. Citons par exemple la loi du 31 décembre 1957 relative à la compétence en matière de dommages causés par les véhicules terrestres, qui a pour effet d'unifier ce type de contentieux au profit des juridictions judiciaires. Cette loi précise dans son article 1 que ces litiges seront jugés « conformément aux règles du droit civil » et donc pas selon les principes posés par la jurisprudence administrative à commencer par l'arrêt *Blanco*<sup>326</sup>. Si le législateur a pris le soin d'apporter cette précision sur le droit applicable, on peut douter de son utilité. Il paraît évident que la juridiction judiciaire, peut-être après quelques hésitations, aurait appliqué les règles de responsabilité issues du Code civil dans les contentieux où un véhicule public aurait été concerné.

**184.** Comme le précise Hauriou<sup>327</sup>, la juridiction ordinaire n'est pas apte à développer un droit administratif exorbitant ; ce n'est pas son rôle, mais le rôle de la juridiction administrative. Il existe certes quelques exceptions que nous avons déjà étudiées comme la

---

<sup>324</sup> Maurice Hauriou, *Etudes sur le droit administratif français*, Dupont, 1897, p. 13-14, cité par Sabino Cassese *in* *La construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni*, Op. cit., p. 58

<sup>325</sup> Ibid.

<sup>326</sup> TC 8 février 1873, *Blanco*, D. 1873.3.20, concl. David ; S. 1873.3.153, concl. David ; GAJA n°1

<sup>327</sup> Préc.

jurisprudence *Giry*<sup>328</sup>, dans laquelle le juge judiciaire applique des règles exorbitantes du droit commun car il statue sur la responsabilité d'une personne publique afin d'indemniser un collaborateur occasionnel du service public. Ces solutions ne font que confirmer la règle et ne la déforment aucunement : le droit administratif, différent du droit commun, est dégagé pour l'essentiel par les juridictions administratives.

**185.** Pierre Delvolvé note pour sa part que « c'est bien, plus généralement, pour pallier les limites imparties aux juridictions judiciaires que la juridiction administrative a été instituée : parce que les tribunaux ne pouvaient s'immiscer dans les affaires administratives, la juridiction administrative a été créée pour statuer en ces affaires. Autrement dit, l'absence de juge a suscité un nouveau juge. »<sup>329</sup>. On peut prolonger ce raisonnement en considérant que la création de ce nouveau juge pour les raisons évoquées conduit nécessairement à la création d'un nouveau droit. Si la loi des 16-24 août 1790 interdit au juge judiciaire de s'immiscer dans les affaires administratives, c'est non seulement à cause de la méfiance qu'entretient l'exécutif à l'égard du judiciaire et en raison de la séparation des pouvoirs mais c'est aussi parce que le droit appliqué par ces juridictions n'est pas adapté à l'action administrative : il faut un nouveau juge qui applique un droit différent du juge judiciaire. L'application d'un droit autonome, différent du droit privé est donc la raison d'être de la juridiction administrative. En décidant de ne pas reprendre les dispositions du Code civil dès 1855<sup>330</sup> le Conseil d'Etat prend une décision stratégique qui consolide sa place controversée<sup>331</sup> dans le système juridictionnel français. Le Tribunal des conflits parachèvera cette œuvre en 1873 avec l'arrêt *Blanco*<sup>332</sup>.

---

<sup>328</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mai 1956, D. 1957, p. 34 concl. Lemoine, JCP 1956 n°9181, note P. Esmien, RDP 1958, p. 298, note Waline, AJDA 1956, chron. p. 91 ; Pour une application récente, V. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 1996, D. 1997, jurisp. p. 83 note Legrand ; V. également, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2007, JCP A, mai 2007, p. 19 note O. Renard-Payen

<sup>329</sup> Pierre Delvolvé, Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 135 et spéc. p. 141

<sup>330</sup> CE 6 décembre 1855, Rotschild, p.707, S. 1856. II., p. 508

<sup>331</sup> Le dualisme juridictionnel et la place du Conseil d'Etat ont été régulièrement critiqués depuis sa création en 1799 jusqu'à son affirmation sous la troisième république. V. François Burdeau, Histoire du droit administratif, op. cit., spéc. p. 90, et s., 99 et s.

<sup>332</sup> TC 8 février 1873, Blanco, préc.

**186.** Il est intéressant de noter qu'il est difficile d'expliquer l'exclusion de l'essentiel du droit privé de la légalité administrative en quelques lignes. A l'image de l'homme<sup>333</sup> ou de l'occident<sup>334</sup>, le droit administratif s'est construit en opposition au droit privé du fait d'une longue série d'événements plus ou moins hasardeux. La nature et le contenu des systèmes juridiques de chaque pays méritent une attention particulière et scientifique pour pouvoir être exposés et expliqués. Notre droit administratif est en fait fonction d'une construction historique particulière et propre à notre pays. La place des hommes et notamment de la doctrine ne doit pas être ignorée. Qui sait si le droit administratif français existerait, si nous avions connu un juriste national du talent et de l'influence de Dicey en Angleterre<sup>335</sup> ?

---

<sup>333</sup> R. Leakey, R. Lewin, *La sixième extinction. Evolution et catastrophes*, Flammarion, 1997

<sup>334</sup> Norbert Elias, *La dynamique de l'occident*, Calmann-Lévy, 2<sup>ème</sup> éd., 1969

<sup>335</sup> V. 176 et s.

## Conclusion du premier Chapitre :

**187.** Il apparaît à la lumière de ce chapitre qu'il est difficile de distinguer le droit administratif du droit privé. La recherche d'un critère d'autonomisation du droit administratif est complexe car le recours aux critères théorique et technique ne semble pas donner satisfaction. Ainsi le droit administratif n'est pas le droit du service public, de la puissance publique ou de l'intérêt général. Il n'est pas d'avantage le droit appliqué par la juridiction administrative mais un ensemble plus complexe qui dépasse les clivages juridictionnels.

**188.** Finalement, il est préférable d'appréhender le droit administratif en prenant en compte les évolutions actuelles afin d'en donner une conception large et moderne. Il serait ainsi le droit opposé à l'action administrative, c'est-à-dire à toute personne gérant un service public, quelle que soit la juridiction qui est destinée à appliquer ce droit. Cette définition a pour mérite de retenir que même le droit appliqué par les juridictions judiciaires peut être administratif s'il est opposé à l'administration. Elle a pour inconvénient de rendre difficile l'autonomisation de ce droit par rapport au droit privé. Cette conception peut être qualifiée de moderne car elle impose à toute administrativiste de prendre en compte l'ensemble du droit appliqué à l'administration, ce qui semble s'imposer en raison de la forte pénétration du droit privé dans les méthodes de la gestion administrative. La recherche de critères technique et théorique pour définir le droit administratif amène à confirmer cette vision extensive du droit administratif.

**189.** Il convient néanmoins de préciser cette définition en considérant que, si le droit opposé à l'administration est du droit administratif, il reste que les normes opposées peuvent être distinguées selon leur origine privée ou publique. Une norme d'origine privée est une règle qui devait à l'origine s'appliquer uniquement aux activités des particuliers. Une norme d'origine publique est conçue, pour sa part, pour organiser les comportements des personnes publiques. Notre étude se propose d'étudier l'application par la juridiction administrative de normes de droit d'origine privée où non exclusivement publique dans le cadre du contrôle de légalité des actes administratifs encadrant les comportements administratifs.

**190.** On constate que, s'il est difficile d'autonomiser le droit administratif, il est plus aisé d'individualiser la légalité administrative. En effet, il est patent que le juge administratif n'applique que très rarement du droit privé lors du contrôle de la légalité des actes de l'administration. Il retient au contraire un ensemble de normes communément appelé « bloc de légalité administrative » qui peut être qualifié d'exorbitant dans la mesure où il ne contient quasiment pas de normes de droit privé. Il arrive pourtant au juge de l'excès de pouvoir de reprendre des normes classiquement appliquées par la juridiction judiciaire. Le juge n'hésite dorénavant plus à fonder certaines de ces décisions sur le Code pénal, le Code de commerce, le Code de la consommation où le Code des assurances. Il convient dorénavant de s'intéresser à cet enrichissement contemporain de la légalité administrative.





## **Chapitre II :**

### **Une autonomie à l'application partiellement atténuée.**

**191.** L'autonomie de la légalité administrative est mesurée car le droit administratif, pris dans sa conception large, inclut bon nombre de règles de droit privé. L'administration est ainsi encadrée par un droit administratif aux règles originales et un droit administratif qui englobe les règles applicables aux particuliers. Cette conception hétérogène du droit administratif démontre que l'action administrative est encadrée à la fois par un droit administratif public et par un droit administratif privé. Si le droit administratif n'est pas dans ce cas de figure autonome, la légalité administrative l'est davantage car elle exclut normalement le droit privé. Pour autant, l'action administrative se voit régulièrement opposer du droit privé par la juridiction judiciaire. Cet état du droit est prolongé par la juridiction administrative qui tend à insérer dans le bloc de légalité des normes de droit privé. Il en résulte que la frontière entre légalité administrative et droit privé n'est pas complètement étanche, car chacun sait qu'il arrive au juge de l'excès de pouvoir de reprendre du droit privé lors du contrôle de légalité des actes administratifs. On peut dire que l'autonomie de la légalité administrative est atténuée, mais il nous semble qu'elle ne l'est que partiellement. En effet, si le juge administratif applique des règles de droit privé (Section I), il le fait de façon assumée (Section II), ce qui contribue au maintien d'une certaine autonomie de la légalité administrative.

#### **Section I : L'application par le juge de l'excès de pouvoir de règles de droit privé.**

**192.** Bien que la légalité administrative soit par principe autonome<sup>336</sup>, il existe des exceptions à cette règle. En effet, la légalité administrative est essentiellement constituée de règles qui ont pour rôle d'être opposées à l'action administrative. Pourtant, il arrive également que des règles qui ont pour fonction première d'encadrer le comportement des particuliers deviennent opposables à l'action administrative par le biais d'une intégration dans le bloc de légalité administrative. Il est intéressant d'étudier les techniques qui conduisent à l'incorporation de ces règles au sein de la légalité administrative. Il existe

---

<sup>336</sup> V. 133 et s.

deux méthodes d'intégration du droit privé. La première se traduit par une citation expresse de la norme de droit privé. Le juge administratif s'appuiera par exemple sur telle ou telle règle du Code civil pour contrôler la légalité d'un acte administratif. On parle alors d'application directe de la norme de droit privé (I). La seconde méthode consiste en une application tacite du droit privé. Dans cette situation, le juge n'intégrera pas directement la norme de droit privé dans la légalité administrative, mais passera par l'intermédiaire d'un principe général du droit qui reprendra, tacitement, cette règle. On parle alors d'application indirecte de la norme de droit privé (II).

### **I- L'application directe.**

**193.** Le juge administratif n'hésite pas à faire une référence directe à des normes classiquement appliquées par les juridictions judiciaires. Il lui arrive fréquemment de citer tel ou tel article du Code civil ou du Code de commerce. On peut s'interroger sur l'origine de ces emprunts. Ceux-ci relèvent-ils de la seule autorité du juge, ou peut-il se voir obligé par le pouvoir réglementaire ou législatif de recourir à une règle de nature privée ? On constate que l'application de règles de droit privé à l'action administrative relève dans la plupart des cas d'une volonté du juge. On parle alors d'application décidée (A). Mais il existe également des situations plus rares où le juge se voit imposer la reprise d'une règle de droit privé. On parle alors d'application imposée. Cette affirmation doit être nuancée car, si le pouvoir réglementaire ou législatif décide qu'une règle de droit privé doit s'appliquer à l'administration, il ne s'agit alors plus d'une règle de droit privé mais d'une règle mixte (B).

#### **A. L'application décidée.**

**194.** La juridiction administrative est libre, nous l'avons vu<sup>337</sup>, de reprendre une norme de droit privé et de l'appliquer à l'action administrative. Les juges recourent de plus en plus souvent à cette possibilité lors du recours pour excès de pouvoir. Ils diversifient ainsi le contenu du bloc de légalité administrative en y faisant figurer quelques normes de droit

---

<sup>337</sup> V. 156 et s.

privé. Ces reprises directes du droit privé par les juridictions administratives interviennent afin de combler des vides juridiques : le juge constate que la prise en compte d'une norme non exclusivement publique serait plus pertinente que l'opposition d'une norme purement administrative. L'application directe du droit privé par le juge de l'excès de pouvoir intervient pour combler un vide juridique (1). Mais cette position peut poser certains problèmes dans la mesure où le constat d'un vide juridique ne signifie pas forcément qu'il y a une lacune. Ainsi l'absence de texte encadrant telle ou telle pratique peut être un choix délibéré du législateur ou de pouvoir réglementaire. Le juge peut être amené à combler ce qui avait été décidé et donc destiné à être vide. On peut alors parler d'application dangereuse du droit privé par le juge administratif (2).

### **1. Une application en cas de vide juridique.**

**195.** Il arrive que la juridiction administrative décide de reprendre explicitement une règle de droit privé pour combler un vide juridique. Ainsi, le juge administratif applique une règle de droit privé si aucune règle spécifique à l'action administrative ne s'oppose à cette règle. Afin d'annuler un acte administratif le juge peut se référer aux règles contenues dans le bloc de légalité administrative. Si le juge estime que l'utilisation d'une norme non exclusivement publique s'impose, il peut décider de l'incorporer au bloc de légalité. Cette technique visant à combler ce que le juge considère comme un vide juridique est bien connue des juristes sous la forme du recours aux principes généraux du droit (PGD). Ce procédé permet au juge de consacrer une règle non écrite et absente de la légalité administrative<sup>338</sup> qui permet d'annuler ou d'écarter une norme juridique. Cette technique n'est pas la seule manière pour le juge d'étendre la légalité administrative. Il lui arrive également de recourir, tout comme le Conseil constitutionnel<sup>339</sup>, à des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR). Non seulement, il reprend logiquement ces principes dégagés par les juges de la rue de Montpensier<sup>340</sup>, mais il peut également en dégager lui-même<sup>341</sup>. Ces principes qui, à la différence des principes

---

<sup>338</sup> Les PGD dégagées par le Conseil d'Etat peuvent avoir valeur législative, V. CE 28 mai 1982, Roger, p. 192 ; ou valeur réglementaire, V. CE 26 janvier 1973, Lang, p. 72

<sup>339</sup> CC, 86-224 DC du 23 janvier 1987, RDP 1987, p. 1341 note Yves Gaudemet

<sup>340</sup> CE 7 novembre 2005, Compagnie générale des eaux, p. 490

<sup>341</sup> CE Ass. 3 juillet 1996, Koné, p. 255, RFDA 1996, p. 882 notes Favoreu, Gaïa, Labayle, Delvolvé

généraux du droit, ont une base écrite, permettent aux juges administratifs d'accorder une valeur constitutionnelle à une loi appliquée de façon constante depuis une des trois premières républiques. Le Conseil d'Etat n'a eu recours que rarement à ce procédé. Il a ainsi consacré la valeur constitutionnelle de la liberté d'association pour en reconnaître le bénéfice aux ressortissants de l'Union française<sup>342</sup>. Il a également édicté un principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique<sup>343</sup>. Au-delà de ces principes consacrés par le juge administratif, il existe une dernière technique pour inclure une règle dans le bloc de légalité. Cette méthode consiste à inclure dans cette légalité une règle qui ne devait pas s'y trouver à l'origine.

**196.** La légalité administrative contient le bloc de constitutionnalité, les conventions internationales, les lois, les principes généraux du droit et enfin les actes administratifs dont la valeur est supérieure à l'acte dont le contentieux est soumis au juge. Ces actes administratifs, lois et conventions internationales font partie du bloc de légalité administrative si leur contenu s'applique à l'action administrative. Par exemple, si une loi définit différentes règles applicables en matière de vote dans les organes dirigeants des sociétés anonymes, il n'y a aucune raison que cette règle fasse partie du bloc de légalité administrative. Cette règle n'est donc pas susceptible de servir de référence au contrôle d'un acte administratif autre qu'un acte administratif qui viendrait compléter ou préciser cette loi<sup>344</sup>. Cette norme de droit privé ne peut en effet être reprise par le juge administratif que s'il statue sur un contentieux mettant en cause l'encadrement de comportements privés par un acte administratif. Au contraire, cette règle ne trouve pas à s'appliquer dans le contentieux d'un acte administratif qui organise l'action administrative.

**197.** Une norme qui ne prévoit pas de s'appliquer à l'action administrative ne peut faire partie du bloc de légalité administrative que si le juge le décide. Le juge administratif inclut alors la règle dans le bloc de légalité et étend ainsi le contenu de ce dernier. Ce travail est régulièrement effectué par le juge qui inclut dans le bloc de légalité des règles de

---

<sup>342</sup> CE Ass. 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris, Rec. p. 137 ; AJDA 1956, p. 400 chr. Fournier et Braibant

<sup>343</sup> CE Ass. 3 juillet 1996, Koné, préc. Si le moyen évoqué par le requérant a été jugé recevable, il n'a pas été fait droit à sa requête en l'espèce

<sup>344</sup> V. 127 et s.

droit privé, c'est-à-dire des règles destinées à encadrer uniquement les comportements des particuliers. Nous sommes alors en présence d'une application du droit privé par la juridiction administrative. On peut qualifier cette reprise du droit privé par le juge de « décidée » car rien n'obligeait le juge à inclure cette règle dans le bloc de légalité. Nous sommes donc en présence d'une décision prétorienne qui considère de façon autonome qu'une règle de droit privé doit être opposée à certains comportements administratifs. Nous y reviendrons<sup>345</sup>.

**198.** La plupart de ces décisions visent à combler un vide juridique constaté par le juge. Celui-ci remarque, lors de l'examen d'un recours pour excès de pouvoir, qu'aucune règle contenue dans le bloc de légalité administrative ne permet d'encadrer la légalité de l'acte soumis à son contrôle. Or le juge estime que l'acte en question devrait être annulé car il le considère contraire à des valeurs qu'il souhaite défendre, mais qui ne trouvent pas de consécration dans le droit positif applicable à l'action administrative. Dans cette situation, il arrive que le juge administratif décide de reprendre une règle de droit privé, c'est-à-dire une règle destinée à organiser uniquement les comportements des personnes privées et de l'inclure dans le bloc de la légalité administrative. Le juge procède de cette façon lorsqu'il décide, par exemple, d'inclure dans le bloc de légalité certaines normes issues du Code de la consommation ou du Code des assurances<sup>346</sup>. Cette intégration permet alors au juge de trouver une solution qu'il juge favorable au litige qui lui est soumis mais, plus généralement, cela lui permet de consacrer les valeurs contenues dans une règle et de les rendre opposables à l'action de l'administration.

**199.** L'application de règles de droit privé par le juge sert donc régulièrement à combler des vides juridiques. Il n'est pourtant pas évident qu'une absence de texte traduise obligatoirement une lacune. Le juge risque en effet de combler ce qu'il estime être une omission par un texte de droit administratif alors que le législateur ou le pouvoir réglementaire avaient délibérément décidé de ne pas édicter de règle pour encadrer telle ou telle pratique

---

<sup>345</sup> V. 249 et s.

<sup>346</sup> V. 440 et s.

## 2. Une application dangereuse.

**200.** On peut s'interroger sur cette volonté du juge de combler un vide juridique. En effet, l'absence de règle de droit administratif spécifique pour encadrer un comportement signifie-t-elle forcément qu'il y a un vide juridique ? L'absence ne traduit pas obligatoirement une lacune c'est-à-dire un oubli ou un manque<sup>347</sup>. L'absence de règle peut tout simplement signifier que les pouvoirs publics n'ont pas souhaité définir de règle précise pour encadrer tel ou tel comportement. Est-ce véritablement au juge de déterminer ce qui mérite d'être encadré par une règle spécifique ou pas ?

**201.** Le fait que le juge s'attribue ce droit démontre toute la place qui lui est accordée dans la conception du droit administratif. Nous reviendrons par la suite sur le rôle que ce travail de construction attribue au juge<sup>348</sup>. Le débat en cause est le même que celui suscité par l'élaboration par le juge de principes généraux du droit<sup>349</sup>. Les juges administratif et constitutionnel sont souvent critiqués lorsqu'ils créent des normes. On peut revenir sans fin sur la fonction de ces juridictions. Certains estiment que leur rôle doit se limiter à l'application stricte du droit quand d'autres considèrent qu'il doit s'étendre à l'élaboration de règles juridiques. L'incorporation directe de règles de droit privé au sein de la légalité administrative conduit aux mêmes interrogations. Si les pouvoirs publics n'ont pas fait le choix de rendre opposable une règle à l'administration, est-ce le rôle de la juridiction administrative de le faire ? Nous reviendrons plus tard sur la réponse à apporter<sup>350</sup>. On peut constater à ce stade du raisonnement que le juge administratif agit dangereusement dans la mesure où il peut être conduit à combler une lacune qui n'en est pas une.

**202.** Il n'est pas évident, comme nous l'avons déjà dit, qu'un vide traduise une lacune. Il se peut que le pouvoir réglementaire ou le législateur ait décidé de ne pas encadrer une

---

<sup>347</sup> V. Lacune *in* Le petit Robert, sous la direction de Josette Rey Debove et Alain Rey, Dictionnaire le Robert, 2002

<sup>348</sup> V. 383 et s.

<sup>349</sup> V. Olivier Dupeyroux, La jurisprudence, source abusive du droit, Mélanges offerts à J. Maury, tome 2, 1960, p. 349

<sup>350</sup> V. 294 et s.

pratique par un texte d'origine administrative. Il peut donc arriver qu'en désirant combler un vide juridique, le juge administratif revienne sur ce que les pouvoirs publics avaient décidé. Certains<sup>351</sup> considèrent même que, dans cette situation, le juge privilégie une norme de droit privé par rapport à une norme administrative certes absente mais désirée comme telle. Nous reviendrons sur ces considérations dans la seconde partie, car il nous paraît que ce « privilège » peut être analysé dans le cadre de l'application d'une norme pénale par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Lambda*<sup>352</sup>. S'il est difficile de tirer une conclusion générale à partir d'une seule espèce, il est tout de même troublant de constater que le juge se met objectivement, pour les raisons exposées ci-dessus, dans la situation de privilégier une norme d'origine privée ou non exclusivement publique par rapport à une norme d'origine publique.

**203.** Il paraît impensable que le juge aille plus loin que cette situation ambiguë où il y a une opposition entre règle de droit privé et absence plus ou moins décidée de norme d'origine administrative. Ainsi, il n'existe pas et il ne devrait pas exister de cas où le juge fait prévaloir directement une règle de droit privé sur une règle destinée spécifiquement à encadrer l'action de l'administration. Il peut en revanche arriver que le juge ne décide pas de reprendre une règle de droit privé mais qu'il se la voie imposer par les textes. Dans cette situation, il paraît difficile de parler d'application de droit « privé » par le juge.

## **B. L'application imposée.**

**204.** Si le juge peut décider d'intégrer de façon prétorienne une règle de droit privé dans le bloc de légalité, est-il possible d'estimer que certaines règles de droit privé sont imposées au juge par le fait du législateur ou du pouvoir réglementaire ? Il est possible qu'une règle originellement de droit privé, c'est-à-dire ayant un champ d'application limité à l'organisation des relations des personnes privées, voie son domaine d'application élargi

---

<sup>351</sup> V. l'application du droit pénal *in* Partie II, 388 et s.

<sup>352</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoyne de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

aux personnes publiques. De plus, il est nécessaire de s'intéresser aux règles qui prévoient dès leur édicition non seulement une application aux personnes privées mais aussi aux personnes publiques. Il convient tout d'abord de revenir sur ces différentes situations (1) pour constater ensuite que, dans la plupart des cas, ces règles peuvent être qualifiées de normes mixtes (2).

### **1. L'application prévue par les textes.**

**205.** La juridiction administrative peut être invitée par un texte à inclure une norme d'origine privée dans le bloc de légalité. Le législateur ou le pouvoir réglementaire peuvent décider qu'une règle qui avait pour but d'organiser les relations des personnes privées va également s'appliquer aux personnes publiques et devra être prise en compte par les juridictions administratives. Celles-ci se voient alors imposer l'application d'une règle de droit privé. On peut donner l'exemple des règles relatives à la révision des charges accompagnant les libéralités, dont la version actuelle, issue d'une loi du 4 juillet 1984, a été étendue par cette même loi aux dons et legs consentis aux personnes publiques, qui relevaient jusqu'alors de règles spéciales<sup>353</sup>.

**206.** Un autre cas de figure peut se présenter. Il arrive que certaines règles ne distinguent pas leur domaine d'application et prévoient à la fois une application aux personnes privées et aux personnes publiques. Il est encore une fois possible de penser que le juge se voit imposer l'application d'une règle qui s'applique aux personnes privées. En matière de droit de la concurrence par exemple, l'ordonnance de 1986 ne semble pas distinguer dans son domaine d'application les personnes privées des personnes publiques. Son article 53 dispose que la présente ordonnance s'applique à « toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ». La forte connotation privée du droit de la concurrence a conduit, nous le verrons, à une évolution complexe et laborieuse en termes d'applicabilité de l'ordonnance ainsi qu'en

---

<sup>353</sup> Exemple cité par Jean-Bernard Auby, *Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites*, Études offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 3. V. Jacques Grosclaude, *la loi du 4 juillet 1984 et la révision des charges*, RFDA 1986, p. 122



termes de compétence d'application<sup>354</sup>. L'apparente clarté de l'ordonnance a été mise à mal par les différentes interprétations du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits<sup>355</sup>. Ces exemples démontrent bien qu'il n'est pas forcément évident d'édicter des règles qui ne prennent pas en compte la distinction entre l'action purement privée et l'action administrative.

**207.** Dans ces deux situations, il semble difficile de distinguer la nature de la norme. Ces règles encadrant à la fois les comportements des personnes privées et des personnes publiques, il semble opportun de qualifier ces règles de mixtes.

## **2. Des règles *a priori* mixtes.**

**208.** Lorsqu'un texte législatif ou réglementaire prévoit l'application d'une règle à la fois aux personnes publiques et aux personnes privées, il paraît impossible de parler de règle de droit public ou de droit privé. La règle serait à la fois l'une et l'autre, c'est-à-dire une règle mixte.

**209.** On peut alors distinguer deux situations. Lorsqu'une règle ne concernait à l'origine que les personnes privées et que son application a été étendue aux activités administratives, la règle est devenue mixte mais on peut tout de même dire que sa nature première est privée car elle a été conçue pour organiser les relations des personnes privées. Dans ce cas, on peut éventuellement considérer que l'application d'une règle de droit privé a été imposée au juge administratif. Il n'en reste pas moins que la règle est devenue une règle mixte, mais il peut être intellectuellement intéressant de prendre en compte cette nuance pour étudier l'évolution du droit administratif.

**210.** Dans l'autre situation, c'est-à-dire lorsqu'une règle de droit s'applique dès sa création à la fois aux personnes privées et aux personnes publiques, il est difficile de dire que le juge se voit imposer la prise en compte d'une règle de droit privé car, comme nous

---

<sup>354</sup> V. première section de la Partie suivante, 312 et s.

<sup>355</sup> Ibid.

l'avons vu, la règle est mixte. Le juge n'a donc pas ici à reprendre du droit privé : il n'applique qu'une norme mixte qui n'est ni de droit privé ni de droit public mais de nature duale ou transcendante.

**211.** Cette méthode de distinction peut toutefois être complétée en raisonnant en terme idéologique. En effet, le droit de la concurrence ne distingue pas dans son domaine d'application les personnes publiques des personnes privées. Il paraît pourtant difficile de ne pas considérer que ce droit n'est pas de nature privée. La première méthode visant à analyser le destinataire de la règle nous amène à conclure que la règle est mixte. On peut la compléter par le recours à une interprétation de la norme en question. Il est évident que le droit de la concurrence est d'inspiration privatiste dans la mesure où il s'appuie sur une logique économique qui vise à placer tout les intervenants sur un pied d'égalité, y compris l'administration. Nous sommes loin de la conception du droit administratif qui vise à assurer la bonne exécution de son action par un système de pouvoirs exorbitant du droit commun donné aux autorités publiques et qui ne raisonne absolument pas en termes d'égalité. Il semble, par conséquent, qu'idéologiquement, le droit de la concurrence est de nature privée<sup>356</sup>.

**212.** Au vu de ces constatations, il semble que l'essentiel du droit privé appliqué directement par les juridictions administratives repose sur la volonté même des juges. Il n'existe en effet que peu de situations dans lesquelles le juge se voit imposer l'application d'une règle de droit privé par un texte. Dans la plupart des cas, c'est le juge qui, par sa volonté propre, décide d'intégrer directement une règle de droit privé dans le bloc de légalité. Il en est évidemment de même en présence de l'application indirecte.

## **II- L'application indirecte.**

**213.** La reprise directe des règles de droit privé par les juridictions administratives n'est qu'une facette de la prise en compte du droit privé par ces juridictions. Il faut compléter ce

---

<sup>356</sup> Pour plus de développement sur ce point, V. 27 et s., 325 et s.

phénomène par l'application indirecte des normes de droit privé. En effet, les juges édictent des principes généraux du droit qui font, par exemple, explicitement référence à des articles du Code civil ou du Code du travail. Les juges décident alors de ne pas opposer directement la règle à laquelle il est fait référence mais privilégient la création d'un principe général du droit. On parle alors d'application indirecte ou tacite du droit privé. Cette technique de réception du droit privé semble présenter un certain nombre d'avantages qui expliquent le recours fréquent que font les juridictions administratives à ce procédé (A). Il n'en reste pas moins que le recours à cette formule reste, derrière son camouflage grossier, une application concrète du droit privé (B).

#### **A. Le recours avantageux aux PGD.**

**214.** Le recours à un principe général du droit pour transcrire une règle de droit privé et la rendre ainsi applicable à l'action administrative est une méthode régulièrement usitée par les juridictions administratives (1). On peut s'interroger sur les raisons qui conduisent les juges à passer par cette technique et non par celle de la citation directe de la règle de droit privé. Il apparaît que ces principes sont plus malléables qu'un texte de droit privé qui est souvent doté d'une interprétation du juge judiciaire (2).

##### **1. Un recours fréquent.**

**215.** Il arrive régulièrement que le juge découvre de nouveaux principes généraux du droit. Ceux-ci peuvent se définir comme « des principes de droit non écrits, dont le juge, administratif surtout, constate l'existence et impose le respect aux autorités administratives. »<sup>357</sup>. Ces principes, bien qu'étant non écrits, s'inspirent souvent librement de textes qui ne peuvent pas s'appliquer à la situation sur laquelle le juge statue. Le juge décide alors de modifier le champ d'application du texte ou de le modifier quelque peu pour rendre le PGD applicable en l'espèce et lui donner plus généralement une valeur solennelle au sein de la légalité administrative.

---

<sup>357</sup> A. Van Lang, G. Gondouin, V. Inseguet-Brisset, Dictionnaire de droit administratif, Armand Collin, 3<sup>ème</sup> éd., 2002

**216.** S'il arrive que le juge s'inspire de textes constitutionnels<sup>358</sup> ou de conventions internationales<sup>359</sup>, il lui arrive également de reprendre plus ou moins largement des textes de droit privé qui ne sont pas en théorie opposables à l'action administrative. Le juge étend le domaine d'application de ces textes en leur attribuant la valeur de principes généraux du droit et en les intégrant dans le bloc de légalité administrative. Ces principes sont par définition non écrits ; pourtant, une étude objective nous conduit nécessairement à conclure que le recours à ces principes est une méthode d'application déguisée du droit privé par les juges administratifs. Même si le juge va jusqu'à déclarer dans chaque arrêt<sup>360</sup> que c'est l'article de droit privé évoqué qui s'inspire d'un principe général du droit préexistant (par l'utilisation de la formule « principe dont s'inspire le Code »), il reste évident que le juge ne fait que reprendre la norme de droit privé et masque cette réalité par l'emploi de cette formule<sup>361</sup>.

**217.** Certains auteurs vont même jusqu'à considérer que ces « principes dont s'inspire le Code » ne doivent pas être confondus avec les principes généraux du droit<sup>362</sup>. Nous ne voyons pas pour notre part ce qui distingue ces deux catégories. MM. Genevois et Moderne<sup>363</sup> avancent que leur portée est moindre et ne sert qu'à mettre en place une solution en vue de résoudre un litige. Nous pouvons objecter que certains principes généraux du droit expressément qualifiés comme tels par le Conseil d'Etat ont également une portée réduite<sup>364</sup>. Il ne nous semble donc pas qu'il faille exclure les « principes dont le Code s'inspire » de la famille des principes généraux du droit. Nous préférons, pour

---

<sup>358</sup> CE Ass. 8 décembre 1978, GISTI, p. 493 ; D. 1979, IR, p. 94 obs. P. Delvolvé. Pour un PGD qui s'inspire du préambule de la Constitution de 1946

<sup>359</sup> CE Ass. 1 avril 1998, José Maria Bereciartua-Echarri, p.135, JCP 1988, II, n°21071, concl. Vigouroux, pour un PGD issu de la Convention de Genève.

<sup>360</sup> V. par exemple, CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours ; CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, rec. p. 152 et les concl. D. Labetoulle p 152 ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre ; V. également, Franck Moderne, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil », *in* Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2006, p. 641

<sup>361</sup> V. 237 et s.

<sup>362</sup> V. par exemple, Bruno Genevois, Principes généraux du droit, *in* Rép. Cont. Adm., n°89 ; Franck Moderne, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil », préc., spéc. pp. 660-661

<sup>363</sup> Ibid.

<sup>364</sup> CE 8 décembre 1978, GISTI, préc. Au sujet d'un PGD permettant aux immigrés de mener une vie familiale normale.

qualifier cette différence de portée, constater qu'il existe différents types ou générations de principes généraux du droit<sup>365</sup>.

**218.** Cette technique d'application du droit privé par le juge administratif peut être qualifiée de tacite ou d'indirecte par opposition à la reprise explicite illustrée par la citation directe de la règle de droit privé<sup>366</sup>.

**219.** Le recours à de tels principes généraux du droit par les juridictions administratives est relativement fréquent<sup>367</sup>. On peut citer quelques exemples pour illustrer notre propos. Les principes généraux du droit qui reprennent une règle contenue dans le Code du travail fournissent bon nombre d'illustrations<sup>368</sup>.

**220.** Le Conseil d'Etat a découvert un principe général du droit qui prévoit qu'un employeur ne peut licencier une femme enceinte<sup>369</sup>. Ce principe était présent dans le Code du travail à l'article L. 122-25-2 mais ne s'appliquait pas aux employeurs publics. La haute juridiction a décidé d'étendre son champ d'application aux femmes employées dans les services publics.

**221.** Les juges du Palais royal ont également découvert un principe général du droit qui prévoit que tout salarié a droit à un minimum de rémunération qui, en l'absence de disposition plus favorable pour la catégorie de personnel à laquelle l'intéressée appartient, ne saurait être inférieure au salaire minimum de croissance de l'article L.141-2 du Code de travail<sup>370</sup>.

---

<sup>365</sup> V. Didier Linotte, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, préc., spéc. p. 639 ; Benoît Jeanneau, La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps, EDCE 1981-1982, p. 33. Pour plus de détails, V. 237 et s.

<sup>366</sup> V. 193 et s.

<sup>367</sup> V. Bruno Genevois, Principes généraux du droit, in Rép. Cont. Adm.

<sup>368</sup> Les exemples suivants sont développés dans le détail dans la seconde partie de cette thèse.

<sup>369</sup> CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours

<sup>370</sup> CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, rec. p. 152 et les concl. D. Labetoulle p 152 ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre

**222.** Les principes généraux du droit du travail ont également joué un rôle important dans la limitation des pouvoirs de sanction de l'employeur public. Quatre principes ont été dégagés en la matière<sup>371</sup>.

**223.** Le Code civil est également souvent repris par des principes généraux du droit édictés par les juridictions administratives.

**224.** On peut ainsi citer l'article 1326 du Code civil<sup>372</sup> qui est directement cité dans les visas de l'arrêt *Krief*<sup>373</sup>. Dans cette décision, le juge découvre un principe général du droit qui prévoit que « toute convention comportant un engagement unilatéral de payer une somme d'argent doit, dans l'intérêt de la personne qui le souscrit, exprimer de façon non équivoque la connaissance qu'à celle-ci de la nature et de l'étendue de son obligation ».

**225.** Le Conseil d'Etat a également reconnu par le biais d'un principe général du droit une responsabilité biennale pour les désordres affectant les menus ouvrages<sup>374</sup>. Ce principe s'inspire très clairement de l'article 1792-3 du Code civil<sup>375</sup>.

**226.** La haute juridiction administrative a également édicté un principe dont s'inspire l'article 2262 du Code civil, relatif à la prescription trentenaire, pour libérer l'exploitant d'une installation industrielle polluante de son obligation de remise en état des lieux au terme du délai sus-indiqué<sup>376</sup>.

**227.** Pour conclure, on peut citer un dernier exemple original de réception du droit privé où le juge ne reprend pas un article de droit privé mais un principe dégagé par la

---

<sup>371</sup> Pour une étude complète, V. 545 et s.

<sup>372</sup> « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres. »

<sup>373</sup> CE 28 juin 1996, *Krief*, JCP éd. G., 1996, II, 22704, p. 388

<sup>374</sup> CE 14 mai 1990, *Société CGEE Alstom*, p. 124 ; RDP, 1991, p. 305

<sup>375</sup> « Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception. »

<sup>376</sup> CE Ass. 8 juillet 2005, *Sté Alusuisse-Lonza-France*, rec. p. 311 concl. Guyomar ; RFDA 2006, p. 374, obs. Benoît Plessix ; AJDA 2005, p. 1829 obs. Landais et Lenica ; V. également ; Franck Moderne, *Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil »* (autour et à propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 8 juillet 2005, *Sté Alusuisse-Lonza-France*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz 2006, p. 641

jurisprudence judiciaire. Le juge administratif s'est ainsi inspiré de la jurisprudence judiciaire pour dégager un principe général du droit reprenant la théorie de l'enrichissement sans cause<sup>377</sup>.

**228.** La reprise du droit privé par les juridictions administratives ne passe pas obligatoirement par la transposition d'un texte mais peut également s'inspirer de la jurisprudence judiciaire. L'inverse est également vrai ; le juge judiciaire a, pour sa part, repris la théorie de la responsabilité sans faute opposable aux collaborateurs occasionnels du service public dans sa décision *Giry*<sup>378</sup>. On peut cependant noter que, dans ce dernier exemple, le juge judiciaire « **applique** » du droit administratif, c'est-à-dire qu'il applique une règle de droit administratif à une situation de droit administratif (collaborateur occasionnel du service public), alors que dans les exemples de reprise du droit privé par les juridictions administratives que nous étudions, le juge « **transpose** » une norme de droit privé, c'est-à-dire qu'il l'oppose non à une situation de droit privé mais bien à une situation administrative<sup>379</sup>.

**229.** Cette liste non exhaustive de la reprise du droit privé par le juge administratif par le biais de principes généraux du droit démontre que cette technique est une méthode usuelle d'application du droit privé. La fréquence de ces prises en compte peut être expliquée par le fait que les principes généraux du droit semblent plus malléables que les règles qui leur servent d'inspiration.

---

<sup>377</sup> CE Sect. 14 avril 1961, *Ministre de la reconstruction c/ Société Sud-Aviation*, p. 236 ; AJDA 1961, p. 326 chron. J.-M. Galabert et M. Gentot. V. également les développements de Benoît Plessix *in* L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 604 et s. et n° 946

<sup>378</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mai 1956, D. 1957, p. 34 concl. Lemoine, JCP 1956 n°9181, note P. Esmien, RDP 1958, p. 298, note Waline, AJDA 1956, chron. p. 91 ; Prosper Weil, A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence *Giry*, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas, 1975 ; Pour une application récente, V. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 1996, D. 1997, jurisp. p. 83 note Legrand ; V. également, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2007, JCP A, mai 2007, p. 19 note O. Renard-Payen

<sup>379</sup> V. 252 et s. Cette distinction est, à juste titre, chère à Benoît Plessix *in* L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Op. cit., pp. 797 et s.

## 2. Un recours à des principes malléables.

**230.** Il est difficile de savoir si la réception des textes de droit privé se fait davantage par le biais d'une citation **directe** de l'article ou par la technique **indirecte** des principes généraux du droit. Toujours est-il que la reprise tacite des règles de droit privé est une technique, nous l'avons vu, à laquelle le juge administratif recourt régulièrement. On peut s'interroger sur cette volonté de ne pas appliquer directement la règle de droit privé pour lui préférer un principe général du droit. Cette technique présente l'avantage de laisser le juge libre d'adapter ces principes et d'éviter ainsi une confrontation avec l'interprétation judiciaire de la règle qui a inspiré ce principe. La juridiction administrative peut ainsi se détacher de l'interprétation qui est faite de la norme par le juge judiciaire.

**231.** Il semble en effet plus facile pour le juge administratif de se détacher de l'interprétation qui est faite par le juge judiciaire d'une règle de droit privé s'il ne reprend pas cette règle mais applique un principe général du droit. Dans ses conclusions rendues sur l'arrêt *Sté Alusuisse-Lonza-France*, le commissaire du gouvernement Guyomar rappelle que l'utilisation d'un principe général du droit laisse au Conseil d'Etat une « opportune autonomie » à la différence d'une citation directe du Code civil<sup>380</sup>. Dans cette situation, le juge évite les divergences fâcheuses d'interprétation qui pourraient exister entre les deux ordres de juridiction<sup>381</sup>. Jacqueline Dutheil de la Rochère note au sujet de l'arrêt *Canal* qui évoque largement des « principes généraux du droit pénal »<sup>382</sup>, que le juge recourt à ces principes et non directement à des règles particulières « par modestie de non-pénaliste et désir de ne pas provoquer la contradiction »<sup>383</sup>. Si la formule employée en l'espèce est large et ne vise aucune règle précisément, la référence à un principe général du droit, même plus précis, présente le même type d'avantage : il évite la contradiction des interprétations. En effet, si le juge administratif décide de s'éloigner de l'interprétation qui

---

<sup>380</sup> V. Concl. M. Guyomar sur CE Ass. 8 juillet 2005, *Sté Alusuisse-Lonza-France*, préc.

<sup>381</sup> Dans ce sens, V. Franck Moderne, *Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil »*, préc., spéc. pp. 658 et s.

<sup>382</sup> CE Ass. 19 octobre 1962, *Canal*, p.552, D. 1962, p. 687

<sup>383</sup> Jacqueline Dutheil de la Rochère, note sous CE Ass. 24 janvier 1969, *Ministre du travail c/ Syndicat national des cadres des organismes sociaux*, p.39, D. 1969, p. 440



est faite d'une règle par le juge judiciaire, il peut le faire plus aisément en appliquant un PGD. Dans cette situation, le juge administratif donne une interprétation d'un principe et non de la règle qui inspire ce principe. Les normes n'étant pas les mêmes, chaque juridiction peut donner sa propre portée à la norme. La juridiction administrative ne risque donc pas de se voir désavouée par la juridiction judiciaire.

**232.** Ce constat peut paraître un peu artificiel. Derrière le principe dégagé par le Conseil d'Etat, il y a une règle de droit privé. Si les deux ordres de juridiction donnent une interprétation différente de ces deux normes, il est difficile de ne pas y voir une discordance, même si le support de la règle n'est pas identique.

**233.** Le commissaire de gouvernement Jean-Denis Combrexelle s'est également penché sur cette question lors de l'affaire Krief<sup>384</sup>. Il précise dans ses conclusions que la citation directe d'une règle de droit privé par le juge administratif doit être évaluée au regard des autres règles et principes du droit administratif et des exigences de service public<sup>385</sup>. Si la compatibilité n'est pas évidente, il peut être préférable de recourir à un principe général du droit, ce qui a pour avantage de laisser au Conseil d'Etat la complète maîtrise du sens et de l'évolution de sa jurisprudence sur ce point. Ainsi, le recours au PGD aurait pour avantage de laisser la juridiction administrative maîtresse de sa jurisprudence en lui laissant une marge de manœuvre.

**234.** Une fois encore, ce point de vue n'emporte pas notre assentiment. On peut en effet considérer que, même en recourant à un PGD, il n'est jamais bon pour des raisons de cohérence que les deux ordres de juridiction donnent deux interprétations différentes d'une même norme, même si l'une des deux se cache derrière un principe plus général. Il est en revanche évident que le juge administratif peut toujours émettre des réserves prenant en compte l'intérêt général ou la sauvegarde du service public mais, dans ce cas, il ne s'agit pas de divergence d'interprétation mais d'un travail que doit effectuer le juge administratif et que le juge judiciaire n'a pas pour mission d'assurer. Nous ne voyons pas pourquoi il serait plus avantageux pour le juge administratif de recourir à un PGD plutôt qu'à une citation directe d'une norme de droit privé. Dans toutes les situations, le juge peut toujours prononcer une réserve d'intérêt général.

---

<sup>384</sup> Conclusions Jean-Denis Combrexelle sur CE 28 juin 1996, Krief, JCP, éd G., 1996, 22704

<sup>385</sup> Ibid., p. 386

**235.** Dans tous les cas, les principes généraux du droit qui reprennent une norme de droit privé constituent bien des applications tacites du droit privé.

## **B. Une application tacite du droit privé.**

**236.** Il paraît difficile pour un juriste d'expliquer qu'un principe général du droit traduit une application tacite de règles de droit privé. Ces principes sont par définition non écrits ; il semble donc impossible de leur rechercher une origine publique ou privée. De plus, ces principes étant par essence « généraux », comment déterminer leur nature sachant que nous avons exposé<sup>386</sup> que, pour déterminer la nature d'une règle, il faut qualifier son destinataire d'origine. La pratique observée du Conseil d'Etat en matière de principes généraux du droit nous permet de mettre à mal ces théories et de constater que certains de ces principes sont bien des reprises déguisées de règles de droit privé (1). Même si la transformation de ces règles en principes généraux leur fait dépasser le clivage public-privé, ils n'en restent pas moins des principes d'origine privée (2).

### **1. Une application déguisée.**

**237.** Le fait que les principes généraux du droit soient des principes non-écrits n'exclut pas le fait que ces normes puissent s'inspirer plus ou moins librement de textes<sup>387</sup> et donc de textes de droit privé. On peut estimer que l'intégration de nombreux principes généraux du droit inspirés du droit privé au sein de la légalité administrative ne porte pas atteinte à l'autonomie de la légalité administrative. En effet, certains estiment que le juge ne reprend pas une règle de droit privé mais qu'il applique seulement un principe plus général, transversal à la dualité des normes juridiques<sup>388</sup>. Si l'on part de ce postulat, la légalité administrative reste alors absolument autonome car elle ne recourt pas *stricto sensu* à des

---

<sup>386</sup> V. 100 et s.

<sup>387</sup> V. Benoît Jeanneau, les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Thèse, Sirey, 1954, p. 125 ; Jean-Marc Maillot, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, Thèse, Dalloz, 2003, p. 383

<sup>388</sup> Dans ce sens, V. Jean-Marc Maillot, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, Thèse, Dalloz, 2003, n°568 à 571 ; Franck Moderne, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil », préc.

règles de droit privé. C'est certainement une des raisons qui peut conduire la juridiction administrative à ne pas recourir à une application directe de la norme de droit privé.

**238.** Pourtant, la réalité est moins complexe et cette impression d'autonomie se révèle n'être qu'une illusion. Il nous semble en effet difficile de dire que lorsque le juge reprend une règle de droit privé pour en faire un principe général du droit il ne reprend pas du droit privé. L'artifice visant à camoufler cette reprise et consistant à dire que ce n'est pas le principe qui s'inspire de la norme de droit privé, mais que c'est cette norme qui s'inspire elle-même d'un principe préexistant, n'est guère efficace et ne trompe personne<sup>389</sup>. L'utilisation de la formule « principe dont s'inspire le Code » masque bien maladroitement une réalité évidente : ces principes généraux du droit sont bien des reprises évidentes du droit privé<sup>390</sup>. Pour étayer cette argumentation, on peut ajouter que le Tribunal administratif de Rennes a, pour sa part, découvert un principe général du droit **qui s'inspire du Code du travail**<sup>391</sup>. L'utilisation de cette formule et non de l'expression « **principe dont s'inspire le code** » nous paraît plus franche et semble démontrer que même un Tribunal administratif peut avoir des doutes sur l'expression qui doit être utilisée en la matière.

**239.** Certains auteurs considèrent que la reprise de textes de droit privé doit passer essentiellement par l'édiction de tels principes afin de protéger l'autonomie du droit administratif<sup>392</sup>. Il semble pourtant illusoire de penser qu'il existe une différence entre une reprise formelle et le recours tacite par le biais d'un principe général du droit. On ne voit pas pourquoi l'autonomie du droit administratif serait moins atteinte par un principe qui reprend une règle de droit privé de façon tacite plutôt que par une citation directe de l'article. Benoît Plessix qui a étudié dans sa thèse les relations entre le Code civil et le droit administratif<sup>393</sup> prône le recours généralisé à la formule simple de « principe » pour

---

<sup>389</sup> Pour une évolution historique des formules utilisées par le Conseil D'Etat en matière de reprise du droit privé, V. l'exemple de la responsabilité décennale des constructeurs *in* Franck Moderne, La responsabilité décennale des constructeurs en droit public, Dalloz, 1993, pp. 192-206

<sup>390</sup> Dans le même sens, V. Benoît Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 947, M. Waline, note sous CE 22 juillet 1977, Jouven et Roche, RDP 1977, p. 1329. Pour une opinion contraire, V. Franck Moderne, La responsabilité décennale des constructeurs en droit public, Dalloz, 1993, p. 199

<sup>391</sup> TA de Rennes, 23 juillet 1997, Mme G, AFJP 1998-2, p. 49 note J. Mekhantar

<sup>392</sup> V. Benoît Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Op.cit., p. 802 à 809

<sup>393</sup> Ibid.

remplacer la formule de « principe dont s'inspire le Code » car il juge cette dernière « hypocrite » et la qualifie de « coquetterie autonomiste »<sup>394</sup>.

**240.** Si nous sommes en accord complet avec ce constat, le remède proposé, c'est-à-dire le recours à la formule de « principe », ne nous semble pas régler le problème et peut encourir un reproche similaire. Répétons-le, il n'y a aucune différence entre la citation directe et le recours indirect à une transposition de la règle dans un principe, quelle que soit la qualification qui lui est donnée. Il n'y a aucun intérêt à passer par ce type de formule pour éviter d'affecter l'autonomie du droit administratif ou de la légalité administrative qui, nous le verrons<sup>395</sup>, gardent, quoiqu'il arrive, cette autonomie. Il n'y a qu'un seul intérêt à recourir à un principe général du droit plutôt qu'à une norme classiquement appliquée par la juridiction judiciaire : modifier le sens d'une norme qui ne trouverait pas exactement à s'appliquer au contentieux administratif. Il est alors possible d'objecter le fait qu'une règle classiquement appliquée par le juge judiciaire n'est pas *a priori* opposable à l'administration. Dans cette situation, il est souhaitable que le juge passe par un principe général du droit. Ce n'est pas cet état des choses que nous visons. Il nous semble en effet que certaines règles peuvent parfaitement s'appliquer à l'action administrative sans que le juge change pour autant la lettre de la règle. Cette dernière devient opposable à l'action administrative si le juge en décide ainsi. C'est cette simple décision prétorienne qui étend le champ d'application de la règle. Le juge n'a donc aucune obligation d'édicter un principe général du droit en la matière. Dans d'autres situations, le juge administratif est obligé de modifier quelque peu le sens de la règle pour la rendre applicable. C'est dans cette situation que le recours à un principe général du droit s'impose.

**241.** Pour étayer cette argumentation, rappelons de plus qu'il peut paraître curieux de recommander le recours à des principes généraux du droit pour transposer une règle écrite alors que ces principes sont justement des principes non écrits. Si le juge peut fonder son argumentation sur une règle écrite, même de droit privé, qu'il le fasse. Inutile de se compliquer la tâche et de créer des principes. Franck Moderne note que dans la décision *Sté Alusuisse-Lonza-France*<sup>396</sup>, « il aurait suffi apparemment de faire application directe de cette disposition sans passer par le détour des principes dont elle s'inspire, la prescription

---

<sup>394</sup> Ibid., n° 947. Pour une opinion « moins sévère », V. Franck Moderne, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil », préc. pp. 658 et s.

<sup>395</sup> V. 251 et s.

<sup>396</sup> CE Ass. 8 juillet 2005, *Sté Alusuisse-Lonza-France*, préc.

trentenaire ayant été en l'occurrence opposée à l'Etat par la société requérante. »<sup>397</sup>. Cet auteur n'est pas défavorable à l'utilisation de tels principes mais il considère, à juste titre, que l'utilisation de ces principes doit être faite à « bon escient »<sup>398</sup>, c'est-à-dire uniquement dans des situations où le juge administratif est amené à modifier la lettre du texte sur lequel il s'appuie.

**242.** Nous sommes de plus favorable à un retour à une certaine cohérence de la notion de principes généraux du droit. Ces derniers sont, comme leur nom l'indique, des principes « généraux ». Si on entend par ce terme le fait qu'ils touchent des domaines importants et vastes du droit c'est-à-dire qu'ils ont une « grande capacité d'application »<sup>399</sup> ou qu'ils sont la traduction d'idées fondamentales de notre système juridique, il nous paraît réellement délicat de considérer que des règles à caractère restreint et particulier sont des principes généraux du droit. Didier Linotte précise qu'« on ne peut pas ne pas remarquer que ces nouveaux principes et spécialement ceux dégagés dans les arrêts *Peynet*<sup>400</sup> et *G.I.S.T.I.*<sup>401</sup>, visent plus des situations particulières, pour ne pas dire d'espèce, aussi respectables soit-elles, que des hypothèses très générales. »<sup>402</sup>. Les auteurs<sup>403</sup> distinguent les principes de deuxième génération, qui naissent dans les années soixante-dix qui seraient des principes à l'objet très particulier, des principes de première génération au contenu beaucoup plus général. Didier Linotte constate que ce « rétrécissement de perspective »<sup>404</sup> illustre le

---

<sup>397</sup> Franck Moderne, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil », préc. p. 660

<sup>398</sup> Ibid., p. 659

<sup>399</sup> L'expression est de Didier Linotte in Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, AJDA 1980, p. 632, spéc. p. 639

<sup>400</sup> CE 8 juin 1973, Dame Peynet, Préc. Au sujet d'un PGD interdisant à un employeur de licencier une femme enceinte.

<sup>401</sup> CE 8 décembre 1978, GISTI, D. 1979, IR, p. 94 obs. P. Delvolvé. Au sujet d'un PGD permettant aux immigrés de mener une vie familiale normale.

<sup>402</sup> Didier Linotte, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, préc., spéc. p. 639 ; Dans le même sens, V. la réponse de Stéphane Rials, Sur une distinction contestable et un trop réel déclin, AJDA 1981, p. 632 ; Didier Linotte et Stéphane Rials, Conclusions d'une controverse, AJDA 1981, p. 115. La restriction préjudiciable de la portée des principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'Etat constitue pour les deux auteurs un point d'accord.

<sup>403</sup> Didier Linotte, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, préc., spéc. p. 639 ; Benoît Jeanneau, La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps, EDCE 1981-1982, p. 33

<sup>404</sup> L'expression est de Benoît Jeanneau in La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps, préc., spéc. p. 42

déclin du pouvoir jurisprudentiel qui perd de sa puissance normative en dégagant des principes à portée réduite. La jurisprudence du Conseil d'Etat, qui a tendance à affirmer ce mouvement, ne peut que provoquer un affaiblissement de ces principes qui perdent de leur force et de leur solennité<sup>405</sup>. Ainsi, le recours à la formule « principe général du droit »<sup>406</sup> pour qualifier la responsabilité décennale des constructeurs peut étonner<sup>407</sup>. Il est possible d'objecter que ces principes sont « généraux » justement parce qu'ils valent autant dans la sphère publique que dans la sphère privée. Cette affirmation nous semble davantage être une conséquence de l'érection en principe général du droit plutôt qu'une cause. La jurisprudence ne laisse pas apparaître qu'un principe est qualifié de « général » du droit parce qu'il est transversal au droit public et au droit privé ; c'est l'action du juge qui lui donne cette transversalité.

**243.** Il n'y a pas de différence réelle entre la citation directe d'une règle de droit privé par le juge administratif et le recours à un principe général du droit. Dans les deux cas, c'est bien du droit privé qui est repris par la juridiction administrative même si cette utilisation est plus ou moins camouflée. Le passage par l'artifice des PGD ne préserve en rien l'autonomie du droit administratif et de sa légalité. Encore faudrait-il admettre que le recours par la juridiction administrative à des textes de droit privé porte une atteinte à cette autonomie. Nous verrons par la suite que nous ne pensons pas que cela soit le cas<sup>408</sup>.

**244.** Toujours est-il que la transformation de certaines règles de droit privé en principes généraux du droit accorde une réelle solennité à celles-ci, ce qui a pour conséquence d'en faire des règles à portée générale qui dépassent le clivage privé-public.

---

<sup>405</sup> V. la note fondamentale de Benoît Jeanneau, La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps, préc. ; Jean Rivero et Jean Waline, droit administratif, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 266 ; Jean-Marc Maillot, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, Thèse, Dalloz, 2003, p. 342 à 380 ; Didier Linotte, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, préc. ; Stéphane Rials, Sur une distinction contestable et un trop réel déclin, préc. ; Didier Linotte et Stéphane Rials, Conclusions d'une controverse, préc.

<sup>406</sup> Même si le Conseil d'Etat utilise l'expression « principe et non « principe général du droit » en l'espèce, c'est bien cette dernière formule qui est visée. V. CE 17 décembre 1980, *Ministre des universités c/ Sloan et autres*, p. 478

<sup>407</sup> Benoît Plessix l'avoue lui-même : ce régime existe en droit administratif car le juge reprend l'article 2270 du Code civil et non un « principe ». V. thèse précitée, n° 947.

<sup>408</sup> V. 251 et s.

## 2. Une application d'origine privée dépassant le clivage public-privé.

**245.** Lorsque le juge reprend une règle de droit privé et la transforme en principe général du droit, le principe dépasse alors le clivage public-privé pour devenir une règle plus générale. C'est la fonction même du principe général du droit que d'accorder une certaine solennité à une règle, en théorie, non écrite. Il paraît donc difficile de dire que ce principe traduit l'application d'une règle de droit privé car, par définition, ce principe est non écrit.

**246.** Comme nous l'avons vu<sup>409</sup>, il arrive pourtant que le juge administratif se réfère plus ou moins directement à une règle classiquement appliquée par la juridiction judiciaire pour en dégager un principe général du droit. Dans cette situation, il est impossible d'affirmer que le juge dégage un principe qui transcende la division droit public droit privé et non du droit privé. Encore une fois, la transversalité de la règle est la conséquence de l'érection en principe général du droit et non sa cause. Le juge reprend une règle qui n'est pas originellement transversale mais c'est le principe général qui s'en inspire qui recouvre alors cette qualité. Nous avons déjà expliqué<sup>410</sup> que l'important était de distinguer l'origine de la règle que reprend le juge. Or, bien que les principes généraux du droit soient par définition non écrits, les juges s'inspirent fréquemment de norme écrites qui ne sont pas applicables à l'action administrative et décident, en changeant plus ou moins le texte, de le transposer dans un principe général du droit pour le rendre opposable à l'action des pouvoirs publics. On pourrait considérer qu'en la reprenant, même tacitement, le juge consacre la valeur duale (à la fois publique et privée) d'une règle en la transformant en principe général du droit car cette norme a alors pour vocation d'être une règle à portée générale, une sorte de règle d'ordre public<sup>411</sup>. Ce point de vue ne change en rien le fait que toute règle a, lors de sa rédaction, un champ d'application bien précis qu'il est souvent facile d'analyser afin de définir la nature réelle de la règle. Le fait que la doctrine ou qu'un juge considère que cette norme a une vocation plus générale ne change rien à la nature de la règle. Si cette dernière encadre le comportement des particuliers uniquement, elle est

---

<sup>409</sup> V. 215 et s.

<sup>410</sup> V. 100 et s.

<sup>411</sup> Dans ce sens, V. Marcel Waline, A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent, RDP 1961, p.9 et spéc. p. 13

d'origine privée. Si elle est prévue pour organiser l'action administrative, elle est de nature administrative. Et enfin, si elle vise l'ensemble de ces comportements, elle est par nature duale ou mixte.

**247.** Le juge donne, certes, sa valeur administrative à une règle en l'opposant à l'action administrative, mais cette norme reste une règle d'origine privée. On peut affirmer que le juge procède à une extension du bloc de légalité en y incorporant des normes classiquement appliquées par la juridiction judiciaire et qui sont transformées, par sa volonté, en principes généraux du droit. Ces règles acquièrent de façon prétorienne une portée générale en devenant des principes généraux du droit. Ces principes constituent alors l'application tacite ou déguisée<sup>412</sup> du droit privé.

**248.** L'application du droit privé par le juge administratif, qu'elle soit directe ou indirecte, reflète une volonté de la juridiction administrative de participer activement à la construction de la légalité administrative. Pour ce faire, elle n'hésite pas à recourir, de façon assumée, à des principes de droit privé qui pourraient paraître étrangers à la logique de la légalité administrative.

---

<sup>412</sup> V. 237 et s.



## **Section II : Une application assumée par le juge administratif.**

**249.** Le juge administratif intègre directement et indirectement du droit privé dans le bloc de légalité administrative. Cette légalité est donc moins autonome par rapport au droit privé qu'on ne pouvait le croire. Nous pensons néanmoins que les conséquences à tirer de ce constat sont moins radicales. Il apparaît en effet que la reprise du droit privé par le juge de l'excès de pouvoir est tout à fait assumée par le juge. Rien n'oblige le juge à reprendre de telles normes ; il le fait par choix. Cette position volontariste préserve l'autonomie de la légalité car ces règles sont librement choisies par le juge. On peut dire que le juge fait une application autonome du droit privé dans le sens où ce choix est uniquement décidé par lui (I). Il est intéressant de prolonger ce raisonnement par une étude des motivations qui entraînent ce choix du juge. Or, si cette décision ne lui est pas imposée, elle est induite par les évolutions de la société qui amènent le juge à agir offensivement en transposant du droit privé à l'activité administrative (B).

### **I- Une application autonome du juge.**

**250.** Il paraît étonnant d'affirmer que l'intégration de règles du droit privé au sein de la légalité administrative maintient l'indépendance du juge administratif. Comment le juge pourrait-il rester souverain s'il commence à appliquer des normes qui semblent idéologiquement contraires aux règles qu'il a pour rôle de contrôler ? Ne peut-on pas dire que le juge subit la pression du droit privé et en vient à « privatiser » le bloc de légalité ? Il nous semble au contraire que l'application du droit privé par le juge administratif peut être qualifiée d'autonome dans un double sens. D'une part, le juge décide de recourir au droit privé de façon autonome sans que rien ne le lui impose (A) et, d'autre part, l'application qui en est faite est autonome, c'est-à-dire propre à la juridiction administrative (B). Le fait que le juge intègre du droit privé dans la légalité administrative ne semble donc pas porter atteinte à l'autonomie de cette dernière.

## A. Une autonomie de choix.

**251.** L'autonomie du juge administratif pourrait se trouver atteinte par les nombreux recours au droit privé si le juge se voyait imposer plus ou moins directement de faire respecter ces normes. Or nous avons vu qu'il ne ressort pas de l'étude du droit positif que le juge se voit imposer la reprise de ces normes par des textes<sup>413</sup>. De plus, aucune autre raison ne semble imposer au juge une utilisation du droit privé. Ce recours n'est pas influencé par une situation de droit privé dont le juge aurait à connaître et qui lui imposerait une prise en compte du droit applicable à ce type de personne. Le juge procède à une véritable « transposition » du droit privé à l'action administrative, il n'est donc pas influencé par une situation de droit privé (1). On peut considérer que cette transposition est décidée par le juge administratif (2).

### 1. Une véritable « transposition » du droit administratif.

**252.** Nous évoquons depuis le début de cette thèse « l'application » du droit privé par le juge administratif. Les termes de « transposition », d'« utilisation » ou d'« emprunt »<sup>414</sup> paraissent pourtant, pour certains, plus adéquats. Pour ces auteurs, il convient en effet de distinguer ces deux situations pour comprendre réellement l'enrichissement de la légalité administrative.

**253.** L'« application » du droit privé implique que le juge administratif reprend des normes de cette nature afin de les opposer à une situation de droit privé sur laquelle il doit statuer. C'est par exemple ce que fait le juge judiciaire quand il « applique » du droit administratif dans l'affaire *Giry*<sup>415</sup>. Dans cette affaire, la Cour de cassation reprend une

---

<sup>413</sup> V. 204 et s.

<sup>414</sup> V. principalement, Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 797 et s. spéc. n° 933 ; V. également Agathe Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, 1996, pp. 24-26 et 92-111, spéc. pp. 94-95

<sup>415</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mai 1956, D. 1957, p. 34 concl. Lemoine, JCP 1956 n°9181, note P. Esmien, RDP 1958, p. 298, note Waline, AJDA 1956, chron. p. 91 ; Prosper Weil, *A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence Giry*, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas, 1975 ; Pour une application récente, V. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier 1996, D. 1997, jurisp. p. 83 note Legrand ; Pour d'autres exemples V. Agathe Van Lang, *Juge*

théorie de droit administratif, à savoir la responsabilité sans faute, car il se trouve dans une position où il est confronté à une situation de droit administratif. Le juge judiciaire devait déterminer si la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée pour réparer le dommage subi par un collaborateur occasionnel de la justice. La chambre civile se trouvait ainsi compétente en raison du fait que M. Giry, qui avait subi un dommage, agissait dans le cadre d'une activité de police judiciaire, ce qui emporte la compétence judiciaire<sup>416</sup>. La juridiction judiciaire constate qu'elle se trouvait dans une situation où était concernée une activité administrative ; elle décida donc d'appliquer les règles relatives à la responsabilité sans faute et non les règles du Code civil. Cette coïncidence entre « situation administrative » et « droit administratif » ne se retrouve pas fréquemment dans la jurisprudence judiciaire. Ces juridictions n'ont, par exemple, jamais appliqué de droit exclusivement administratif lors du contentieux qui leur est dévolu en matière de service public industriel et commercial<sup>417</sup>. La jurisprudence *Giry* peut être qualifiée « d'application » et non de « transposition » du droit administratif.

**254.** En effet, le juge « applique » du droit administratif à une situation qui est elle-même administrative. La nature du droit applicable semble donc commandée par la nature de la situation. Le constat est le même lorsque le juge de l'excès de pouvoir statue sur la légalité de décrets d'application de lois intervenant dans le domaine du droit civil ou commercial. Pour reprendre l'expression de Jean Rivero, le juge administratif est alors « gardien administratif de la légalité » et non gardien de la seule légalité administrative<sup>418</sup>. Benoit Plessix démontre parfaitement que dans ces situations, le juge est tenu par l'interprétation du juge judiciaire : « la compétence de principe de l'ordre juridictionnel judiciaire pour appliquer, interpréter ou créer les règles de droit privé ne saurait souffrir trop longtemps une telle entorse à l'autonomie du droit privé ; c'est pourquoi dès lors

---

judiciaire et droit administratif, LGDJ, 1996, pp. 68-71 ; Pierre Delvolvé, La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative, Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p.47 ; Roland drago, Le juge judiciaire, juge administratif, RFDA 1990, p. 757 ; Laurent Richer, Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire, CJEG 1990, p. 367

<sup>416</sup> TC 7 juin 1951, Dame Noualek, p. 636 concl. Delvolvé

<sup>417</sup> TC 22 janvier 1921, société de l'ouest africain, p. 91 ; CE 20 janvier 1988, SCI « la colline », p. 21 ; V. également, Sophie Nicinski, L'usager du service public industriel et commercial, Thèse, L'Harmattan, 2001 ; Agathe Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, Op. Cit.

<sup>418</sup> V. Jean Rivero, Le juge administratif : Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?, Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public, tome II, LGDJ, 1974 ; dans le même sens, V. Benoît Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Op. Cit., n° 935

qu'une difficulté sérieuse se pose, le juge administratif doit surseoir à statuer. Or [...] aucune question préjudicielle n'existe en matière d'emprunt. »<sup>419</sup>.

**255.** Dans un système de « transposition », d'« utilisation » ou d'« emprunt », le juge ne fait pas coïncider la nature de la situation et la nature du droit applicable mais les désolidarise. Par exemple, un juge administratif face à une situation purement administrative opposera du droit privé à cette situation. Le juge administratif ne reprend donc pas du droit privé parce que la situation l'impose. Il décide au contraire, de son propre chef, sans être influencé directement par les faits, de « transposer » du droit privé à une situation administrative. Lorsque le juge décide d'appliquer la législation sur les clauses abusives<sup>420</sup> à une clause réglementaire liant un usager à un service public de distribution d'eau, il décide de reprendre une norme de droit privé (la législation sur les clauses abusives) pour l'opposer à une situation administrative (une clause réglementaire organisant donc, par définition, le fonctionnement du service public<sup>421</sup>). Il n'y a dans cette situation, aucun lien entre la notion concernée et le droit applicable. On peut alors parler de « transposition » du droit privé à l'action administrative<sup>422</sup>. Le choix du droit applicable par le juge n'est pas dicté par une situation de même nature. Dans ce contexte, nous verrons par la suite<sup>423</sup> que le juge est libre d'adapter comme bon lui semble la règle « empruntée ».

**256.** Cette distinction doctrinale illustre parfaitement une opposition essentielle. Pour autant, le choix des termes employés (application, emprunt, transposition, utilisation voire réception) ne nous paraît pas fondamentale dans le cadre de notre recherche sur l'extension du bloc de légalité administrative. Agathe Van Lang, qui a travaillé inversement sur la

---

<sup>419</sup> Benoît Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Op. Cit., n° 936

<sup>420</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G. Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurisp. P. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages

<sup>421</sup> V. CE 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Rec. p. 962 concl. Romieu ; S. 1907.3, p. 33 note M. Hauriou

<sup>422</sup> V. Roland Drago, Le juge judiciaire, juge administratif ?, RFDA 1990, p. 757 ; Agathe Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, LGDJ, 1996, pp. 24-26 et 92-111

<sup>423</sup> V. 269 et s.

relation entre droit administratif et juge judiciaire dans sa thèse de doctorat<sup>424</sup>, démontre parfaitement que s'il y a réellement deux situations différentes<sup>425</sup>, les termes employés pour les qualifier n'ont que peu d'importance. Ce constat qui vaut pour la réception du droit administratif par le juge judiciaire est exactement le même lorsqu'il s'agit de la réception du droit privé par le juge administratif. Mme Van Lang utilise d'ailleurs le terme de « transposition » pour l'assimiler à celui de « réception » qui, selon elle, traduit une passivité de l'ordre juridique qui réceptionne la règle<sup>426</sup>. Le terme « transposition » utilisé par cet auteur répond donc à une définition contraire de celle donnée par M. Plessix<sup>427</sup>. Mme Van Lang démontre d'ailleurs toute l'ambiguïté<sup>428</sup> qu'il peut y avoir à utiliser ces termes doctrinaux. Elle s'appuie ainsi sur André de Laubadère qui soulignait que « le juge administratif reste finalement maître de cette « réception » du droit privé, c'est-à-dire du choix des solutions de droit privé qu'il estime devoir recueillir, écarter ou transposer ». L'ensemble de ces développements démontre toute la subjectivité qui réside dans ces termes doctrinaux qui illustrent pourtant des situations distinctes.

**257.** L'intégralité de notre étude reposant sur des cas de « transposition » au sens de M. Plessix, c'est-à-dire des situations où le juge administratif oppose une règle classiquement appliquée par le juge judiciaire à une situation purement administrative, nous ferons, sauf indication contraire, toujours référence à cette situation quel que soit le terme employé.

**258.** L'utilisation du droit privé par les juridictions administratives et notamment son intégration dans le bloc de légalité administrative pourrait faire penser que les sources appliquées par le juge administratif en matière de légalité perdent de leur autonomie. Il ressort au contraire que le recours au droit privé ne porte aucune atteinte à l'autonomie de ces sources.

---

<sup>424</sup> Agathe Van Lang, Juge judiciaire et droit administratif, Op. Cit.

<sup>425</sup> Une situation dans laquelle le juge accorde la nature d'une situation (publique ou privée) avec la nature d'un droit et une autre dans laquelle il les désolidarise. V. Supra

<sup>426</sup> V. Agathe Van Lang, Thèse préc., n° 137 et 138

<sup>427</sup> V. 252 et s.

<sup>428</sup> V. Agathe Van Lang, Thèse préc., n° 137 et 138

## 2. Un choix favorable à l'autonomie de la légalité administrative.

**259.** Pour Yves Gaudemet, le juge administratif a « largement perdu la maîtrise des sources »<sup>429</sup> ; il estime en effet que : « L'évolution qu'implique l'avenir du juge administratif est une évolution « venue d'ailleurs », essentiellement des horizons du droit communautaire et du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. [...] C'est le vent de la concurrence et de la libre entreprise qui souffle, peu favorable *a priori* aux interventions publiques quelles qu'en soient les modalités »<sup>430</sup>.

**260.** S'il est vrai que beaucoup des nouvelles normes d'origine privée imposables à l'administration sont induites par le droit communautaire comme le droit de la concurrence et, dans une moindre mesure, le droit de la consommation<sup>431</sup>, d'autres ne le sont absolument pas, comme les normes issues des Codes du travail, civil ou pénal<sup>432</sup>.

**261.** L'intégration du droit privé dans le bloc de légalité administrative illustre donc le contraire de ce qu'avance le professeur Gaudemet et démontre que le juge a encore la maîtrise de certaines de ces sources. Quand bien même cette prise en compte du droit privé serait en majorité imposée par le droit communautaire, est-ce pour autant que l'on pourrait conclure à une perte de la maîtrise des sources ? Quelle différence y a-t-il entre une source édictée par les institutions communautaires et une source de légalité ayant pour origine les pouvoirs publics français ? Faut-il rappeler que la France participe par le biais de ses représentants à l'élaboration du droit communautaire et qu'elle exerce une influence importante dans sa construction<sup>433</sup> ? Ce droit « venu d'ailleurs » ne nous est en fait pas si étranger. Dans tous les cas, la juridiction administrative se voit et se verra toujours imposer un certain nombre de normes mais elle peut aussi, de son propre chef, rendre applicables certains principes.

---

<sup>429</sup> V. Yves Gaudemet, Le juge administratif, une solution d'avenir ?, in Clés pour le siècle, Dalloz, 2000, p. 1213, spéc. p. 1217

<sup>430</sup> Ibid.

<sup>431</sup> V. Partie II. Nous y verrons que l'intégration du droit de la consommation dans le bloc de légalité administrative n'a pas pour origine le droit communautaire.

<sup>432</sup> Ibid.

<sup>433</sup> Sur ce sujet, V. Pierre Yves Monjal, Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires, Thèse, LGDJ, 2000, spéc. pp. 354 et s.

**262.** L'intérêt de la reprise du droit privé par la juridiction administrative réside dans le fait que le droit classiquement appliqué par les juridictions judiciaires repose toujours sur la volonté du juge qui s'adapte aux évolutions de la société. Le professeur Gaudemet constate, à juste titre, que le juge se voit imposer l'intégration de normes communautaires dans le bloc de légalité. Nous ne pensons pas que cela soit regrettable mais il s'agit d'un autre débat. Il est intéressant de noter que dans le cadre de l'application du droit privé, le juge ne se voit rien imposer. Le commissaire du gouvernement Rivet dans ses conclusions sur l'arrêt du 25 novembre 1921, *Sté les Savonneries Olive* rappelait ainsi au Conseil d'Etat : « vous êtes maître de votre jurisprudence. A vous de la créer... en ne retenant les règles de Code civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective »<sup>434</sup>. Cette préconisation vaut pour l'ensemble du droit privé repris par la juridiction administrative.

**263.** On peut rétorquer à ce point de vue que l'avenir du droit administratif peut être inquiétant s'il tend à être « écartelé » entre le droit communautaire, qui distingue peu les personnes publiques des personnes privées, le droit international et enfin le droit privé. Nous préférons adopter un point de vue plus positif face à cette évolution en considérant qu'il revient à la juridiction administrative et aux pouvoirs publics de défendre les points satisfaisants de notre droit administratif tout en intégrant des solutions bénéfiques, qu'elles viennent du droit privé ou du droit international<sup>435</sup>. N'oublions pas que c'est la société qui évolue et que le droit s'y adapte<sup>436</sup>. Notre société voit ses bases se transformer. Le droit administratif doit suivre cette logique et se construire sans cloisonnement pour survivre et rester légitime<sup>437</sup>, même si pour cela il doit prendre en compte du droit privé.

**264.** Le fait que ce recours au droit privé soit décidé par le juge semble donc être favorable à l'autonomie de la légalité administrative. Il est vrai que cette autonomie se trouve atteinte dans la mesure où certaines règles ne sont pas propres à l'action

---

<sup>434</sup> CE 25 novembre 1921, *Sté les Savonneries Olive*, p.977, RDP 1922, p. 107

<sup>435</sup> Pour une vision plutôt pessimiste, V. Roland Drago, *La tenaille. Réflexions sur l'état du droit administratif*, in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 436 ; Pour une vision plutôt optimiste derrière laquelle nous nous rangeons, V. Jean-Bernard Auby, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions du droit administratif*, AJDA 2001, p. 912

<sup>436</sup> V. Jacques Caillosse, *Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ?*, RA, 2002, p. 343, spéc. pp. 354 et 355 ; *La réforme administrative et la question du droit*, AJDA 1989, p. 3, spéc. pp. 6-8

<sup>437</sup> V. 841 et s.

administrative mais sont communes aux règles applicables aux particuliers. Pourtant, il ne nous paraît pas que la légalité administrative se trouve affectée dans son autonomie par les recours contemporains au droit privé. Cette interprétation repose sur la conception que l'on se fait de l'autonomie. L'extension de la légalité administrative ne s'impose au juge que dans la mesure où celui-ci doit s'adapter aux évolutions de la société afin d'appliquer un droit ancré dans la modernité.

**265.** Benoît Plessix précise au sujet de la reprise du Code civil par le juge administratif que « être maître de sa jurisprudence, c'est donc, pour le droit administratif, être entièrement libre de faire ce qu'il veut dans l'usage de son pouvoir prétorien, y compris de s'inspirer du droit civil c'est-à-dire de ce droit sur le rejet duquel il a pourtant fondé et justifié son indépendance. [...] Cette utilisation du droit civil ne remet donc nullement en cause l'autonomie du droit administratif ; tout au contraire, parce que tout emprunt est un acte de volonté, le pouvoir discrétionnaire du juge administratif en matière d'emprunt n'est rien d'autre qu'une illustration particulière de l'autonomie du droit administratif dans le choix des sources matérielles des normes jurisprudentielles qu'il est en droit de dégager lui-même. Parce que le juge est maître de sa jurisprudence, il est maître de ses emprunts. »<sup>438</sup>.

**266.** L'analyse de cet auteur, qui porte uniquement sur la reprise du droit civil par le juge administratif, garde toute sa pertinence lorsqu'on évoque l'extension de la légalité administrative que nous étudions dans cette thèse. Dans le même sens, Agathe Van Lang se livre à des appréciations similaires en matière d'application du droit administratif par le juge judiciaire. Elle précise que « le libre arbitre du juge est un facteur déterminant de l'application du droit administratif. C'est parce qu'ils disposent d'une faculté de choix que les tribunaux judiciaires peuvent décider, en l'absence de toute directive législative ou jurisprudentielle, de résoudre certaines affaires au moyen du droit administratif. »<sup>439</sup>. Ces considérations valent tout autant dans la situation où le juge administratif reprend des sources classiquement appliquées par les juridictions judiciaires.

**267.** L'autonomie de la légalité administrative est dans ce cas de figure tout à fait préservée dans la mesure où elle est garantie par la liberté du juge. Il nous paraît trop

---

<sup>438</sup> Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 791

<sup>439</sup> Agathe Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, Thèse, LGDJ, 1996, p. 92



rapide de dire que la légalité administrative n'est pas autonome par rapport au droit privé parce qu'elle intègre quelques règles de droit privé. La légalité ne serait pas autonome si le juge se voyait obligé par les pouvoirs publics d'intégrer en masse du droit privé dans le bloc de légalité. Certes, on peut dire que la légalité administrative est de moins en moins autonome par rapport au droit privé car elle intègre certaines de ces règles. Mais en réalité, cette perte d'autonomie est compensée par le fait que le juge décide lui-même de ces recours ; la légalité reste donc autonome car elle « se détermine selon des règles librement choisies »<sup>440</sup>, ce qui est une définition de l'autonomie. La légalité administrative n'est pas sous la tutelle et l'influence du droit privé<sup>441</sup>.

**268.** Cette autonomie du juge administratif est, de plus, confortée par le fait qu'il peut adapter les normes de droit privé à l'action administrative. Le juge fait donc une application autonome du droit privé.

### **B. Une autonomie d'application.**

**269.** L'indépendance du juge est confortée par le fait qu'il peut donner sa propre interprétation du droit privé dont les effets seront modérés par le recours aux notions essentielles du droit administratif, telles que l'intérêt général ou le service public. Cette forme d'application du droit privé a été théorisée par André Hauriou (1) qui donne une excellente représentation de ce que devrait être la reprise du droit privé par le juge administratif. On peut toutefois regretter que le Conseil d'Etat tarde à donner un plein effet à cette transposition du droit privé dans la mesure où il tarde à faire subir à la règle ce qu'André Hauriou qualifie d'une « nécessaire adaptation » (2).

---

<sup>440</sup> Le petit Robert, sous la direction de Josette Rey Debove et Alain Rey, Dictionnaire le Robert, 2002

<sup>441</sup> Pour une opinion *a priori* contraire, V. Charles Eisenmann, Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif, in *Perspectivas del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX*, Homenaje a Enrique Soyagues-Laso, Madrid, Instituto des estudios de administracion local, 1969, p. 419. spéc. p. 422, 433, 435.

### 1. Une autonomie théorisée.

270. André Hauriou avait déjà analysé de façon fort pertinente en 1934 ce mouvement de transposition du droit privé par le juge administratif<sup>442</sup>. L'auteur parle d'ailleurs lui aussi et à juste titre de « transposition » et non d'« application » du droit privé<sup>443</sup>. Il estime que cette transposition du droit privé se déroule de la façon suivante : « Les phases du processus de transposition sont généralement au nombre de trois, transfert pur et simple en droit administratif d'une théorie ou d'une règle de droit privé, mouvement de réaction provoqué par une conscience plus nette des nécessités administratives, adaptation de la règle de droit privé en lui faisant subir les transformations nécessaires. »<sup>444</sup>.

271. On peut résumer ce point de vue en expliquant que la transposition a lieu en trois temps : un transfert puis un mouvement de réaction qui entraîne une transformation de la règle originelle pour l'adapter aux nécessités administratives. Ainsi, pour cet auteur, droit administratif et droit privé sont différents car ce dernier s'attache à « tenir la balance égale entre les parties » alors que le droit administratif est une discipline qui en raison de l'utilité publique « ne tient pas la balance égale entre les parties »<sup>445</sup>. Il ajoute enfin que « notre droit privé est resté essentiellement individualiste, tandis que notre droit administratif, par l'intermédiaire de la notion de l'utilité publique, est soumis dans son ensemble à l'idée du bien commun »<sup>446</sup>.

272. La démonstration d'André Hauriou est logique si on s'en tient à sa présentation du droit public et du droit privé. Il est en effet compréhensible qu'une règle qui vient d'un domaine indifférent à l'utilité publique doive s'y adapter lorsqu'elle y est confrontée. Il est également normal que le transfert d'une règle de droit privé dans le domaine administratif provoque un mouvement de réaction car cette règle n'a *a priori* rien à apporter à la matière administrative, laquelle vise à la satisfaction de l'intérêt public. Seule la transformation

---

<sup>442</sup> André Hauriou, L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome 3, Sirey, 1934, p. 92

<sup>443</sup> V. 252 et s.

<sup>444</sup> André Hauriou, préc., p. 96

<sup>445</sup> Ibid., p. 93

<sup>446</sup> Ibid., p. 95

nécessaire du texte de droit privé intégrera cette règle dans notre droit administratif et donnera ainsi toute sa valeur à la transposition de la règle.

**273.** Il est étonnant que, dès 1934, un auteur ait analysé avec tant de pertinence la reprise de règles du droit privé par le juge. A cette époque, il semble que seuls des emprunts au Code civil pouvaient être constatés ; pourtant le professeur André Hauriou avait déjà analysé avec justesse ce mouvement d'intégration du droit privé par le juge administratif qui s'intensifia par la suite. Cette analyse doctrinale est on ne peut plus actuelle car elle présente ce que devraient être toutes les applications du droit privé par le juge administratif, qu'elles soient directes ou indirectes. Malheureusement, cet exposé présente une vision idéale qui ne semble pas servir de modèle aux juridictions administratives. La transposition du droit privé au sens de cet auteur ne semble pas complète aujourd'hui. En effet, s'il y a bien un transfert de la règle de droit privé, s'il y a bien des mouvements de réaction à ces transferts, la nécessaire adaptation à l'action administrative se fait attendre.

## **2. Une adaptation attendue.**

**274.** Lorsqu'une règle d'origine privée est reprise par le juge administratif et transposée à une situation administrative, celui-ci doit procéder à une adaptation de cette règle. Nous partageons encore une fois l'opinion du professeur André Hauriou<sup>447</sup>, qui démontre parfaitement pourquoi une adaptation doit intervenir.

**275.** Pour cet auteur, le droit administratif et le droit privé se distinguent par le fait que le premier doit prendre en compte l'utilité publique, ce qui, en France, se traduit par une inégalité entre l'administration, qui doit pouvoir imposer ses choix, et les administrés. Au contraire, le second doit s'attacher à assurer une certaine égalité entre les différents sujets de droit qui y sont soumis. Si nous avons retenu une interprétation plus large du droit administratif qui intègre tout le droit appliqué à l'action administrative<sup>448</sup>, toujours est-il que les deux définitions se recoupent dans la mesure où André Hauriou présente le droit administratif comme le droit appliqué par la juridiction administrative, ce qui intègre notre objet de recherche, à savoir la légalité administrative. Tout comme le professeur A.

---

<sup>447</sup> Ibid.

<sup>448</sup> V. 91 et s.

Hauriou, nous pensons donc que cette légalité, qui est partie intégrante de sa conception du droit administratif, comprend des règles de droit privé qui doivent alors subir une adaptation à la tâche administrative. La légalité administrative doit en effet nécessairement prendre en compte les notions essentielles du droit administratif que sont l'intérêt général ou l'intérêt public et le service public, qui sont des notions parfaitement étrangères au droit privé.

**276.** Au vu de ces éléments, il est parfaitement logique et légitime que le juge adapte la règle de droit privé aux notions qu'il doit protéger. Le juge judiciaire n'hésite d'ailleurs pas, de son côté, à faire sa propre interprétation des règles de droit administratif. Agathe Van Lang évoque dans sa thèse de doctorat la « déformation du droit administratif » par le juge judiciaire<sup>449</sup>. Les développements relatifs à « la définition simplifiée du service public »<sup>450</sup>, « la confusion des notions d'ouvrage public, travail public et domaine public »<sup>451</sup>, montre à quel point le juge judiciaire peut ne pas prendre en compte la position du juge administratif.

**277.** Précisons dès maintenant que par « adaptation » nous n'entendons pas une interprétation différente de la règle de droit révélant une divergence entre les deux ordres de juridiction. Le juge administratif ne doit pas changer la définition de telle infraction pénale ou de tel comportement anticoncurrentiel. Ce n'est pas de cette façon que la primauté de l'intérêt général sera assurée et de plus, répétons-le, ces différences d'interprétation ne sont pas favorables à la cohérence juridique et rendent le droit inaudible pour le justiciable. C'est pour cette raison de cohérence et d'unité juridique qu'existe un système de questions préjudicielles<sup>452</sup>. Ces différences d'interprétation, si elles venaient à se multiplier, entraîneraient des conséquences contraires à celles escomptées. Le juge administratif qui désirerait se démarquer de la juridiction judiciaire et, par ce biais, affirmer son indépendance verrait en fait son autorité discutée et subirait certainement une

---

<sup>449</sup> V. Agathe Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, LGDJ, 1996, pp. 186-223

<sup>450</sup> *Ibid.*, p. 217

<sup>451</sup> *Ibid.*, p. 219

<sup>452</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd. 2001, p. 923 ; Au niveau communautaire, V. art 234 du Traité CE.

réduction de ses compétences au bénéfice de la juridiction judiciaire. En effet, la juridiction judiciaire jouit logiquement d'une plus grande légitimité en matière d'interprétation des normes de droit privé. Il n'est donc pas souhaitable que le juge administratif s'oppose à une autorité qui paraît plus légitime que lui dans ce secteur déterminé. Nous venons de constater que le juge judiciaire n'hésite pas à faire une interprétation différente du juge administratif au sujet de notions clefs du droit administratif. Nous ne souhaitons pas que le juge administratif s'oriente vers ce mouvement de divergence d'interprétation. Il a cependant la légitimité pour adapter ces règles à l'intérêt général. Lorsque le juge judiciaire se livre, pour reprendre les mots de Mme Van Lang, à une « déformation du droit administratif »<sup>453</sup>, il n'est pas motivé par un intérêt aussi noble.

**278.** Le juge administratif est tout à fait légitime et compétent pour faire valoir les notions essentielles du droit administratif. C'est dans ce domaine qu'il doit s'illustrer et imposer une application adaptée à l'action administrative. Cette adaptation du droit privé ne constituerait en rien une opposition avec la juridiction judiciaire car les notions d'intérêt général et de service public sont étrangères au juge judiciaire. Les deux applications ne seraient donc pas divergentes mais complémentaires. Chaque application de la norme de droit privé doit être accompagnée d'une réflexion sur l'adaptation de cette règle à l'action administrative. Une règle peut être applicable mais finalement écartée parce que contraire à l'intérêt général ou aux nécessités du service public. Le juge administratif, comme nous ne cessons de l'affirmer, ne peut que bénéficier de ce travail car il y gagne en légitimité et démontre ainsi son indépendance par rapport à la juridiction judiciaire.

**279.** Le juge acquiert une légitimité dans l'application des normes de droit privé à l'action administrative lorsqu'il les transpose réellement en effectuant un travail supplémentaire par rapport au juge judiciaire : l'adaptation de la règle aux nécessités de l'action administrative. De cette façon, le juge administratif évite toutes les critiques qui viseraient à considérer que, si du droit privé doit s'appliquer seul, le juge judiciaire est compétent pour le faire. En reprenant du droit privé tout en évitant les différences d'interprétation avec le juge judiciaire mais en tenant compte des notions essentielles du droit administratif, le juge démontre pourquoi il est essentiel qu'il intervienne.

---

<sup>453</sup> V. Agathe Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, Op. Cit., pp. 186-223

**280.** Le juge affirme son indépendance car en reprenant du droit privé, il ne se contente pas d'être « une chambre d'enregistrement » de celui-ci. Si le juge est logiquement influencé par l'interprétation judiciaire de la règle, il peut toujours donner sa propre vision de ce droit en lui opposant l'intérêt général et le service public.

**281.** Malheureusement, cette transposition en trois temps ne trouve que très rarement à s'appliquer. Le juge administratif ne donne que rarement sa propre vision du droit privé pour aboutir par exemple à un véritable droit public de la concurrence, un droit public de la consommation ou un droit public du travail. Nous verrons par la suite que le Conseil d'Etat n'hésite pas à affirmer que telle ou telle norme de droit privé ne trouvera pas à s'appliquer si l'intérêt général s'y oppose, mais il ne fait que très rarement une application concrète de cette limite<sup>454</sup>. Il est possible que nous soyons encore à la seconde étape de la transposition du droit privé par le juge administratif, à savoir le « mouvement de protestation ». Mais, de façon pessimiste, il est patent que la troisième étape qui consiste en une « nécessaire adaptation » se fait trop attendre et peut ainsi nuire au juge administratif qui risque de voir sa compétence discutée en la matière<sup>455</sup>.

**282.** Nous venons de voir pourquoi et comment l'application du droit privé par le juge administratif maintient son indépendance. Nous allons maintenant démontrer, pour prolonger cette analyse, que cette reprise du droit privé est une application offensive du juge administratif.

## **II- Une application offensive du juge administratif.**

**283.** Il est important de préciser que la reprise par le juge administratif de normes classiquement appliquées par la juridiction judiciaire peut être qualifiée d'offensive car le juge n'hésite pas à prendre des initiatives importantes afin de faire évoluer la légalité administrative. Il est essentiel de s'interroger sur l'objectif que poursuit le juge en opposant

---

<sup>454</sup> V. infra, Partie II

<sup>455</sup> Ibid.

des normes de droit privé à l'action administrative. Cette position offensive du juge traduit une volonté de participation à l'élaboration du droit administratif (A), tout en construisant une jurisprudence dynamique qui vise à encadrer l'action des pouvoirs publics. Cette jurisprudence peut être qualifiée de « maximaliste » (B).

### **A. Le renforcement du rôle du juge.**

**284.** La position du juge administratif se trouve renforcée par son application indépendante du droit privé. Le juge voit sa place renforcée dans le travail de construction du droit administratif car il y participe activement en appliquant des règles que rien ne destine à contraindre l'action des pouvoirs publics. Le juge décide de façon prétorienne qu'une règle sera dorénavant intégrée dans le bloc de légalité administrative. Il nous semble que le rôle du juge se renforce dans une double mesure. D'abord, cette position accentue sa fonction de source normative du droit administratif (1). De plus, l'application du droit privé par le juge administratif lui permet de ne pas laisser le juge judiciaire participer seul à certains développements contemporains du droit opposable à l'action administrative (2).

#### **1. Le juge administratif comme source normative du droit administratif.**

**285.** Lorsque le juge administratif applique, de façon directe ou indirecte, des normes de droit privé il affirme clairement son rôle d'acteur dans la construction du droit administratif. En effet, on peut constater que, dans les deux méthodes d'application du droit privé étudiées, le juge fait preuve d'un volontarisme important pour renforcer la légalité administrative en recourant, si besoin est, au droit privé. On peut ainsi qualifier le juge de « jurislatureur »<sup>456</sup> dans la mesure où il définit de nouvelles normes à respecter par les pouvoirs publics. Ce terme de « jurislatureur » est souvent utilisé pour qualifier le rôle du juge lorsqu'il édicte un principe général du droit. Il nous semble que la même expression peut être employée pour qualifier la totalité de l'application du droit privé par la juridiction

---

<sup>456</sup> L'expression est de Pierre Delvolvé *in* note sous CE Ass. 26 octobre 2001, Ternon, p.497, RFDA 2002, p. 90

administrative. Si, dans les différentes situations que nous étudions, le juge ne crée pas de toutes pièces une norme, il lui donne en revanche son effectivité en droit administratif car il la rend opposable à l'action de l'administration et en fait par là même une norme de droit administratif.

**286.** Il est important de souligner et de comprendre que le rôle du juge dans la conception du droit administratif ne se limite pas à la découverte de principes généraux du droit, mais aussi à l'intégration dans le bloc de légalité de règles en théorie inapplicables à l'action administrative. Sans l'action du juge, une règle qui régit uniquement les comportements des particuliers ne peut avoir aucune valeur dans le cadre d'un contentieux administratif. De plus, nous avons déjà souligné qu'il n'y a quasiment pas de différence entre une application directe et une application indirecte du droit privé par le juge administratif. En effet, lors d'une implication indirecte, c'est-à-dire lors du recours à un principe général du droit, le juge ne fait que reprendre une règle de droit privé pour la transposer de façon purement formelle dans un principe à valeur plus générale<sup>457</sup>.

**287.** Il est intéressant de noter que le juge prend toute sa place dans la construction du droit administratif en réalisant, d'une part, un travail de comblement des lacunes du droit administratif et, d'autre part, une tâche d'« actualisation » de ce droit. En effet, en reprenant du droit privé, le juge décide non seulement de consolider le droit administratif en comblant peu à peu les lacunes existantes, mais il soumet également l'action administrative à des normes adaptées aux évolutions de la société. Il en va ainsi lorsque le juge décide de reprendre les droits de la concurrence et de la consommation ou le droit du travail<sup>458</sup>. Le juge affirme son rôle de source normative du droit administratif à côté du législateur et du pouvoir réglementaire. Si la place du législateur et du pouvoir réglementaire n'est plus à démontrer en matière de modernisation du droit administratif<sup>459</sup>,

---

<sup>457</sup> V. 213 et s.

<sup>458</sup> V. Partie II

<sup>459</sup> V. par exemple la loi du 30 juin 2000 sur les procédures de référé devant la juridiction administratives ; et plus généralement, Guy Braibant, *Du simple au complexe quarante ans de droit administratif (1953-1993)*, EDCE n°45, 1994 ; Jacques Chevallier, *Le droit administratif, droit du privilège ?*, *Pouvoirs* n°46, 1988, p. 57 ; Laurent Cohen-Tanugi, *La révolution juridique et judiciaire*, in *Notre justice*, édition Robert Laffont, 2002, p. 63 ; Danièle Lochak, *Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?*, *Pouvoirs* n°46, 1988, p. 43 ; Gustave Peiser, *Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du*



on peut affirmer que le juge complète le travail de ces deux acteurs en faisant avancer le droit administratif<sup>460</sup>. La pénétration du droit de la consommation et la position volontariste du Conseil d'Etat sur sa reconnaissance de compétence en matière de droit de la concurrence<sup>461</sup> sont certainement deux des évolutions les plus importantes du droit administratif de ces dernières années, et c'est au juge administratif que l'on doit ces évolutions.

**288.** Ce travail de transposition du droit privé à l'action administrative démontre que le juge est un acteur prépondérant de la construction quotidienne du droit administratif. Pierre-Laurent Frier notait: « il faut sauver le... juge administratif. » Tel pourrait être le mot d'ordre de la juridiction administrative qui, comme toute institution, à plus forte raison bicentenaire, n'a aucune envie de disparaître ou de voir son rôle diminué.<sup>462</sup> Il nous semble que le juge administratif, en procédant à l'enrichissement de la légalité administrative, travaille à l'affirmation de l'ordre juridictionnel administratif. Cette reprise du droit privé a également pour vertu et pour but de ne pas laisser au seul juge judiciaire la compétence du développement d'une partie importante du droit applicable à l'action administrative.

## **2. Un renforcement par rapport au juge judiciaire.**

**289.** Dans le cadre de l'intégration du droit privé dans le bloc de légalité administrative, le juge intervient de façon volontariste afin de faire valoir son rôle par rapport au juge judiciaire. La compétence du juge administratif étant reconnue constitutionnellement en

---

Conseil d'État, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992 ; Le célèbre article de Jean Rivero, Le huron au Palais royal nous permet de voir qu'entre la date où l'article a été écrit et aujourd'hui, biens des situations ont évoluées. V. D. 1962, p. 37 ; Bénédicte Delaunay, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, Thèse, LGDJ, 1993

<sup>460</sup> Sur ce point, V. notamment Antoine Claeys, L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir, Thèse, Poitiers, 2005 ; Bénédicte Delaunay, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, Op. Cit., pp. 773 et s.

<sup>461</sup> V. Partie II

<sup>462</sup> Pierre-Laurent Frier, La juridiction administrative, quel avenir ?, in Regards sur l'histoire de la justice administrative, sous la direction de Grégoire Bigot, LITEC, 2006, p. 333

matière de recours pour excès de pouvoir<sup>463</sup>, le juge judiciaire ne peut pas la concurrencer dans ce domaine. Pourtant, le juge administratif ne peut pas rester insensible aux évolutions du contentieux administratif traité par le juge judiciaire. Il paraît ainsi impossible que le Conseil d'Etat reste complètement extérieur à ces développements, car il risque d'être critiqué pour son immobilisme et de voir échapper une partie de son contentieux au profit du juge judiciaire.

**290.** La pénalisation de l'action administrative et la mise en place d'un droit de la concurrence interne par le biais de l'ordonnance de 1986 menaçaient de laisser le juge administratif étranger à ces deux grandes évolutions du droit applicable à l'action administrative. Les acteurs administratifs se seraient vus opposer du droit pénal uniquement devant la juridiction répressive, et l'action économique de l'administration aurait été confrontée au droit de la concurrence interne devant le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris, comme le prévoyait l'ordonnance de 1986<sup>464</sup>.

**291.** Le juge administratif a décidé de mettre en œuvre une solution stratégique face à ces évolutions en agissant de façon volontaire afin de participer à ces développements. Antoine Claeys note que « prise isolément, l'intégration de la norme pénale dans le bloc de légalité représente un événement mineur ; replacé dans le contexte plus global de l'enrichissement de la légalité administrative, ce phénomène acquiert une autre dimension en faisant office de chaînon indispensable en l'absence duquel le mouvement général n'existerait pas. La jurisprudence de 1996<sup>465</sup> complète l'arsenal juridique du justiciable d'un moyen supplémentaire lui permettant d'obtenir l'annulation d'une décision, là où aucun moyen ne se serait montré réellement efficace. Ce simple constat suffit à caractériser la plus-value nécessaire à la réalisation de l'approfondissement de la notion de légalité administrative. »<sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> CC, 86-224 DC du 23 janvier 1987, RDP 1987, p. 1341 note Yves Gaudemet

<sup>464</sup> Pour plus de développements, V. Infra, chapitre 1 de la deuxième partie

<sup>465</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoyne de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

<sup>466</sup> Antoine Claeys, L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir, Op. Cit., p. 787

**292.** En intégrant dans le bloc de légalité administrative le droit de la concurrence et le droit pénal, le juge administratif obtient un double bénéfice. D'une part, il apparaît comme un acteur moderne du droit applicable à l'action administrative. Il se présente comme ouvert aux évolutions de la société et à l'écoute des attentes des justiciables. D'autre part, il devient l'autorité compétente pour appliquer le droit de la concurrence à la majeure partie de l'action administrative et s'ouvre des possibilités en matière de développement du recours pour excès de pouvoir fondé sur une norme pénale<sup>467</sup>. Le juge aurait pu rester étranger à ces évolutions. Il a décidé au contraire d'y participer afin d'être acteur et non spectateur des évolutions du droit applicable à l'action administrative. Pierre-Laurent Frier note qu'en élargissant le bloc de légalité vers des sources classiquement appliquées par la juridiction judiciaire, « le juge administratif a pu reconquérir toute sa place et redevenir un acteur essentiel en particulier en droit de la régulation. Ces stratégies de protection et de reconquête ont ainsi permis au juge administratif de se repositionner en sauvegardant l'essentiel de son rôle. »<sup>468</sup>.

**293.** Estimer que le juge administratif s'affaiblit par l'intégration du droit privé dans le bloc de légalité nous paraît être une vision erronée de la situation. Il nous apparaît au contraire que cette intégration peut, pour partie, être considérée comme un renforcement de la position du juge qui agit offensivement afin de protéger et de développer son domaine de compétence. Le professeur Frier note à juste titre que le juge administratif a « repris la main »<sup>469</sup>. Cette conception volontariste d'application du droit privé traduit non seulement un renforcement du rôle du juge mais également une volonté de mettre en place une jurisprudence que l'on peut qualifier de « maximaliste ».

---

<sup>467</sup> V. Jean-Charles Froment, Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, RDP 2001, p. 555

<sup>468</sup> Dans le même sens, V. Pierre-Laurent Frier, La juridiction administrative, quel avenir ?, in Regards sur l'histoire de la justice administrative, Op. Cit., p. 333, spéc. pp. 343 à 345

<sup>469</sup> Ibid., p. 345

## **B. Une jurisprudence maximaliste.**

**294.** Laurent Cohen-Tanugi dans son ouvrage « Le droit sans l'Etat »<sup>470</sup> dresse un portrait accablant du droit opposé à l'action des pouvoirs publics. Il estime que l'Etat a tendance à limiter l'édiction de normes encadrant sa propre activité pour ne pas avoir à subir trop d'obligations. Pour cet auteur, l'amélioration de cette situation passe nécessairement par une prise de conscience de la juridiction administrative qui doit produire, selon lui, une jurisprudence qu'il qualifie de « maximaliste »<sup>471</sup> afin d'encadrer d'avantage l'action administrative et ne pas laisser à l'Etat le monopole de la création des normes réglementant son action. Il semble que la juridiction administrative, en prenant en compte de plus en plus de normes de droit privé, affirme cette tendance afin de produire cette jurisprudence « maximaliste ». On constate une volonté de soumettre davantage l'administration au droit en élargissant le bloc de légalité administrative (1), mais également un désir de mieux protéger l'administré face à l'action des pouvoirs publics (2).

### **1. Une volonté de soumettre l'administration au droit en élargissant le bloc de légalité.**

**295.** Le bloc de légalité administrative, nous l'avons vu, est constitué par des normes internationales, constitutionnelles, législatives, par des actes administratifs et par la jurisprudence des juridictions administratives. Les normes de droit privé ne font pas partie de ce bloc de légalité qui encadre l'action administrative. Elles peuvent le devenir si le juge en décide ainsi. Le juge contribue donc à alimenter la légalité administrative et à définir les normes qui encadrent l'action des pouvoirs publics.

**296.** Nous verrons par la suite que les principales normes de droit privé intégrées à ce bloc de légalité par le juge administratif sont le droit de la concurrence, et, pour partie, du droit de la consommation, du droit du travail et du droit pénal<sup>472</sup>. Dans toutes ces situations, la juridiction administrative cherche à encadrer davantage l'action administrative en lui imposant de nouvelles obligations. Le droit de la concurrence et le

---

<sup>470</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985

<sup>471</sup> *Ibid.*, p. 105

<sup>472</sup> V. Partie II

droit de la consommation répondent à une évolution sociétale qui tend à encadrer de plus en plus l'action des pouvoirs publics lorsqu'ils interviennent dans le domaine économique. L'intégration de normes de droit pénal s'inscrit dans un mouvement général de pénalisation de l'action administrative et de la société. Enfin, le droit du travail permet au juge administratif de moderniser le droit applicable aux agents publics.

**297.** On peut voir dans ce mouvement contemporain une volonté du juge de participer activement à la construction du droit opposable à l'administration en recourant à des normes existantes mais qui n'étaient pas destinées à l'origine à s'appliquer à l'action administrative. Dans son ouvrage Laurent Cohen-Tanugi évoque le rôle de la juridiction administrative : « la mission de la juridiction administrative, comme forum des revendications juridiques de la société civile, ne devrait-elle pas être au contraire d'inventer, au fil de sa jurisprudence, la légalité pour y enserrer la puissance de l'Etat ? Ce changement de perspective, au sein d'un même compromis, signifierait le remplacement d'une jurisprudence minimaliste par une jurisprudence maximaliste, plus agressive ou du moins créative, dans la défense de la société civile contre la puissance publique. »<sup>473</sup>. L'intégration volontaire de normes de droit privé dans le bloc de légalité administrative est selon nous à inscrire dans ce mouvement. Le constat de M. Cohen-Tanugi est certainement un peu sévère dans la mesure où la juridiction administrative a toujours œuvré pour encadrer l'action des pouvoirs publics<sup>474</sup>. L'ouverture de l'intérêt pour agir et l'élargissement progressif des actes susceptibles de recours en sont un exemple<sup>475</sup>. Toujours est-il que la multiplication des emprunts au droit privé traduit cette volonté du juge de soumettre toujours plus l'administration au respect du droit.

**298.** Il paraît logique que les juges administratifs empruntent des normes de droit privé quand ils ne peuvent plus recourir à des normes édictées pour encadrer l'action administrative. Ce constat amène à se poser la question de l'efficacité des pouvoirs publics pour édicter des normes encadrant leur propre action. L'efficacité de la séparation des pouvoirs dans l'édition du droit est portant une réalité. Il est exagéré de dire, au vu de ce

---

<sup>473</sup> Laurent Cohen-Tanugi, Op. cit., p. 105

<sup>474</sup> V. par exemple, Antoine Claeys, L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir, Thèse, Poitiers, 2005 ; Bénédicte Delaunay, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, Thèse, LGDJ, 1993, pp. 773 et s.

<sup>475</sup> V. 863 et s.

principe, que les pouvoirs publics tendent à limiter le droit applicable à l'administration pour ne pas s'imposer trop d'obligations<sup>476</sup>. Le constituant, le législateur, le pouvoir réglementaire jouent leur rôle dans l'édiction du droit opposable à l'administration. Mais il est possible de s'interroger sur la place des normes purement administratives qui ne seraient pas suffisantes pour permettre au juge d'encadrer l'action des pouvoirs publics. Il semblerait qu'une certaine forme de modernité juridique, caractérisée par exemple par les droits de la concurrence et de la consommation, ne peut être trouvée par les juges qu'en faisant appel à des textes de droit privé.

**299.** Ce constat doit être relativisé pour deux raisons. D'une part, il est logique, et c'est d'ailleurs l'une de ses fonctions, que la juridiction administrative étoffe le droit opposable à l'administration. En effet, un organe juridictionnel est confronté quotidiennement et directement à des situations juridiques concrètes qui lui imposent parfois de faire évoluer le bloc de légalité et ainsi de compléter l'action des pouvoirs publics en la matière. D'autre part, le fait que cette juridiction recoure souvent au droit privé illustre tout simplement, nous y reviendrons<sup>477</sup>, une évolution sociétale qui fait que l'administration agit dans certains cas comme les personnes privées et en concurrence avec elles. Il est donc normal que la légalité administrative se nourrisse de quelques normes de droit privé pour mettre, quand cela est nécessaire, les différents acteurs dans des situations identiques. De plus, comme nous ne cessons de le répéter, il est illusoire de considérer que le droit privé et le droit public sont des systèmes totalement étanches. Pour des raisons d'unité juridique il paraît plus sain que ces deux droits se nourrissent l'un l'autre sur certains points, afin d'assurer une certaine cohérence juridique.

**300.** Le juge cherche à encadrer largement l'action administrative, en recourant au besoin à des normes de droit privé. Mais il désire également, par le biais de cette jurisprudence maximaliste, protéger efficacement les administrés.

---

<sup>476</sup> M. Cohen-Tanugi n'hésite pas pour sa part à livrer ce constat en s'appuyant sur la célèbre phrase d'André Laignel : « vous avez juridiquement tort car vous êtes politiquement minoritaire ». V. Le droit sans l'Etat, Op. cit., p. 74

<sup>477</sup> V. troisième partie

## 2. Une volonté de protéger les administrés.

**301.** Le droit administratif est, nous l'avons vu, souvent présenté comme un droit de privilège<sup>478</sup> qui favorise l'action administrative par rapport aux droits des administrés. L'administration bénéficierait ainsi de prérogatives importantes afin de pouvoir faire prévaloir l'intérêt de tous sur les droits de quelques-uns. L'enrichissement de la légalité administrative nous semble traduire une volonté du juge de rétablir, quand cela est justifié et souhaitable, un certain équilibre entre droits et privilèges de ces deux acteurs.

**302.** Lorsque M. Cohen-Tanugi évoque le recours à une jurisprudence maximaliste, il préconise « d'enserrer » la puissance publique, afin de mieux défendre « la société civile »<sup>479</sup>. En effet, il ne s'agit pas d'encadrer étroitement l'action administrative pour tout simplement réduire son action. Le but d'une jurisprudence maximaliste est d'améliorer la situation des administrés. Le respect de normes issues du droit de la consommation et de la concurrence s'inscrit clairement dans cette optique. Il ne s'agit pas d'alourdir les règles juridiques qui s'imposent à l'administration pour limiter son action mais pour permettre à l'administré de bénéficier de services de meilleure qualité. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation, lorsqu'ils sont opposés à l'action administrative, bénéficient aux administrés. Le droit de la concurrence a pour conséquence d'améliorer l'offre de services proposés aux administrés. En effet, il est censé aboutir à une concurrence plus saine entre les opérateurs. L'administré doit donc, en théorie, disposer de la possibilité de faire un choix entre différentes offres. Le droit de la consommation permet, pour sa part, de faire bénéficier les administrés des multiples avantages de ce droit en les assimilant à des consommateurs.

**303.** La réalité est plus complexe car, nous le verrons par la suite<sup>480</sup>, ce n'est pas uniquement l'administré qui bénéficie de cette jurisprudence maximaliste, mais également d'autres acteurs. Le droit du travail ne bénéficie pas aux administrés mais aux agents

---

<sup>478</sup> V. par exemple, Jacques Chevallier, *Le droit administratif, droit de privilège ?*, Pouvoirs n° 46 1988, p. 57

<sup>479</sup> L. Cohen-Tanugi, *Op. cit.*, p. 105

<sup>480</sup> V. deuxième partie

publics, qui se voient opposer des règles traditionnellement appliquées aux salariés de droit privé. Bertrand Seiller note ainsi que « l'enrichissement contemporain du droit des services publics français peut être perçu comme une conquête. Mais le mot est alors entendu dans un sens différent : il y a conquête en ce que les nouvelles sources ou composantes du régime des services publics apportent de nouveaux droits aux usagers voire aux agents de ces services. »<sup>481</sup>. Mais c'est aussi le juge administratif qui bénéficie de ce mouvement. La prise en compte volontaire du droit pénal et du droit de la concurrence lui ouvre bien des perspectives et transforme son travail. Le droit de la consommation peut aussi procurer des avantages à l'administration qui peut être considérée comme un professionnel au sens de ce droit et être protégée par toute une série de dispositions contenues dans le Code de la consommation. Au final, cette jurisprudence maximaliste a bien plus de conséquences qu'il n'était possible d'en imaginer : c'est l'ensemble du droit administratif et de ses acteurs qui se trouvent transformés et qui, en majorité, bénéficient de cette jurisprudence dynamique.

**304.** En introduction à un colloque consacré au thème de l'exportation du droit administratif français, Martine Lombard s'interroge : « la question essentielle est bien de savoir si le droit administratif français continue à bénéficier de nos jours des qualités d'adaptation qui l'ont précisément rendu longtemps si attrayant au-delà de son champ immédiat. »<sup>482</sup>. Nous nous efforçons dans cette étude de démontrer que le dynamisme et la vitalité du juge administratif en matière d'extension de la légalité administrative illustrent parfaitement toutes les qualités d'adaptation du droit administratif contemporain.

---

<sup>481</sup> Bertrand Seiller, Evolution de la conception française du service public et de son dualisme, JCP A, 16 avril 2007, n° 2097

<sup>482</sup> Martine Lombard, Le droit administratif français est-il exportable ?, JCP A, 16 avril 2007, n°2094



## Conclusion du second Chapitre :

**305.** L'autonomie de la légalité administrative est bel est bien une réalité mais force est de constater qu'elle comporte un certains nombre d'exceptions. Que cela soit de façon directe ou indirecte, le juge de l'excès de pouvoir reprend, quand il l'estime nécessaire, des règles classiquement appliquées par les juridictions judiciaires afin de les opposer à l'action administrative. Si ces références au droit privé tendent à se multiplier, elles ne nous semblent pas remettre en cause l'existence de l'autonomie de la légalité administrative qui reste encore dans sa majorité différente du droit privé. Il appartient de plus au juge administratif, lorsqu'il reprend du droit privé, de l'adapter à l'intérêt général, fondement de l'action administrative. Le Conseil d'Etat ne multiplie pas actuellement ces réserves d'intérêt général. Il paraît pourtant évident qu'à l'avenir ce type de limite trouvera à s'affirmer. C'est uniquement à partir du développement d'une telle jurisprudence que l'on pourra parler de l'avènement d'un droit « public » de la concurrence, de la consommation ou de tout autre droit privé repris par la juridiction administrative. Il reste encore aux juridictions administratives à prendre en compte les particularités de l'action administrative lorsqu'elles reprennent du droit classiquement appliqué par les juridictions judiciaires. Il ne fait aucun doute que cette évolution, essentielle à la survie de la juridiction administrative, s'affirmera dans les années à venir.

**306.** L'enrichissement de la légalité administrative n'est pas imposé au juge par un texte mais par la nécessité d'inscrire l'action administrative dans une certaine modernité. Si le juge administratif n'a pas le monopole de la modernisation du droit administratif, il reste un acteur essentiel de ce droit en incluant dans le bloc de légalité des sources que rien ne destinait à être opposées à l'action administrative. De plus, nous verrons que les conséquences de cette extension de la légalité administrative sont multiples. Les usagers, les services publics, les agents et le juge administratif lui-même voient leur place évoluer avec cette transformation de la légalité.

## Conclusion de la première Partie :

**307.** La légalité et le droit administratif sont régulièrement présentés comme autonomes par rapport au droit privé. Il est pourtant difficile de les présenter comme des systèmes complètement étanches. Pour commencer, la légalité administrative est un sous-ensemble du droit administratif. Ce dernier, classiquement présenté comme un droit exorbitant du droit privé, ne l'est pas réellement si l'on prend en compte une définition moderne et réaliste. Le droit administratif est en fait formé pour partie de droit privé si l'on considère qu'il est constitué par le droit applicable à l'administration, c'est-à-dire par toute personne gérant un service public. Cette définition interdit de parler d'autonomisation mais permet d'avoir une vision d'ensemble du droit applicable à l'action administrative. On peut constater que les pouvoirs publics évoluent régulièrement dans un « climat » de droit privé lorsque leur action est soumise au contrôle du juge judiciaire. Les critères techniques d'autonomisation ne fournissent pas de meilleurs résultats. Il est impossible de dire que le droit administratif est le droit appliqué uniquement par la juridiction administrative. Cette dernière reprend également du droit privé et la juridiction judiciaire est amenée à reprendre du droit administratif. Une fois encore, on constate que le droit administratif est un système juridique large qui dépasse les clivages juridictionnels.

**308.** La légalité administrative semble plus autonome que ne l'est le droit administratif. On constate en effet que le droit privé est traditionnellement évincé du bloc de légalité administrative. Il ressort qu'aucun texte et qu'aucune jurisprudence n'imposent clairement à la juridiction administrative de ne pas reprendre du droit privé lors des procédures de recours pour excès de pouvoir. L'autonomisation de la légalité administrative s'explique par une volonté de la juridiction administrative de justifier son existence par une opposition au juge judiciaire en matière de droit applicable. Le fait que l'action administrative soit déjà soumise massivement au droit privé par les juridictions judiciaires et que rien ne semble interdire au juge administratif de recourir au droit privé explique certainement pour partie la pénétration progressive du droit privé au sein de la légalité administrative. Le Conseil d'Etat tend en effet à intégrer de plus en plus de normes de droit privé dans le bloc de légalité, ce qui a pour conséquences de prolonger l'opposition du droit privé à l'action administrative et de remettre en cause l'autonomie de cette légalité.

**309.** Les différentes reprises du droit privé illustrent une position offensive de la juridiction administrative. Le juge souhaite renforcer son rôle dans la construction du droit administratif. Les transpositions prétoriennes du droit privé démontrent que le juge agit comme « jurislatureur » et qu'il détermine une partie du droit applicable à l'administration tout comme le pouvoir réglementaire ou législatif. Le juge administratif voit également sa position renforcée par rapport au juge judiciaire car il ne lui laisse pas le monopole de l'application du droit privé à l'action administrative. La reprise de normes issues du Code pénal et la « récupération » du contentieux du droit de la concurrence interne en matière de prérogative de puissance publique illustrent bien cette volonté de concurrencer le juge judiciaire avec ses propres armes. Finalement, le juge administratif souhaite mettre en œuvre une jurisprudence que l'on peut qualifier de « maximaliste ». Cette formule illustre le fait que le juge adopte une position offensive et dynamique dans la détermination du droit opposable à l'action des pouvoirs publics afin de soumettre davantage l'administration au droit en élargissant le bloc de légalité. Cette volonté est motivée par un désir accru de protéger les administrés face à l'arbitraire de certains agissements de l'administration et par l'ambition d'adapter les droits reconnus aux administrés aux évolutions contemporaines de la société. Nous verrons par la suite que cette position « maximaliste » conduit à une transformation d'ensemble du droit administratif. Il convient pour le moment d'étudier les différentes applications contemporaines du droit privé lors du contentieux de l'excès de pouvoir.



**DEUXIEME PARTIE**  
**UNE EXTENSION VOLONTARISTE.**

**310.** Si rien n'empêche la prise en compte du droit privé par les juridictions administratives dans le contentieux de la légalité, il convient de s'intéresser à l'étendue de ce phénomène. Les revues juridiques spécialisées contiennent de plus en plus de notes de jurisprudence constatant la pénétration progressive du droit privé dans le contentieux administratif de l'excès de pouvoir. Le droit de la concurrence, de la consommation, le droit pénal, le droit des assurances ou encore de droit du travail sont régulièrement cités dans les visas des décisions des juridictions administratives. Il est également possible de rapprocher de ces reprises expresses d'articles de codes relevant du droit privé la multiplication de principes généraux du droit qui s'inspirent clairement de ces codes. La doctrine, sans pour autant commenter cette dynamique dans son ensemble, y voit, au cas par cas, un phénomène conduisant à la mort progressive du droit administratif ou au contraire une solution salutaire pour l'ordre administratif. Si le Conseil d'Etat a toujours appliqué du droit privé, on peut tout de même constater une accélération et une multiplication contemporaines de l'utilisation de ces normes conduisant à un véritable phénomène juridique qui mérite d'être analysé. Au demeurant, il convient de préciser qu'aussi symbolique qu'elle soit, cette utilisation croissante du droit privé demeure modérée. La question se pose alors de savoir si ces applications éparses du droit privé peuvent être regroupées dans des logiques communes. L'enrichissement de la légalité administrative semble, tout d'abord, toucher la plupart des acteurs administratifs, du gestionnaire du service public à l'utilisateur et de l'agent à l'autorité administrative indépendante. Aucun secteur ne semble épargné. Si l'action économique des pouvoirs publics est souvent concernée, notamment par le droit de la concurrence ou de la consommation, l'élargissement de la légalité concerne également des activités purement administratives comme la police administrative. L'ensemble des matières du droit administratif est confronté à ce phénomène de pénétration du droit privé, du droit de la fonction publique au droit des biens, des marchés publics au droit des services publics ou au droit public économique. L'extension de la légalité administrative peut être analysée à travers deux mouvements distincts. Dans un premier temps, l'utilisation du droit privé semble être justifiée par une volonté des juges de défendre les compétences de leur ordre juridictionnel (chapitre I). Dans un second temps, la prise en compte de normes d'origine privée est motivée par le désir d'améliorer la situation des sujets du droit administratif en comblant ses lacunes ou en faisant apparaître de nouvelles obligations pour les pouvoirs publics (chapitre II).

## **Chapitre I : Des emprunts liés à la défense de l'ordre administratif.**

**311.** « « Il faut sauver le ... juge administratif. » Tel pourrait être le mot d'ordre de la juridiction administrative qui, comme toute institution, à plus forte raison quand elle est bicentenaire, n'a aucune envie de disparaître ou de voir son rôle diminué. »<sup>483</sup>. Voilà comment le professeur Frier introduisait récemment un article sur l'avenir de la juridiction administrative. L'extension de la légalité administrative nous semble pouvoir être étudiée au travers du prisme de cette analyse. En vue de ne pas être « diminué » et de ne pas « disparaître », l'ordre administratif a développé une politique jurisprudentielle originale qui le conduit à insérer dans le bloc de légalité des normes classiquement appliquées par la juridiction judiciaire. Nous verrons plus précisément dans notre troisième partie si cette position conduit à « sauver » le juge administratif. Il convient tout d'abord d'analyser en quels termes s'organise cette défense de l'ordre administratif. Deux matières permettent au juge administratif de participer aux développements contemporains du droit opposable à l'action administrative. Dans un premier temps, le juge a désiré ne pas rester étranger à l'application du droit de la concurrence. Pour ce faire, il a dû agir offensivement afin d'obtenir une partie d'un contentieux qui lui échapperait au profit de la juridiction judiciaire. Cette nouvelle compétence lui permet de participer à la pénétration constante du droit de la concurrence dans l'action administrative. Il est donc possible d'évoquer une application calculée du droit de la concurrence (Section I). Parallèlement, l'intensification de la pénalisation de l'action publique devant les juridictions répressives a poussé le Conseil d'Etat à multiplier les références au droit pénal dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. De cette manière le juge participe, au même titre que la juridiction judiciaire, à un autre développement important du droit opposable à l'action des pouvoirs publics, à savoir la pénalisation de l'action administrative. Le juge se livre alors à une application préventive du droit pénal (Section II).

---

<sup>483</sup> Pierre-Laurent Frier, *La juridiction administrative, quel avenir ?*, in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, sous la direction de Grégoire Bigot, LITEC, 2006, p. 333

## **Section I : L'application calculée du droit de la concurrence.**

**312.** Le droit administratif, traditionnellement soustrait à la régulation marchande, est dorénavant exposé à une logique qui pouvait lui paraître étrangère : le droit de la concurrence. Gilbert Parleani résume parfaitement bien les objectifs de ce droit : « c'est un droit qui prend la concurrence comme objet, pour parvenir à la meilleur efficience économique possible, afin d'en faire profiter ceux qui, les plus nombreux, sont en bout de chaîne : les ménages, les consommateurs. »<sup>484</sup>.

**313.** Les relations entre droit administratif et droit de la concurrence se sont longtemps cantonnées à des débats de compétence entre le juge administratif et le juge judiciaire. Une fois ces questions résolues, le débat s'est déplacé vers le champ d'application du droit de la concurrence : comment organiser les relations entre ce droit et les actes administratifs ? Une étude de la jurisprudence permet de constater que le droit de la concurrence est devenu une véritable source de légalité administrative ce qui nous permet d'appréhender l'influence du droit de la concurrence sur l'action administrative.

**314.** Le droit de la concurrence provient principalement de deux sources, une source interne et une source communautaire. Pour les raisons exposées en introduction nous nous concentrerons uniquement sur l'étude du droit interne de la concurrence sans pour autant exclure totalement le droit communautaire qui sera évoqué à titre d'exemple et de comparaison. La nature particulière de ce droit, qu'on peut difficilement qualifier de droit privé ou de droit public, et qui vise à permettre à des acteurs économiques d'agir sur un pied d'égalité, a entraîné des difficultés dès la mise en œuvre des compétences d'application (I). Cette question résolue, le juge administratif se livre à une prise en compte graduelle du droit de la concurrence (II).

### **I- La difficile répartition des compétences d'application.**

**315.** Les juridictions administratives et judiciaires se sont livrées à une véritable joute afin de déterminer les compétences d'application du droit de la concurrence. A la lecture

---

<sup>484</sup> Gilbert Parleani, La liberté de la concurrence est-elle effective ?, *in* Les libertés économiques, G. Drago et M. Lombard (dir.), Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 97



du texte originel de l'ordonnance de 1986, nul ne semblait savoir avec précision si tel ou tel ordre était compétent pour appliquer le droit de la concurrence interne. Plusieurs facteurs peuvent être analysés comme étant à l'origine de cette difficulté (A). Le Tribunal des Conflits a finalement mis un terme à cette controverse d'interprétation (B).

### **A. Une difficulté justifiée.**

**316.** L'opposition des ordres juridictionnels administratif et judiciaire peut s'expliquer principalement par deux facteurs : d'une part, la présence de deux sources relatives au droit de la concurrence et notamment l'imprécision du droit interne de la concurrence (1) et, d'autre part, la logique même du droit de la concurrence qui paraît contraire à l'essence du droit administratif, n'ont pas facilité la répartition des compétences (2).

#### **1. Un texte imprécis.**

**317.** L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 prise en vertu de l'article 38 de la Constitution<sup>485</sup> est venue compléter le droit communautaire par des dispositions dorénavant incluses dans le Code de commerce entre les articles L.410-1 et L.470-8. Les principaux comportements prohibés sont énumérés par les articles L.420-1, 2 et 3 qui présentent un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles que nous aborderons plus précisément dans la troisième partie de cette thèse.

**318.** L'article L.410-1 prévoit que « les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de la personne publique, [notamment dans le cadre des conventions de délégation de service public]<sup>486</sup> ». L'imprécision de cette disposition est en partie à l'origine de l'opposition de nos deux ordres juridictionnels concernant l'application du

---

<sup>485</sup> Le Conseil d'Etat précise dans une décision Ghez du 7 février 1994, p.55, AJDA 1994 p. 412 que cette ordonnance relative à la liberté des prix et de la concurrence a acquis une valeur législative à la suite de sa ratification implicite par la loi n°87-588 du 30 juillet 1987 portant « diverses dispositions d'ordre social ».

<sup>486</sup> Cette formulation a été rajoutée au texte original par la loi n° 95-127 du 8 février 1995

droit de la concurrence interne<sup>487</sup>. En effet, avant de savoir si le législateur a entendu par cette phrase opposer le droit de la concurrence aux activités administratives, il faut déterminer quel ordre juridictionnel est compétent pour assurer cette application éventuelle. La lecture de l'ordonnance laisse accroire que le Conseil de la concurrence puis la Cour d'appel de Paris sont compétents pour faire appliquer le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 à toutes les activités de « production, de distribution et de services », que ces activités soient assurées par des personnes publiques ou des personnes privées. Le texte ne précise pas quelle attitude adopter lorsqu'une notion propre au droit administratif est concernée. Ainsi, comment procéder lorsqu'un moyen est dirigé contre un acte administratif suspecté d'être contraire au droit de la concurrence interne ? En d'autres termes, une simple loi pourrait-elle priver la juridiction administrative d'une partie de ses compétences ?

**319.** Rapidement, le Conseil constitutionnel fut saisi de la question par des députés de l'opposition concernant une loi votée le 20 décembre 1986<sup>488</sup> qui paraissait, selon les auteurs de la saisine, ratifier l'ordonnance de 1986<sup>489</sup>. Statuant le 23 janvier 1987<sup>490</sup>, le Conseil consacre le célèbre principe fondamental reconnu par les lois de la République 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 placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

**320.** Les juges de la rue Montpensier accordent ainsi une valeur constitutionnelle à une partie du contentieux administratif qui ne peut être remise en cause par une simple loi. Le Conseil précise néanmoins que « la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application

---

<sup>487</sup> Dans le même sens, V. V. Sélinisky, Faut-il tuer le droit administratif pour faire triompher la concurrence ?, JCP E, Cahier de l'entreprise n° 3, p. 21

<sup>488</sup> La loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence a été jugée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel : CC 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, n° 86-224 DC, AJDA 1987, p. 315 note J. Chevalier ; RFDA 1987, p. 301 note L. Favoreu ; RDP 1987, p. 1341 note B. Genevois ; D.1988, p. 117 note F. Luchaire

<sup>489</sup> Le Conseil constitutionnel considéra dans sa décision que la loi ne ratifiait pas l'ordonnance de 1986. L'ordonnance fut en fait finalement ratifiée par la loi n°87-588 du 30 juillet 1987 portant « diverses dispositions d'ordre social ».

<sup>490</sup> CC 23 janvier 1987 (86-224 DC), préc.

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 ». Avant d'ajouter « que, si le Conseil de la concurrence, organisme administratif, est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le juge pénal participe également à la répression des pratiques anticoncurrentielles sans préjudice de celle d'autres infractions intéressant le droit de la concurrence ; qu'à des titres divers le juge civil ou commercial est appelé à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence ; que la loi présentement examinée tend à unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux spécifique et ainsi à éviter ou à supprimer des divergences qui pourraient apparaître dans l'application et dans l'interprétation du droit de la concurrence ».

**321.** En d'autres termes, après avoir constitutionnalisé une partie des compétences de la juridiction administrative, le Conseil constitutionnel précise que, dans un objectif de bonne administration de la justice, il peut être mis en place des unifications de contentieux au nombre desquelles figure l'unification du contentieux de la concurrence au profit de la juridiction judiciaire. L'ordre judiciaire semble donc être le seul compétent pour appliquer dans son ensemble le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986.

**322.** Rappelons, à titre de comparaison, que la question de la compétence d'application du droit communautaire de la concurrence aux actes administratifs est, quant à elle, tranchée depuis longtemps<sup>491</sup>. Ainsi la juridiction administrative est compétente pour connaître de la contestation de validité d'un acte administratif fondée sur une contrariété avec le droit communautaire originaire<sup>492</sup>.

**323.** Cet état du droit conduirait à une situation originale : le juge administratif serait compétent pour appliquer le droit de la concurrence communautaire aux activités administratives et le juge judiciaire pour faire respecter le droit interne de la concurrence à ces activités. Ainsi, un requérant devrait saisir les deux ordres de juridiction pour effectuer

---

<sup>491</sup> CE Ass. 30 mai 1952, Dame Kirkwood, rec. p.291. Le traité CE ne pose bien sûr aucun problème au niveau de l'applicabilité en droit interne et au niveau de la réciprocité.

<sup>492</sup> TC 19 janvier 1998, Union française de l'Expresse C/ La poste, rec. p. 434 ; D. 1998 p. 329 concl. Arrighi de Casanova ; RFDA 1999, p. 189 note Bertrand Seiller

un recours sur la contrariété d'un acte administratif avec les droits communautaire et interne de la concurrence.

**324.** La décision du Conseil constitutionnel de 1987 semble répartir clairement les compétences en matière d'application du droit de la concurrence interne. Pourtant la situation a de nouveau évolué sous l'impulsion du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits. Ces difficultés dans le partage des compétences s'expliquent également pas la nature particulière du droit de la concurrence qui semble s'opposer à la logique du droit administratif.

## **2. Une logique étrangère au droit administratif.**

**325.** Avant toute chose, il convient de revenir sur la nature première du droit de la concurrence interne et donc de définir s'il est de nature privée, publique ou mixte. Le droit de la concurrence interne est constitué par l'ordonnance de 1986. Peut-on déterminer la nature de ce texte ? Nous avons vu dans notre premier chapitre que la méthode retenue pour distinguer le droit privé du droit public consistait à déterminer quel était le domaine d'application du texte. Ainsi, le texte est de droit public lorsqu'il tend à s'appliquer aux activités publiques et de droit privé quand il concerne des activités purement privées. Les textes qui prévoient une application aux personnes privées et publiques, appartiennent alors aux deux catégories et sont qualifiés de mixtes. Cette méthode, qui reste, nous l'avons vu, imparfaite, permet de définir la nature de bien des normes.

**326.** Certains auteurs ont très tôt démontré, qu'il existait un droit public de la concurrence<sup>493</sup>. La nature du droit de la concurrence est difficile à déterminer. Bien qu'inspirée du droit communautaire, l'ordonnance de 1986 est une disposition interne ; il est donc, en théorie, plus aisé d'en définir la nature. Rappelons tout d'abord que cette ordonnance est reprise dans le Code de commerce. Cette codification dans un code d'origine napoléonienne destiné aux personnes privées n'en fait pas obligatoirement un texte de droit privé. Ainsi, le Code de commerce contient le Code monétaire et financier

---

<sup>493</sup> Didier Linotte, *Le droit public de la concurrence*, AJDA 1984, p. 60 ; J.-M. Rainaud, R. Cristini (dir.), *Droit public de la concurrence*, Economica, 1987

qui organise les missions et l'organisation d'une personne publique, la Banque de France<sup>494</sup>. Le Code de commerce peut donc contenir exceptionnellement des règles de droit public. Cette codification de l'ordonnance de 1986 nous donne cependant une première indication sur la nature de ce texte que l'on se doit de compléter.

**327.** L'article L.410-1 du Code de commerce prévoit que « les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de la personne publique, notamment dans le cadre des conventions de délégation de service public ». La portée d'application du texte semble être claire. Ce texte serait de nature mixte car il est destiné à s'appliquer aux activités publiques et privées à la condition que celles-ci soient de « production, de distribution ou de service ».

**328.** L'apparente simplicité de cette solution a été rapidement ternie par une opposition des deux ordres juridictionnels aboutissant à un arrêt du Tribunal des Conflits<sup>495</sup>. Dans cette décision, le Tribunal a estimé qu'il appartenait à la juridiction administrative seule de déterminer si le droit de la concurrence interne devait ou non s'appliquer aux activités des pouvoirs publics. A la suite de cette décision sur laquelle nous reviendrons<sup>496</sup> la juridiction administrative a considéré que l'ordonnance de 1986 ne pouvait s'appliquer aux activités administratives, celles-ci étant, dans la plupart des cas, insusceptibles d'être qualifiées d'activités de « production, de distribution et de services »<sup>497</sup>.

---

<sup>494</sup> Titre IV du Code monétaire et financier. Précisons toutefois que la nature de la Banque de France oppose le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation. Nous nous rangeons derrière la position du Conseil d'Etat qui dans une décision Syndicat national autonome du personnel de la Banque de France c/ Banque de France du 22 mars 2000, AJDA 2000, p.410 chr. Guyomar et Collin, a qualifié cet organe de personne publique sui generis. La première chambre civile de la Cour de Cassation l'a qualifié d'EPA gérant un SPA. V. C. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 5 février 2002, Banque de France, JCP 2002 II, p. 1046 note Touboul. Dans les deux cas le Banque de France n'en reste pas moins une personne publique.

<sup>495</sup> TC 6 juin 1989, Préfet de la région Ile-de-France, p. 293 ; RFDA 1989, p. 457 concl. B. Stirn ; AJDA 1989, p.431 chr. Honorat et Baptiste ; AJDA 1989, p. 467 note M. Bazex ; JCP 1990.II, 21395 note P.Terneyre ;RDP 1989, p. 1780 note Y. Gaudemet

<sup>496</sup> V. Infra, 2

<sup>497</sup> CE 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, p. 226 ; RFDA 1994, p.252 note P. Terneyre. Le Conseil d'Etat considère que les règles de l'ordonnance de 1986 ne pouvaient être opposées à l'acte de dévolution d'un service public, tel que l'attribution d'un affermage.

CE 29 juillet 1994, SA Coopérative d'achat mutualiste des instituteurs-CAMIF, p.365 : « Considérant qu'il résulte des termes de l'article 53 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de

**329.** Finalement, la décision du Conseil d'Etat de 1997 *Million et Marais*<sup>498</sup> est revenue sur cette interprétation pour conclure que l'ordonnance de 1986 était bien applicable aux activités des personnes publiques à la condition qu'elles soient constitutives d'activités « de production, de distribution et de services ».

**330.** L'étude des textes et de la jurisprudence nous permet donc de considérer, que l'ordonnance a une nature mixte qui ne distingue pas entre l'origine privée ou publique de l'activité. Une étude plus approfondie est alors nécessaire pour nous aider à conclure sur la nature véritable du droit de la concurrence.

**331.** La concurrence est, pour reprendre la définition du dictionnaire Robert<sup>499</sup> une « rivalité entre plusieurs personnes, plusieurs forces poursuivant un même but » ; elle est donc caractérisée par une lutte, une compétition entre différents acteurs vers un objectif commun. On peut noter que ni le type de rivalité, ni le caractère des personnes en compétition ne sont qualifiés. La définition juridique du dictionnaire Cornu<sup>500</sup> nous fournit davantage de précisions. La concurrence y est ainsi présentée comme : « une compétition économique ; une offre par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle ».

**332.** La concurrence est ici une rivalité qualifiée « d'économique » entre des « entreprises », avec pour but de « gagner ou de perdre les faveurs d'une clientèle ». Si les termes « entreprise » et « économique » ne sont pas nouveaux pour la juridiction administrative, la notion de « clientèle » paraît bien éloignée du droit administratif qui est, lui, plus ancré dans la notion « d'utilisateur ». La clientèle peut ainsi être définie comme un « ensemble de relations d'affaires<sup>501</sup> » alors que la notion d'utilisateur est nécessairement liée à un service public par définition étranger aux « relations d'affaires ». De plus, la notion d'utilisateur renvoie régulièrement à un statut légal et réglementaire et donc à une décision

---

distribution et de service ; que l'organisation, par le pouvoir réglementaire du service des achats publics, n'est pas constitutif d'une telle activité ».

<sup>498</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire ; Sté Million et Marais ; Sté Interarbres (3 espèces), p.406, RFDA 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; RDP 1998, p.256 note Y. Gaudemet ; AJDA 1997, p. 945 chr. Girardot et Raynaud ; AJDA 1998, p. 247 note Guézou

<sup>499</sup> Le Robert, Grand format, sous la direction de J. Rey-Debove et A. Rey, Dictionnaires Le Robert, 1996

<sup>500</sup> Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2003

<sup>501</sup> Ibid.

unilatérale qu'il est difficile d'accorder avec les termes de « relations d'affaires » qui induit un lien contractuel.

**333.** Pour résumer, l'objectif du droit de la concurrence est d'assurer une égalité entre les différents opérateurs économiques. Nous sommes bien éloignés de la nature même du droit administratif souvent qualifié de "droit de privilège"<sup>502</sup>. En effet, le rôle du droit administratif est au contraire de protéger l'action administrative afin de lui permettre d'assurer l'intérêt général. Cette idée de déséquilibre imposée par le droit administratif s'oppose à la volonté d'équilibre prônée par le droit de la concurrence. L'opposition juridictionnelle à laquelle a donné lieu l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986 ainsi que l'hostilité de la doctrine<sup>503</sup> sont particulièrement représentatives de la différence culturelle qui pouvait exister entre droit de la concurrence et droit administratif.

**334.** Malgré la portée mixte du droit de la concurrence, il est possible d'affirmer que sa nature, son inspiration sont, sans hésitation, de droit privé. C'est également ce que semble penser la plupart des auteurs ayant travaillé sur le sujet<sup>504</sup>. En faisant entrer le droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative, les juges prononcent bien une ouverture vers le droit privé. On comprend ainsi que le droit de la concurrence a créé des difficultés dans la répartition des compétences d'application

## **B. Une attribution de compétence discutée.**

**335.** Différents éléments pouvaient laisser à penser que le Conseil de la concurrence était seul compétent pour connaître des contestations relatives à l'ordonnance de 1986, sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris puis de la Cour de cassation. Rapidement, la juridiction administrative réagit et s'estime compétente pour veiller au respect par les personnes publiques du droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986. La juridiction administrative refuse surtout de perdre un pan important de ses compétences, à

---

<sup>502</sup> J. Chevalier, *Le droit administratif, droit de privilège ?*, Pouvoirs n° 46, 1988, p. 57. L'auteur constate que si le droit administratif se voit peu à peu complété par des droits nouveaux accordés aux administrés, il n'en reste pas moins caractérisé par un rapport inégalitaire entre l'administration et l'administré.

<sup>503</sup> R. Chapus, note sous CA Paris 30 juin 1988, SADE c/ Conseil de la concurrence, RFDA 1989, p. 80

<sup>504</sup> V. 27 et s.

savoir le contentieux de légalité des contrats et des actes administratifs en cas de contestation au regard du droit de la concurrence. En confiant ce contentieux de la légalité relatif à l'ordonnance de 1986 au juge judiciaire, le législateur a privé le juge administratif d'une partie de sa compétence. Ces questions de compétence ont donné naissance à une jurisprudence particulièrement subtile conduisant finalement à une compétence progressive de l'ordre administratif afin d'appliquer le droit de la concurrence (1). Cette évolution jurisprudentielle illustre parfaitement le fait que la juridiction administrative s'est livrée à une véritable défense de ses compétences traditionnelles (2).

### **1. Une détermination progressive de la compétence administrative.**

**336.** Le 6 juin 1989<sup>505</sup> dans une affaire dite « *Ville de Pamiers* », le Tribunal des Conflits est amené à se prononcer sur la compétence de la Cour d'Appel de Paris pour appliquer l'ordonnance de 1986 au choix du délégataire d'un service public de distribution de l'eau. Le Préfet a élevé le conflit arguant que le choix du mode de gestion d'un service public n'est pas une activité de « production, de distribution ou de services » au sens de l'ordonnance de 1986 mais un acte d'organisation du service non exposé au droit de la concurrence. Le Tribunal des Conflits considère que : « l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une activité de production, de distribution ou de services au sens de l'article 53 de l'ordonnance ; l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas par lui-même susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, et il n'appartient en conséquence qu'aux juridictions de l'ordre intéressé (c'est-à-dire la juridiction administrative) de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance ».

**337.** Cette formule relève que le Tribunal des Conflits analyse l'article 53 de l'ordonnance à la lumière des principes posés par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987<sup>506</sup>. Ainsi, si un acte administratif est contesté, seule la

---

<sup>505</sup> TC 6 juin 1989, Préfet d'Ile -de France, Préfet de Paris c/ C.A de Paris et S.A.E.D.E dit «Ville de Pamiers », rec. p. 293

<sup>506</sup> CC 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, n° 86-224 DC, AJDA 1987, p. 315 note J. Chevalier ; RFDA 1987, p. 301 note L. Favoreu ; RDP 1987, p. 1341 note B. Genevois ; D.1988, p. 117 note F.Luchaire



juridiction administrative, juge « naturel » des actes de la puissance publique, a compétence pour en apprécier la légalité. Cependant, le Tribunal des conflits semble douter du fait qu'un acte administratif soit « par lui même susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché »<sup>507</sup>. En effet, l'ordonnance de 1986 vise un certain nombre de comportements anticoncurrentiels. Un comportement n'est pas forcément constitué par un acte administratif<sup>508</sup>. La décision du Tribunal, particulièrement ambiguë<sup>509</sup>, peut être comprise de diverses façons. Doit-on penser que les actes administratifs ne sont pas insusceptibles par eux-mêmes de constituer une pratique anticoncurrentielle ? Les actes administratifs seraient alors exclus du champ d'application de l'ordonnance de 1986. Le Conseil de la concurrence serait seul compétent pour faire appliquer le droit de la concurrence interne. Il est également possible de considérer qu'en l'espèce l'acte n'est pas constitutif d'une pratique anticoncurrentielle mais qu'il n'est pas exclu qu'un acte administratif puisse l'être. Le droit de la concurrence interne ferait donc son entrée dans le bloc de légalité administrative et le juge administratif deviendrait compétent pour vérifier son respect par les actes administratifs.

**338.** L'évolution de la jurisprudence montre que le droit de la concurrence a pénétré dans le bloc de légalité administrative. Un acte administratif peut être constitutif d'une pratique anticoncurrentielle. La chambre commerciale de la Cour de cassation confirme cette interprétation en 1993<sup>510</sup> en admettant que si l'Etat peut être, comme les autres personnes publiques, soumis aux dispositions de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, la Cour de cassation ne peut cependant apprécier si un acte administratif est à l'origine de pratiques anticoncurrentielles, cette compétence relevant de la juridiction administrative.

**339.** La jurisprudence paraît mettre en échec l'intention du législateur qui était d'établir un bloc de compétence au profit de la juridiction judiciaire pour toutes les contestations relatives à l'ordonnance de 1986. La juridiction administrative semble désormais compétente pour appliquer le droit de la concurrence aux actes de l'administration. Cependant, la situation évolue encore avec un nouvel arrêt du Conseil d'Etat en date du 26

---

<sup>507</sup> TC 6 juin 1989, Ville de Pamiers, préc.

<sup>508</sup> Sur cette distinction, V. *Infra*, Partie III-Chapitre I-Section II-II-A-1

<sup>509</sup> V. M. Bazex note sous TC 6 juin 1989, Préfet d'Ile -de France, Préfet de Paris c/ C.A de Paris et S.A.E.D.E dit « Ville de Pamiers », AJDA 1989, p. 467

<sup>510</sup> Cass. com. 14 décembre 1993, Sté Couach Plascoa, CJEG 1994, p. 124

mars 1999<sup>511</sup>. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat doit se prononcer sur la légalité du choix d'un occupant commercial du domaine public suite à un appel d'offre. Un candidat malheureux met en cause la légalité de ce choix en se basant sur l'ordonnance de 1986. Le Conseil d'Etat, tout en considérant que les dispositions de l'ordonnance s'appliquent à la situation, décide de saisir le Conseil de la concurrence pour avis. Cette décision est fondée sur l'article 26 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 qui prévoit que : « le Conseil de la concurrence peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles 7, 8 et 10-1 ». Le juge administratif peut ainsi consulter le Conseil de la concurrence et lui demander des éléments d'appréciation. Intervient enfin la décision dite « *Aéroport de Paris* » du Tribunal des Conflits<sup>512</sup> (TC), où sont contestés des actes de gestion domaniale de l'établissement public Aéroport de Paris (ADP) dans le cadre de la réorganisation de ses aéroports ainsi que des obligations imposées à la société TAT par ADP. A cette occasion, le TC se livre à une nouvelle réorganisation des compétences juridictionnelles : d'une part, la juridiction administrative est compétente pour apprécier la légalité des actes administratifs et les pratiques qui en sont « indissociables ». D'autre part, les pratiques « détachables » de l'appréciation de validité d'un acte administratif et « constituant un abus de position dominante » relèvent du Conseil de la concurrence. Une loi de 1995 est venue modifier la fin de l'article L.410-1 du Code de commerce en rajoutant que l'ordonnance de 1986 s'appliquait « notamment dans le cadre de conventions de délégations de service public »<sup>513</sup>. Cette nouvelle formule, censée clarifier le champ d'application de l'ordonnance de 1986, n'a en fait rien réglé. Seule la formule « y compris les actes de puissance publique » aurait clarifié la situation mais le législateur est resté frileux et n'a apporté aucune amélioration quant au champ d'application de l'ordonnance.

**340.** L'état du droit positif en la matière peut être présenté de la façon suivante<sup>514</sup> :

▪ Si l'acte de la personne publique ne se rapporte pas à une activité de production, de distribution ou de services, cet acte ne relève pas de l'ordonnance de 1986. Le juge

---

<sup>511</sup> CE Sect. 26 mars 1999, Sté Hertz ; Sté EDA, p. 96, RDP 2000, p. 1545

<sup>512</sup> TC 18 octobre 1999, Préfet de la région Ile-de-France c/Cour d'appel de Paris, AJDA 1999, p.996

<sup>513</sup> Loi n° 95-127 du 8 février 1995

<sup>514</sup> V. P. Terneyre, La compétence du juge administratif, AJDA 2000, p.701

administratif ou le Conseil de la concurrence ne vérifie donc pas le respect de cette ordonnance.

▪ Si l'acte de production, de distribution ou de services ne relève pas d'une mission de service public ou de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, ce litige relève du Conseil de la concurrence<sup>515</sup> et de la Cour d'appel de Paris qui examineront sa compatibilité avec l'ordonnance de 1986.

▪ Si l'acte de production, de distribution ou de services relève d'une mission de service public ou de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la juridiction administrative est compétente pour vérifier la compatibilité avec l'ordonnance de 1986.

▪ Si le litige se rapporte à une « pratique » ou à un « comportement » d'une personne publique constitutif d'une activité de production, de distribution ou de services et indissociable ou inséparable d'une des décisions exposées ci-dessus, le litige relève du juge administratif qui l'examinera au regard de l'ordonnance de 1986.

▪ Si le litige se rapporte à une pratique ou un comportement détachable de l'appréciation de légalité d'un acte administratif, le recours doit être présenté au Conseil de la concurrence et à la Cour d'appel de Paris qui appliqueront l'ordonnance de 1986.

**341.** Il est inutile de préciser que ces distinctions « byzantines » s'éloignent considérablement de la lecture que l'on pouvait faire de l'ordonnance de 1986. En effet, il était prévu que le Conseil de la concurrence soit compétent pour appliquer les dispositions de l'ordonnance. Il a été proposé de résoudre cette situation par l'ajout d'une précision contenue dans l'article 40bis du projet de loi sur les Nouvelles Régulations Economiques<sup>516</sup>. Cet article, qui n'a pas été adopté, prévoyait « que le Conseil de la

---

<sup>515</sup> Cass. Com. 16 mai 2000, D. Affaires 2000, n° 26

<sup>516</sup> Loi n°2001-420 du 15 mai sur les nouvelles régulations économiques

concurrence est compétent pour appliquer les règles de la concurrence lorsque les pratiques en cause revêtent la forme d'un acte ou d'un contrat administratif »<sup>517</sup>.

**342.** La compétence administrative est donc dorénavant large : elle concerne l'ensemble des normes du droit de la concurrence interne et communautaire appliqué à l'administration lorsque celle-ci agit dans le cadre de prérogatives de puissance publique.

## **2. Une compétence d'application défensive.**

**343.** Contrairement à ce que pouvait laisser penser la lecture de l'ordonnance de 1986 ainsi que la décision de Conseil constitutionnel de 1987, la juridiction administrative s'est reconnue compétente pour faire appliquer le droit de la concurrence aux activités des personnes publiques. Quels éléments ont poussé le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits à imposer cette compétence administrative ? Cette position peut s'expliquer par une attitude stratégique de la juridiction administrative. La défense de l'ordre administratif et du droit administratif passait obligatoirement par une position ferme sur la répartition des compétences en matière d'application du droit de la concurrence interne.

**344.** Dans un premier temps, la juridiction administrative a cherché à défendre sa propre compétence. Charlotte Denizeau précise que l'application du droit de la concurrence interne par le juge administratif « peut être comprise comme une réaction en défense du juge administratif. Le juge administratif a recouvré une compétence que la loi lui avait ôtée, au profit du Conseil de la concurrence. »<sup>518</sup>. En effet, accepter la situation imposée par le législateur et approuvée par le Conseil Constitutionnel en 1987 revenait à donner un blanc-seing à ces acteurs pour renouveler l'expérience. La position du Conseil d'Etat empêche que ce type d'unification ne se reproduise dans d'autres secteurs. On peut imaginer que si l'unification de compétence au profit du Conseil de la concurrence avait

---

<sup>517</sup> Rapport de M. Eric Besson du 12 avril 2000 sur le projet de loi sur « *les nouvelles régulations économiques* », disponible sur le site : <http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r2327-01.asp>

<sup>518</sup> Charlotte Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve du L'union européenne*, Thèse, LGDJ, 2004, pp. 205-206

été effective, le législateur aurait pu s'en inspirer pour décider d'autres regroupements de compétence au profit du juge judiciaire. Pourquoi ne pas considérer alors que l'ordre judiciaire est plus à même que l'ordre administratif de faire appliquer l'ensemble du droit de la consommation par exemple ? Ce type de raisonnement aurait conduit potentiellement à un recul progressif de la compétence administrative dans des secteurs faisant partie de la sphère naturelle du juge judiciaire (concurrence, consommation...). La juridiction administrative devait agir fermement face à cette première contestation de son domaine de compétence.

**345.** Dans un second temps, cette position a contribué à la défense du droit administratif. En effet, il est bien évident que la juridiction judiciaire n'aurait certainement pas donné un caractère administratif à l'application du droit de la concurrence. La présence d'un ordre juridictionnel administratif autonome a pour principal intérêt de créer un droit administratif particulièrement attentif à l'effectivité des missions fondamentales de l'action administrative. Ainsi, un droit autonome est appliqué afin de défendre le service public ou l'intérêt général. Le juge judiciaire ne statue pas suivant la même logique. Réserver l'application du droit de la concurrence interne à l'ordre administratif, c'est permettre de donner une couleur administrative au droit de la concurrence. On imagine difficilement que l'ordre judiciaire aurait accepté de tempérer la portée du droit de la concurrence pour des raisons liées à l'intérêt général. Afin de contribuer à créer et à appliquer un véritable droit public de la concurrence, la juridiction administrative devait avoir une attitude ferme sur sa compétence en matière d'application du droit de la concurrence interne. Jacques-Henri Stahl a affirmé ce point de vue dans ses conclusions rendues sur l'affaire *Million et Marais* : « Nous souhaitons que vous puissiez continuer de jouer votre rôle dans l'élaboration du droit des services publics »<sup>519</sup>.

**346.** Le juge administratif a maintenant les moyens d'appliquer lui-même le droit de la concurrence qu'il soit interne ou communautaire. Il convient d'étudier dans quelle mesure le juge va l'opposer aux activités administratives.

---

<sup>519</sup> J.-H. Stahl concl. sur CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire ; Sté Million et Marais ; Sté Interarbres (3 espèces), p.406, RFDA 1997, p. 1228 et spéc. p. 1235

## II- L'application graduelle du droit de la concurrence.

347. L'ordre administratif est compétent pour décider d'une application éventuelle du droit de la concurrence aux actes administratifs. Après quelques hésitations, le Conseil d'Etat a décidé de consacrer cette application et l'a prolongée par une jurisprudence expansive. En effet, peu de domaines de l'action administrative semblent dorénavant échapper à l'emprise du droit de la concurrence (A), mais curieusement, la jurisprudence semble tarder à construire un droit public de la concurrence (B).

### A. Une application extensive.

348. Une étude de la jurisprudence permet de conclure que le Conseil d'Etat a largement fait pénétrer le droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative. Ainsi, une mesure de police administrative peut-être annulée sur le fondement d'une contrariété avec le droit de la concurrence interne (1). Cette dynamique expansive démontre que l'ordre administratif se livre en matière d'application du droit de la concurrence à une politique jurisprudentielle offensive (2).

#### 1. L'application large du droit de la concurrence.

349. Dans sa décision *Ville de Pamiers*<sup>520</sup>, le Tribunal des conflits a exclu qu'une délégation de service public puisse contrevenir au droit de la concurrence interne<sup>521</sup>. Le Conseil d'Etat a prolongé cette jurisprudence en considérant que les dispositions de l'ordonnance de 1986 ne pouvaient être opposées à l'acte de dévolution d'un service public, tel que l'attribution d'un affermage<sup>522</sup> ou à un décret organisant le service des achats publics<sup>523</sup>. La réserve de compétence décidée par le Tribunal des conflits pour

---

<sup>520</sup> TC 6 juin 1989, Préfet d'Ile -de France, Préfet de Paris c/ C.A de Paris et S.A.E.D.E, préc.

<sup>521</sup> « l'acte de dévolution d'un service public n'est pas par lui même susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché ».

<sup>522</sup> CE 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, rec. p. 226 ; RFDA 1994, p.252, note P. Terneyre

<sup>523</sup> CE 29 juillet 1994, S.A. Coopérative d'achat mutualiste des instituteurs-CAMIF, rec. p 365

connaître du contentieux des actes administratifs permettait de soustraire ces actes aux dispositions de l'ordonnance de 1986.

**350.** Le Conseil d'Etat est donc compétent mais a décidé que l'ordonnance de 1986 ne pouvait s'appliquer aux activités de l'administration. Le Tribunal des conflits a semblé suivre le Conseil d'Etat dans son raisonnement : dans une décision de 1996<sup>524</sup>, il estime « que dès lors, la délibération du conseil d'administration de la Ligue Nationale de Football, en date du 21 avril 1994, désignant le système informatique de gestion et d'édition de la billetterie des compétitions disputées sous l'autorité et le contrôle dudit groupement par les clubs de première et deuxième divisions professionnelles, a été prise dans le cadre de la mission de service public assignée à la Ligue Nationale de Football, et relève de l'exercice d'une prérogative de puissance publique ; elle ne constitue pas, en conséquence, une activité de production, de distribution ou de services, à laquelle s'appliqueraient les règles de l'ordonnance du 1er décembre 1986, et il n'appartient qu'à la juridiction administrative d'en apprécier la validité ». Ainsi, à la différence de la décision de 1989, le Tribunal des conflits n'ajoute plus que le juge administratif doit vérifier que les actes en question respectent le droit de la concurrence interne. Cet arrêt précise clairement que les prérogatives de puissance publique ne peuvent pas être constitutives d'activités « de production, de distribution et de services » au sens de l'ordonnance de 1986. Quatre jours plus tard, dans une décision *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*<sup>525</sup>, le Conseil d'Etat vérifie la compatibilité d'un décret avec les règles communautaires du droit de la concurrence<sup>526</sup>. Ce point de vue se confirme par la suite dans un groupe d'arrêts du 3 novembre 1997<sup>527</sup>. Le Conseil d'Etat se plie enfin à l'arrêt du Tribunal des conflits de 1989 et décide d'admettre explicitement que la légalité d'un contrat administratif peut être appréciée au regard des dispositions de l'ordonnance de 1986. Finalement, le Conseil

---

<sup>524</sup> TC 4 novembre 1996, *Sté Data sports*, AJDA 1997, p. 204

<sup>525</sup> CE 8 novembre 1996, *FFSA*, p.441, AJDA 1997, p. 142, chron. D. Chauvaux et T. Girardot

<sup>526</sup> Rappelons que le critère central d'application du droit de la concurrence communautaire est la notion d'entreprise et non « l'activité de production, distribution et services » comme pour l'ordonnance de 1986. Afin de permettre une application large du droit de la concurrence, la Cour de justice des Communautés européennes a retenu une définition large de l'entreprise. Ainsi, au sens des articles 81 et 82 du Traité, une entreprise est définie comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » : V. CJCE 23 avril 1991, *Höfner/Macrotron*, Rec. I p. 1979, point 21 ; CJCE 11 septembre 1997, *Job Centre*, Rec.7119. Peu importe donc que l'activité soit exercée par une personne publique ou privée : c'est le type d'activité qui influe sur la définition.

<sup>527</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, *Sté Yonne Funéraire* ; *Sté Million et Marais* ; *Sté Interarbres* (3 espèces), p.406, RFDA 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; RDP 1998, p.256 note Y. Gaudemet ; AJDA 1997, p. 945 chr. Girardot et Raynaud ; AJDA 1998, p. 247 note Guézou

d'Etat continue dans cette nouvelle logique dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1998<sup>528</sup> et décide d'appliquer le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 à un décret. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a procédé à l'examen d'un décret relatif aux structures d'hospitalisation au regard de l'article 8 de l'ordonnance de 1986 tout en rejetant le grief d'abus de position dominante : « Considérant que le décret attaqué n'instaure aucune restriction de concurrence entre les praticiens susceptibles d'être autorisés à intervenir au sein des structures d'hospitalisation, qu'il ne met pas les établissements publics de santé dans une situation leur permettant d'abuser d'une position dominante, qu'ainsi et en tout état de cause, le moyen tiré de ce que le décret contreviendrait au principe de liberté de la concurrence qui découle de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 ne peut qu'être écarté ».

**351.** En appliquant l'ordonnance de 1986 à un décret relatif au secteur de la santé, le Conseil d'Etat adresse un message à l'ensemble des juridictions administratives : dorénavant, un acte administratif peut être annulé sur le fondement des dispositions de l'ordonnance de 1986.

**352.** Cette décision s'inscrit dans la suite logique de l'arrêt *Million et Marais*<sup>529</sup> et insère le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 dans le bloc de légalité des actes administratifs. En effet, dans l'arrêt *Million et Marais*, le Conseil d'Etat n'a appliqué l'ordonnance de 1986 qu'à un acte administratif contractuel. Il faut attendre l'arrêt *Union hospitalière privée* pour que la haute juridiction l'applique à un acte administratif unilatéral.

**353.** Le Conseil d'Etat, par cette décision de 1998 et par l'arrêt *FFSA*<sup>530</sup>, a donc érigé le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 et le droit de la concurrence issu du traité CE au rang des sources de légalité administrative. Comme le souligne le Professeur Gaudemet<sup>531</sup> : « il est pertinent de voir comme une sorte de retour du juge administratif dans un contentieux, celui de la concurrence, dont on a voulu lui retirer l'essentiel lorsque l'on a placé les décisions du Conseil de la concurrence sous le contrôle du juge judiciaire, plus précisément la Cour d'appel de Paris ».

---

<sup>528</sup> CE 1er avril 1998, Union Hospitalière Privée et Fédération Intersyndicale des Etablissement d'Hospitalisation privée, rec. p. 114

<sup>529</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, préc.

<sup>530</sup> CE 8 novembre 1996, FFSA, préc.

<sup>531</sup> Note sous CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, RDP 1998 p.256



**354.** Progressivement, le droit de la concurrence interne prend une place importante au sein de la légalité administrative. Ainsi dès 1999, Le Conseil d'Etat oppose le droit de la concurrence interne à un acte de gestion du domaine public<sup>532</sup>.

**355.** L'avis du Conseil d'Etat du 22 novembre 2000 *Société L&P Publicité*<sup>533</sup> fait prendre un tournant symbolique à l'application du droit de la concurrence en tant que source de légalité administrative. Le Conseil d'Etat pose le principe qu'une mesure de police administrative doit respecter les règles de concurrence. L'avis pose la règle suivante : « Dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'administration a pour mission de protéger ou de garantir n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence. »<sup>534</sup>.

**356.** Cette considération est particulièrement importante et montre bien la difficulté à articuler certaines notions. La police administrative est traditionnellement définie comme étant l'ensemble des moyens juridiques et matériels ayant pour but d'assurer le maintien de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques. Le Conseil d'Etat, sous couvert de qualifier une mesure de police administrative « susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services », décide explicitement de l'exposer au droit de la concurrence<sup>535</sup>. On ne peut que confirmer les observations de Madame le professeur Albert : « à forcer le trait, toute décision de police a, *mutatis mutandis*, un impact économique et potentiellement anticoncurrentiel : modifier le plan de circulation dans une

---

<sup>532</sup> CE Sect. 26 mars 1999, Sté Hertz ; Sté EDA, p. 96, RDP 2000, p. 353 obs. C. Guettier ; RFDA 1999, p. 977 note D ; Pouyand ; AJDA 1999, p. 427 concl. J.-H. Stahl et note M. Bazex

<sup>533</sup> CE Sect. Avis 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, p.526, D. 2001, n°26 p.2110, note Nathalie Albert ; RFDA 2001, concl. S. Austray ; RDP 2001, p. 393 note C. Guettier ; AJDA 2001, p. 198 note M.-C. Rouault

<sup>534</sup> Notons que cet avis a donné lieu à une décision au fond de la CAA de Bordeaux, 18 février 2003, Commune de Bayonne, AJDA 2003, p. 1232 note P. Quilichini. Dans cet arrêt la CAA confirme l'annulation de la mesure de police par le Tribunal Administratif sur le fondement d'une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. La CAA ne se prononce donc pas sur le moyen fondé sur le droit de la concurrence.

<sup>535</sup> Pour confirmation V. CAA Douai 16 novembre 2004, Société Autoforum du particulier, AJDA 2005, p. 77 chron. Michel. Il s'agit d'une application de l'ordonnance de 1986 à une mesure de police administrative d'un Préfet visant à interdire une vente au déballage.

ville pourra desservir certains commerçants au bénéfice des autres, alors même que la mesure sera avant tout motivée par des exigences de sécurité et de tranquillité »<sup>536</sup>.

**357.** Le Conseil d'Etat a de nouveau appliqué le droit de la concurrence interne dans une affaire où était en cause une décision du ministre de l'intérieur de donner son agrément à un candidat cherchant à gérer une concession de Casino<sup>537</sup>. La haute juridiction administrative précise que le ministre ne doit pas fausser la concurrence lorsqu'il autorise une société à exploiter un casino, « notamment en limitant de façon excessive l'accès à ce marché »<sup>538</sup>.

**358.** L'organisation de l'ordre public se voit donc confrontée aux règles de concurrence. L'association de deux notions aussi différentes semble risquée et est susceptible de peser sur l'action de l'administration tout en faisant perdre au juge administratif sa spécificité de défenseur des services publics et de l'intérêt général. En effet, comment le juge va-t-il pouvoir concilier des notions aussi antinomiques que la libre concurrence et la salubrité ou la tranquillité publiques ? L'administration, par le biais de la police administrative, doit pouvoir agir efficacement et au plus vite pour assurer l'ordre et la sécurité publics. A ce sujet, dans l'affaire du casino d'Houlogate, le Conseil d'Etat précise qu'une atteinte au droit de la concurrence peut notamment être justifiée par « des nécessités de l'ordre public »<sup>539</sup> sans pour autant considérer que ces préoccupations sont présentes en l'espèce. L'avis du Conseil d'Etat *L&P Publicité* avait déjà précisé que le juge de l'excès de pouvoir devait, lorsqu'il applique le droit de la concurrence à une mesure de police administrative en faire une « exacte application »<sup>540</sup> c'est-à-dire combiner les différents objectifs de ces règles et donc prendre en compte les nécessités de l'ordre public.

---

<sup>536</sup> V. CE Sect. avis du 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, note préc.

<sup>537</sup> CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houlogate, p.138, AJDA 2006, p. 752 note Jean-David Dreyfus ; BJCP 2006, p. 203 concl. Didier Casas ; Lamy coll. Terr., mai 2006, n° 13 obs. E. Glaser ; V. également, Jean-Pierre Jouguelet, Remarques sur la passation des délégations de service public et les atteintes au droit de la concurrence, RJEP 2007, p. 288

<sup>538</sup> Ibid.

<sup>539</sup> Ibid.

<sup>540</sup> CE Sect. avis du 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, préc.

**359.** Les juges du Palais Royal semblent tenir compte de la particularité de la police administrative lorsqu'ils y opposent le droit de la concurrence. L'alourdissement des règles à respecter, caractérisé par l'opposition des règles issues du droit de la concurrence interne, risque de compliquer les tâches des autorités administratives chargées de ces missions. Il est enfin nécessaire de noter que la juridiction administrative semble en la matière plus exigeante que la Cour de justice des Communautés européennes. Le critère d'application central du droit de la concurrence communautaire repose sur la notion d'entreprise<sup>541</sup>. Afin de permettre une application large du droit de la concurrence, la Cour de justice des Communautés européennes a retenu une définition large de l'entreprise. Ainsi, au sens des articles 81 et 82 du Traité, une entreprise est définie par la Cour de justice des Communautés européennes comme<sup>542</sup> « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ». Peu importe que l'activité soit exercée par une personne publique ou privée, c'est le type d'activité qui influe sur la définition. Le texte communautaire prévoit un domaine d'application large du droit de la concurrence mais la jurisprudence pose un certain nombre de limites à son application aux personnes publiques. La CJCE exclut l'application des règles communautaires du droit de la concurrence aux activités se rattachant à l'exercice de prérogatives de puissance publique<sup>543</sup>. Certains auteurs<sup>544</sup> voient dans l'article

---

<sup>541</sup> Le traité de Rome prohibe un certain nombre de pratiques anticoncurrentielles. Le champ d'application de ces interdictions est contenu dans les articles 81, 82 et 86 du Traité. Ces articles interdisent les ententes, les abus de position dominante affectant le commerce intraétatique. Les concentrations et les monopoles commerciaux sont également réglementés. Ces articles 81 et 82 concernent le comportement d'entreprise.

Ainsi l'article 81-1 prévoit que « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de marché commun ».

L'article 82, quant à lui, dispose qu' « est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

Enfin l'article 86 du Traité prévoit que « 1. Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité. 2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ».

<sup>542</sup> CJCE 23 avril 1991, Höfner/Macrotron, Rec. I p. 1979, point 21 ; CJCE 11 septembre 1997, Job Centre, Rec.7119

<sup>543</sup> CJCE 19 Janvier 1994, SAT Fluggesellschaft Mbh c/ Eurocontrol, Rec. I 1994, p. 43 ; V. Charlotte Denizeau, L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne, Thèse, LGDJ, 2004, pp. 89-123

<sup>544</sup> V. A. Marceau, Police administrative et droit de la concurrence, AJDA 2002, p.190, spéc. p.197

86 du Traité<sup>545</sup> une possibilité pour la CJCE d'appliquer les normes de concurrence communautaire à une mesure de police administrative. A notre connaissance, il n'existe aucune jurisprudence en la matière, ce qui relègue cette théorie au rang de simple hypothèse. La jurisprudence de la CJCE laisse en réalité apparaître une véritable politique jurisprudentielle dans ce domaine : le droit de la concurrence n'est pas appliqué aux activités qui se rattachent à des prérogatives de puissance publique<sup>546</sup>. Outre l'arrêt *Eurocontrol*<sup>547</sup>, cette solution se retrouve dans plusieurs décisions de la Cour<sup>548</sup>.

**360.** La juridiction administrative semble faire preuve d'un zèle tout particulier dans l'application du droit de la concurrence. On peut expliquer cette position par le désir de mettre en place une politique jurisprudentielle offensive.

## **2. Une politique jurisprudentielle offensive.**

**361.** Dans un premier temps, nous avons vu que la juridiction administrative avait fait preuve d'audace pour retenir sa compétence d'application du droit de la concurrence interne. Dans un second temps, nous constatons, qu'une fois reconnu compétent, le Conseil d'Etat fait une application très large du droit de la concurrence interne lui donnant même une portée plus large que le droit communautaire de la concurrence. On peut conclure qu'après avoir été défensif sur sa compétence, le Conseil d'Etat prolonge ce mouvement par une position offensive concernant le champ d'application.

---

<sup>545</sup> Cet article dispose que : « Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité ».

<sup>546</sup> Charlotte Denizeau fait néanmoins apparaître dans sa thèse que la CJCE peut sanctionner certains actes administratifs s'ils favorisent la mise en place d'une pratique anticoncurrentielle. Aucune décision n'a sanctionné une mesure de police administrative sur ce fondement. V. Charlotte Denizeau, Thèse, Op. Cit., pp. 116-123

<sup>547</sup> CJCE 19 Janvier 1994 , SAT Fluggesellschaft Mbh c/ Eurocontrol, Rec. I, p. 43

<sup>548</sup> CJCE 28 juin 1995, RVA, JOCE n° L 216, 12 septembre 1995 ; CJCE 14 décembre 1995, Banchemo, Rec. I 1995, p. 4663. Voir également l'analyse de L. Idot, Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ?, revue Europe, janvier 1996 p.1, spéc. point 9.

**362.** Une partie de la doctrine<sup>549</sup> a vivement critiqué la haute juridiction administrative sur sa position en matière de répartition de compétences pour l'application de l'ordonnance de 1986. Il est difficile d'imaginer que la juridiction administrative se serve de cette posture défensive pour éviter finalement l'application du droit de la concurrence interne à l'action administrative<sup>550</sup>. Ainsi, le droit communautaire de la concurrence trouverait à s'appliquer à certaines activités des pouvoirs publics mais le droit interne de la concurrence serait lui mis en échec. Cela n'aurait aucune logique. La lecture de l'ordonnance de 1986 ne laisse aucun doute sur son domaine d'application. L'article 53 prévoit que « les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de la personne publique, notamment dans le cadre des conventions de délégation de service public ». Il était possible de douter de la répartition des compétences pour faire appliquer cette ordonnance mais le Conseil d'Etat aurait été de mauvaise foi s'il avait exclu les activités de l'administration du champ d'application de cette ordonnance. Il paraît évident qu'à travers la formule « production, distribution ou services » le législateur vise les activités économiques, « y compris celles qui sont le fait de la personne publique ». Le droit de la concurrence interne doit donc s'appliquer aux activités économiques des personnes publiques. Si le Conseil d'Etat a préalablement hésité à qualifier certaines activités administratives comme étant de « production, distribution ou services »<sup>551</sup>, il a finalement conclu par une position contraire dans sa décision *Million et Marais*<sup>552</sup>. Cette solution était inéluctable. Comment imaginer un seul instant que le Conseil d'Etat puisse soustraire les personnes publiques de l'application du droit de la concurrence alors même que le texte le prévoit expressément ? Ainsi, le Conseil d'Etat, dans sa décision *Compagnie Générale des Eaux*<sup>553</sup> a été vivement critiqué pour avoir décidé de ne pas appliquer le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 à l'attribution d'un affermage. La doctrine

---

<sup>549</sup> V. notes Michel Bazex sous TC 6 juin 1989, Préfet d'Ile -de France, Préfet de Paris c/ C.A de Paris et S.A.E.D.E dit « Ville de Pamiers », AJDA 1989, p. 467 et M.-C. Boutard-Labarde et L. Vogel, Gaz. Pal. 1989, p. 747, spéc. p. 749

<sup>550</sup> Dans le même sens, V. Pierre-Laurent Frier, La juridiction administrative, quel avenir ?, in Regards sur l'histoire de la justice administrative, sous la direction de Grégoire Bigot, LITEC, 2006, p. 333, spéc. pp. 343 à 345

<sup>551</sup> CE 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, p. 226 ; RFDA 1994, p.252, note P. Terneyre ; CE 29 juillet 1994, S.A. Coopérative d'achat mutualiste des instituteurs-CAMIF, rec. p. 365

<sup>552</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, préc.

<sup>553</sup> CE 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, rec. p. 226 ; RFDA 1994, p.252 note P. Terneyre

dénonçait la jurisprudence du Conseil d'Etat qui instaurait une immunité de fait pour les activités de l'administration vis-à-vis de l'ordonnance de 1986<sup>554</sup>.

**363.** Il est probable que la réaffirmation de cette position aurait enlevé toute légitimité au Conseil d'Etat en matière d'application du droit de la concurrence interne. De plus, le législateur aurait certainement réagi afin de réorganiser plus clairement le contentieux de la concurrence entre les deux ordres de juridiction en excluant clairement cette fois-ci l'ordre administratif du fait de son immobilisme en la matière. En d'autres termes, l'ordre administratif avait tout à perdre en refusant d'appliquer le droit de la concurrence à l'action administrative.

**364.** Le Conseil d'Etat décide d'appliquer le droit de la concurrence interne aux personnes publiques et prolonge cette position par une application large de ce droit ; Comme nous l'avons vu, ni la gestion du domaine public ni la police administrative ne se voient soustraites à l'application du droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986. Afin d'être complet, on peut ajouter que le Conseil d'Etat a considéré que les effets anticoncurrentiels d'une décision administrative sont susceptibles de créer une situation d'urgence au sens de l'article L.521-1 du Code de justice administrative<sup>555</sup>. Certains auteurs<sup>556</sup> s'interrogent à juste titre sur la possibilité pour le droit de la concurrence de constituer une liberté fondamentale au sens de l'article L.522-1 du CJA. Il semble que tous les domaines du droit administratif soient concernés par le droit de la concurrence interne. Comment expliquer une politique jurisprudentielle si expansive du Conseil d'Etat ? La juridiction administrative doit être offensive dans son application de l'ordonnance de 1986. Le Conseil d'Etat serait très mal jugé s'il décidait, après avoir littéralement imposé sa compétence, d'appliquer le droit de la concurrence avec parcimonie. On peut imaginer que le Conseil d'Etat se verrait critiqué s'il restreignait l'application de l'ordonnance de 1986 à certaines activités marginales de l'administration. En s'inscrivant dans une application franche et large de ce droit, la juridiction administrative se met à l'abri des critiques. En effet, l'analyse de la jurisprudence ne permet plus d'arriver à la conclusion que la

---

<sup>554</sup> V. Y. Gaudemet, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1995, p. 121

<sup>555</sup> CE. Ord. 19 janvier 2004, Sté T-Online France, DA 2004, ctaire. n°73

<sup>556</sup> CE, 2 juillet 2003, Commune de Collioure, AJDA 2003, p. 2218 note J.-P. Markus. Dans cette décision, une autre norme à portée économique, la liberté d'entreprendre, est d'ailleurs considérée comme constitutive d'une liberté fondamentale au sens de l'article L522-1 du CJA. V. également, Sophie Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ 2005, p. 167

juridiction administrative a « retenu » sa compétence afin d'accorder à l'administration un régime de faveur.

**365.** Cette attitude ne risque-t-elle pourtant pas de se retourner contre le Conseil d'Etat et d'aboutir à un résultat inverse de celui escompté ? Rien ne permet d'affirmer que la juridiction judiciaire aurait eu la même position que l'ordre administratif sur l'application du droit de la concurrence et sur son domaine d'application, mais on peut imaginer que la juridiction judiciaire aurait agi de la même façon. Pourquoi alors retenir la compétence de l'ordre administratif si celui-ci ne se distingue pas de l'ordre judiciaire ? A aucun moment, le Conseil d'Etat ne semble freiner le développement du droit de la concurrence interne qui s'applique à l'ensemble du contentieux de l'administration. Il est certain que le Conseil de la concurrence sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris aurait mené la même politique jurisprudentielle que le Conseil d'Etat en la matière, à la nuance près que l'ordre judiciaire n'aurait peut-être pas osé porter son contrôle jusqu'à la symbolique police administrative.

**366.** Afin de ne pas « scier la branche » sur laquelle il s'est volontairement assis, le Conseil d'Etat doit donc organiser l'application du droit de la concurrence pour y apposer la « marque » de l'ordre administratif.

## **B. Une application à organiser.**

**367.** Le Conseil d'Etat ne semble pas exclure l'application du droit de la concurrence interne à des matières aussi symboliques que la police administrative ou la gestion du domaine public. Il semble que l'ordonnance de 1986 s'étende à toutes les sphères de l'action administrative sous réserve que l'activité soit qualifiée de « production, distribution ou services ». Si le Conseil d'Etat ne limite pas la pénétration du droit de la concurrence à certains domaines, il doit pourtant encadrer son application afin de protéger l'action administrative. Il n'est plus nécessaire de démontrer qu'il est important de soustraire l'administration de l'application du droit commun<sup>557</sup>. Le droit privé peut, dans certains cas, faire son entrée dans le bloc de légalité administrative, mais le juge peut le transformer en droit public en en faisant une application exorbitante du droit privé afin de

---

<sup>557</sup> Ces éléments sont développés dans la première partie de cette thèse.

neutraliser ses effets négatifs sur l'exercice du service et de la puissance publique. Ce type d'application aurait également pour conséquence de justifier le maintien de la compétence administrative en matière d'opposition du droit privé en général et du droit de la concurrence en particulier. L'ordonnance de 1986 laisse peu de moyens au Conseil d'Etat pour protéger l'action administrative de l'application du droit de la concurrence (1). L'ordre administratif doit donc prendre en compte de façon prétorienne les fondements du droit administratif pour limiter l'emprise du droit de la concurrence (2).

### **1. L'absence de protection issue de l'ordonnance de 1986.**

**368.** L'ordonnance de 1986 ne comporte en son sein aucune protection de l'action administrative, et notamment des actes administratifs. Aucune disposition ne prévoit de protéger les services publics pour des raisons d'intérêt général. La conception française de l'intérêt général fortement imprégné par la notion de service public aurait pu faire penser le contraire. Pourtant, les dispositions contenues dans l'ordonnance de 1986 sont censées avoir été influencées par les dispositions communautaires de la concurrence qui, elles, organisent une protection de l'action administrative. L'article 86-2 du traité mentionne que les règles de concurrence s'appliquent « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui est impartie aux services d'intérêt économique général ».

**369.** Le droit de la concurrence communautaire prévoit donc de ne pas mettre en échec l'action de ces « services » que l'on peut assimiler à nos services publics marchands. La Commission européenne a publié en septembre 1996 une communication définissant la notion de « services d'intérêt économique général »<sup>558</sup> : constituent, pour la Commission, des services d'intérêt économique général, les activités de services remplissant des missions considérées d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public. A l'inverse, rien n'est prévu en droit français pour organiser une telle protection.

---

<sup>558</sup> JOCE, C281/3, 26 septembre 1996



**370.** Comment peut-on expliquer cette absence de protection en droit national et surtout comment peut-on pallier cette lacune ?

**371.** Le fait qu'en 1986 l'ordonnance ait été rédigée, en application de l'article 38 de la Constitution, par un gouvernement de tendance libérale n'explique pas qu'aucune protection n'ait été organisée.

**372.** L'absence de protection des actes administratifs dans l'ordonnance de 1986 est peut-être plutôt la preuve qu'il n'était pas prévu, à l'origine, que l'ordonnance s'applique aux actes administratifs. Il est certain que le législateur aurait au moins organisé une protection des services publics en excluant certains types d'actes administratifs du champ d'application du droit de la concurrence. Le Parlement et les gouvernements successifs ont toujours montré un intérêt certain pour les services publics, et il est concevable que, si le texte de 1986 avait été prévu pour être appliqué aux actes administratifs, cela aurait été clairement mentionné et encadré. Il est assez troublant de constater que la décision d'appliquer le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 résulte de la jurisprudence et non d'une volonté politique claire.

**373.** Le professeur Bréchon-Moulènes explique<sup>559</sup> qu'il faut se garder de penser que le Conseil d'Etat ait, par cette extension de compétence, l'intention de s'émanciper du pouvoir politique et de dessiner, par sa jurisprudence, une politique propre. On ne peut cependant que constater une divergence de vues entre le juge et le pouvoir politique, le premier appliquant, sans ménagement et de sa propre initiative, le droit de la concurrence aux actes administratifs, et donc aux services publics, et le second se vantant de tout faire pour assurer une protection du service public contre la loi du marché.

**374.** Le juge administratif a pris l'initiative d'appliquer les dispositions de l'ordonnance aux actes administratifs ; il lui appartient donc d'organiser leur protection pour préserver une efficacité de l'action administrative et des services publics. L'étude de la jurisprudence montre que cette protection se fait attendre.

---

<sup>559</sup> V. La place du juge administratif dans le contentieux économique public, AJDA 2000, p.679 spéc. p.685

## 2. La nécessaire conciliation avec l'intérêt général.

**375.** Les nouvelles compétences économiques du juge doivent être au service de l'intérêt général. C'est la seule raison qui pourrait expliquer et justifier que la juridiction administrative applique le droit de la concurrence « à la place » du Conseil de la concurrence. Les intérêts économiques et l'intérêt général en apparence antinomiques (a) doivent donc s'associer pour faire évoluer le droit administratif dans un sens positif (b).

### a. Une conciliation a priori antinomique.

**376.** La conception française de l'intérêt général ne peut être définie comme étant la somme des intérêts particuliers. Au contraire, notre conception est plus pessimiste et considère que la poursuite par chacun de son intérêt particulier ne va pas forcément dans le sens de l'intérêt général. Celui-ci est donc plutôt un intérêt qui transcende la volonté de chacun tout en étant profitable à tous. Depuis la Révolution française, c'est le pouvoir politique qui définit l'intérêt général<sup>560</sup>.

**377.** Au contraire, le droit de la concurrence doit mettre sur un pied d'égalité l'ensemble des concurrents ayant un objectif commun. L'interprétation que donne la juridiction administrative des dispositions du droit de la concurrence interne<sup>561</sup> impose aux pouvoirs publics de respecter l'intérêt particulier de chacun.

**378.** La juridiction administrative peut apporter des dérogations à cette exigence dans l'application du droit communautaire mais rien n'est prévu dans l'ordonnance de 1986. En appliquant l'ordonnance de 1986 aux actes administratifs, la juridiction administrative va obligatoirement se heurter à une contradiction dans l'association du droit de la concurrence et de l'intérêt général. Le droit de la concurrence doit amener à repenser la notion d'intérêt

---

<sup>560</sup> Sur ces questions voir le rapport public du Conseil d'Etat de 1999, Réflexions sur l'intérêt général, La documentation française, 1999 ; Didier Truchet, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, LGDJ, 1977 ; Didier Truchet, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre, EDCE n°50, 1999, p. 361 ; Guylain Clamour, Intérêt général et concurrence, Thèse, Dalloz, 2006, pp. 161 et s.

<sup>561</sup> Rappelons que la juridiction administrative a peu de marge de manœuvre dans l'interprétation du droit communautaire de la concurrence car elle se doit de respecter la jurisprudence de la CJCE en la matière.

général, mais il est également important que l'intérêt général puisse primer en certaines occasions sur le droit de la concurrence.

**379.** Si des difficultés existent, on a déjà vu le juge administratif s'adapter aux spécificités du contentieux économique en dégagant des solutions adaptées. Ainsi dans sa célèbre décision *Ville de Sochaux*<sup>562</sup>, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à faire évoluer sa conception de l'intérêt général en considérant que si « la déviation de la route en question procure à la société « automobiles Peugeot » un avantage direct et certain, il est conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois aux besoins de la circulation publique et aux exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale ». On constate que l'intérêt général est une donnée malléable qui évolue aussi en prenant en compte des données économiques<sup>563</sup>. Des solutions sont donc envisageables pour effectuer une juste application du droit de la concurrence tout en défendant l'intérêt général. Cette notion doit être considérée comme vivante et ainsi susceptible d'évolutions. En effet, l'intérêt général du XXIème siècle n'est pas celui du XIXème siècle. L'évolution économique et politique a considérablement transformé la notion d'intérêt général. Il appartient à la juridiction administrative de continuer à faire vivre cette notion. Ainsi, si la loi manifeste l'expression de la volonté générale, le professeur Bertrand Seiller<sup>564</sup> rappelle néanmoins que : « C'est au législateur, au gouvernement et, le cas échéant, au juge administratif de déterminer, au cas par cas, ce qu'il recouvre. De la même façon, les exigences de l'intérêt général ne sont pas identiques à un moment donné en tout point du territoire. ». Nous verrons par la suite qu'il est évidemment possible de considérer que dorénavant, la concurrence peut répondre en elle-même à des objectifs d'intérêt général<sup>565</sup>.

**380.** La loi est, par définition, générale est impersonnelle, elle peut donc difficilement prendre en compte les variantes de l'intérêt général selon les moments et les zones géographiques. Le juge administratif a ici l'avantage de pouvoir agir plus simplement au cas par cas pour définir une protection efficace de l'intérêt général. L'entrée du droit de la

---

<sup>562</sup> CE 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, p.561, AJDA 1972, p. 227 note A. Homont

<sup>563</sup> Sur cette question, V. Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence*, Thèse, Dalloz, 2006

<sup>564</sup> V. B. Seiller, *Droit administratif*, t.1, op. cit., p. 294

<sup>565</sup> V. 761 et s.

concurrence va amener le juge, faute de dispositions législatives précises, à réinventer la notion d'intérêt général et à lui donner une juste valeur face aux exigences économiques.

**b. Une conciliation décisive.**

**381.** Les transformations importantes et les concessions faites par le juge administratif pour s'attribuer le contentieux de la concurrence des actes administratifs doivent être justifiées par la protection de l'intérêt général. Cette protection donnerait toute la mesure de la réserve de compétence du juge administratif et serait une solution pour protéger l'administration et les services publics d'une vision trop économique et concurrentielle.

**382.** C'est ce que préconise le commissaire du gouvernement J-H. Stahl qui présente l'interprétation suivante<sup>566</sup> : « Nous croyons qu'il vous faut prendre garde à ne pas développer en jurisprudence administrative une conception par trop autonome de notions de droit de la concurrence. S'il faut concilier la prise en considération du droit de la concurrence avec les autres intérêts publics dont l'administration a la charge, nous pensons que cette conciliation doit avoir lieu en aval et ne doit pas emprunter la voie d'une traduction administrative des concepts du droit de la concurrence ».

**383.** Il semble évident que la juridiction administrative doit justifier la réserve de compétence opérée en matière de droit de la concurrence interne par une application du droit de la concurrence à la lumière des principes traditionnels du droit administratif. Ainsi les notions de service public, d'intérêt général et d'acte administratif doivent être protégées de l'application du droit commun par la juridiction administrative car c'est la raison d'être de la juridiction administrative et du droit administratif. L'autonomie de ces notions s'explique par la volonté de faire primer l'intérêt général sur les intérêts particuliers, c'est en tout cas la conception de l'arrêt fondateur du droit administratif, l'arrêt *Blanco*<sup>567</sup>. La particularité de la juridiction administrative doit être affirmée par cette conception et non, comme l'affirme J.H. Stahl, par une volonté de donner sa propre interprétation des concepts propres au droit de la concurrence. Ce n'est pas parce que le juge donnera sa définition du « marché pertinent » ou des « prix prédateurs » qu'il accomplira son rôle de

---

<sup>566</sup> Conclusions sur CE 26 mars 1999, Sté EDA, AJDA 1999, p. 427

<sup>567</sup> TC 8 février 1873, Blanco, GAJA, n°1

défenseur de l'intérêt général. Ce rôle sera davantage assuré s'il oppose efficacement des limites d'intérêt général justifiées par l'ordre public ou la bonne exécution du service public. Le fait qu'il arrive au Conseil d'Etat de demander au Conseil de la concurrence son avis sur la conception d'une notion de droit de la concurrence semble illustrer le fait que le juge ne veut pas trop s'éloigner de l'interprétation que fait l'autorité administrative indépendante de ces concepts juridico-économique<sup>568</sup>.

**384.** Si cette prise en compte de l'intérêt général par les juridictions administratives risque de placer des opérateurs dans des situations différentes, selon qu'ils sont publics ou privés, cette différence de traitement semble être justifiée par la protection des services publics et de l'intérêt général<sup>569</sup>. Dans certains cas, il apparaît que l'intérêt public doit absorber l'intérêt économique. La jurisprudence administrative regorge de cas où l'intérêt public est pris en compte dans le cadre d'un contentieux économique. La jurisprudence élaborée autour de la liberté du commerce et de l'industrie est particulièrement exemplaire et peut être rapprochée du contentieux de la concurrence<sup>570</sup>. Le Conseil d'Etat a admis que certaines interventions des collectivités locales sont justifiées par leur nature même parce qu'elles se rattachent à un service public administratif ; le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être opposé à de telles interventions et leur légalité n'est pas conditionnée par la carence ou l'insuffisance de l'initiative privée. C'est ce qui a été jugé notamment pour l'ouverture d'un service de consultations juridiques gratuites<sup>571</sup> ou pour la réalisation d'un lotissement destiné à pourvoir aux besoins de logement de la population<sup>572</sup>. Nous pouvons également citer l'arrêt *Société des autobus antibois*<sup>573</sup> qui permet aux services publics de transports en commun d'être protégés de la concurrence en soumettant les entreprises privées de transports en commun à un régime d'autorisation.

**385.** Le rôle du juge administratif est de concilier les intérêts économiques avec l'intérêt général. L'évolution du droit de la concurrence doit suivre le même chemin afin de

---

<sup>568</sup> Pour une étude sur les liens entre les interprétations du Conseil de la concurrence et du Conseil d'Etat en matière de droit de la concurrence, V. 692 et s.

<sup>569</sup> Pour une opinion contraire, V. P. Sargos, *Le droit de la concurrence gravement malmené*, *Le Monde* 15 décembre 1999.

<sup>570</sup> CE 1971, *Ville de Sochaux*, préc.

<sup>571</sup> CE Sect. 23 décembre 1970, *Préfet du Val d'Oise et ministre de l'intérieur c/ commune de Montmagny*, rec. p. 788

<sup>572</sup> CE 27 octobre 1971, *Delle Degraix*, rec. p. 632

<sup>573</sup> CE Sect. 29 janvier 1932, *Sté des autobus antibois*, rec. p. 117

protéger l'action administrative. Le sursaut attendu de la juridiction administrative dissiperait les craintes entretenues à l'égard de l'application du droit de la concurrence à l'action administrative. On ne peut pas déterminer ce qu'aurait été la politique jurisprudentielle du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris sur ces questions, mais on ne peut qu'espérer que la juridiction administrative justifie sa réserve de compétence en faisant une juste application du droit de la concurrence. En 1989, René Chapus considérait que le droit administratif était en danger du fait de l'application du droit de la concurrence aux activités des personnes publiques<sup>574</sup> ; il appartient au juge administratif de le rassurer en développant une jurisprudence protégeant les services publics et l'intérêt général.

**386.** Cette possibilité que s'est ouverte le juge administratif constitue une solution pour mettre l'action administrative provisoirement à l'abri des effets négatifs de l'économie de marché. Pourtant le Conseil d'Etat ne fait que rarement prévaloir l'intérêt général sur le droit de la concurrence. Nous ne dénombrons jusqu'à présent qu'une seule décision où la haute juridiction administrative a mis concrètement en échec une norme de droit de la concurrence en se basant sur l'intérêt général. Dans cet arrêt<sup>575</sup>, les juges du Palais Royal ont considéré que les vedettes gérées en régie par le département de la Vendée reliant l'île d'Yeu au continent pouvaient bénéficier de certaines facilités d'exploitation sans contrevenir au droit de la concurrence afin d'assurer d'une part, la sécurité des passagers et d'autre part, la bonne exécution du service public. Mise à part cette décision isolée, le Conseil d'Etat n'a jamais, à notre connaissance, fait prévaloir l'intérêt général sur la libre concurrence. Nous verrons par la suite que le faible nombre de décisions qui prennent en compte ces objectifs lors de la reprise de normes classiquement appliquées par les juridictions judiciaires est regrettable. Pour autant, il est également possible d'objecter que cet état de la jurisprudence démontre probablement que les différents droits repris par les juridictions administratives s'inscrivent par eux même dans une logique d'intérêt général<sup>576</sup>.

---

<sup>574</sup> V. R. Chapus, note sous CA Paris 30 juin 1988, SADE c/ Conseil de la concurrence, RFDA 1989, p. 80

<sup>575</sup> CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n°1712 note M.-C. Rouault ; DA 2004, comm. 161 note Michel Bazex et Sophie Blazy

<sup>576</sup> Ces différents constats seront développés dans la troisième partie de cette thèse.

**387.** L'application du droit de la concurrence par l'ordre administratif peut être qualifiée de défensive dans la mesure où la jurisprudence laisse clairement apparaître en la matière une volonté d'affirmation de son domaine de compétence. Cette dynamique résultant de l'opposition d'un droit d'origine privée à l'action administrative n'est pas isolée et peut être rapprochée de l'application du Code pénal par le juge administratif où, là encore, celui-ci semble agir en vue de la protection de son domaine de compétence.





## **Section II : L'application préventive du droit pénal.**

**388.** La médiatisation d'une affaire bien connue<sup>577</sup> a eu pour conséquence de faire renaître les débats concernant l'application de la norme pénale par le juge administratif. Ce droit, dont la nature privée ou publique est difficile à déterminer, fait un retour remarqué au Palais Royal lors de l'annulation d'un décret de nomination du Président de la République sur le fondement d'un article issu du Code pénal. Ainsi, une norme de droit commun a servi de référence à l'annulation d'un acte particulièrement symbolique du fait de sa place dans la hiérarchie des normes. Il apparaît pertinent de préciser quelles sont les relations entre cette branche spécifique du droit et la légalité administrative. Les relations entre le Conseil d'Etat et le Code pénal ne sont pas nouvelles. Le droit pénal a toujours nourri la légalité administrative, que son évocation soit masquée par le recours à un principe général du droit ou qu'elle soit expresse par le biais d'une application directe des articles du code. On peut constater une pénalisation progressive de la légalité administrative (I) ce qui peut engendrer une pénalisation du recours pour excès de pouvoir (II).

### **I- La pénalisation progressive du bloc de légalité.**

**389.** La particularité des textes d'ordre pénal pose un certain nombre de questions auxquelles le juge administratif a dû répondre. Il est évident que le juge pénal a le monopole de la sanction pénale et qu'il n'est pas question pour le juge administratif de se substituer à lui. L'ordre administratif doit donc faire une application raisonnée de la norme pénale (A) ce qu'il fait de façon graduelle (B)

---

<sup>577</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoine de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

## A. Une application raisonnée.

**390.** Le droit pénal est traditionnellement appliqué par la juridiction judiciaire. On serait donc tenté de classer ce droit dans la famille du droit privé. Néanmoins, une étude plus poussée montre que la juridiction administrative peut aussi être amenée à faire respecter la norme pénale. En effet, si le droit pénal sanctionne certains comportements de personnes privées, il peut également s'adresser aux personnes publiques. Il convient de revenir sur la nature du droit pénal (1). De plus, le Code pénal vise à sanctionner des comportements. Le juge de l'excès de pouvoir se livre, lui, à un contrôle de légalité visant à confronter des normes. Il existe une opposition entre le Code pénal traitant de « comportements » par nature subjectifs et le juge de l'excès de pouvoir plus habitué à traiter de normes objectives. Il convient de préciser dans quelle mesure le juge administratif va appliquer le droit pénal (2).

### 1. Une nature ambiguë.

**391.** Nous avons vu que l'on pouvait définir le droit privé comme étant le droit qui organise le comportement des personnes privées<sup>578</sup>. A la lumière de cette indication, le droit pénal est un droit mixte. En effet, ce droit sanctionne également les comportements de personnes publiques. Ces dernières peuvent contrevenir aux règles du Code pénal et donc être sanctionnées par une juridiction pénale<sup>579</sup>. L'article 121-2 du Code pénal pose, depuis 1994, le principe général de la responsabilité pénale des personnes morales, y compris celle des personnes publiques : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 124-4 à 127-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités

---

<sup>578</sup> V. première partie et introduction

<sup>579</sup> Pour plus d'informations, V. A. Lévy, L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du code pénal de 1994, DA, juin et juillet 2004 (2 parties), p. 12 et p. 14 ; J.-B. Auby, Le mouvement de "pénalisation" de l'action publique, DA, 1997, p.3 ; J.-Ch. Froment, Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, RDP 2001, p. 555.

susceptibles de faire l'objet de conventions de délégations de services publics. ». Ainsi, la commune de Saint-Maur-des-Fossés a été condamnée dans le cadre de l'exploitation d'un théâtre pour un accident du travail subi par un de ses clients<sup>580</sup>. En 2001, sur environ 400 décisions judiciaires rendues par les juges du fond, moins de 10% d'affaires concernaient des personnes morales de droit public<sup>581</sup>. M. Alain Lévy note cependant que la suppression à compter du 31 décembre 2005<sup>582</sup> de la mention "et dans les cas prévus par la loi ou le règlement" dans l'article 121-2 du Code pénal apporte de nouvelles perspectives pour une augmentation de l'engagement de la responsabilité des personnes publiques. Cet article exigeait en effet la présence d'une loi ou d'un règlement pour engager la responsabilité d'une personne morale. Cela signifie que cette responsabilité générale pourra être engagée pour toute infraction commise pour le compte des personnes morales, par leurs organes ou un représentant, sans avoir été prévue expressément par un texte d'incrimination. Cet important changement devrait sans conteste augmenter les poursuites à l'encontre des personnes morales de droit public.

**392.** On peut constater que le nouveau Code pénal publié en 1994, complété par la loi du 9 mars 2004, a pour conséquence de transformer la nature des normes pénales, celles-ci revêtant une nature duale à la fois privée et publique.

**393.** Auparavant, il était également impossible d'affirmer que le droit pénal ne pouvait s'appliquer à l'administration. Raymond Odent rappelait en 1970 dans ses cours de contentieux que « les lois civiles, les lois pénales constituent au même titre que les lois administratives, une des sources du droit public. Le Conseil d'Etat applique donc et interprète, s'il en est besoin, des lois à caractère principalement pénal »<sup>583</sup>. Si le droit pénal ne concernait pas directement l'administration mais un individu, il influait indirectement sur le comportement de l'administration. On peut citer l'exemple de l'arrêt du Conseil d'Etat *Lambda*<sup>584</sup> où l'article 432-13 du Code pénal sert de fondement à l'annulation d'un

---

<sup>580</sup> Cass. Crim. 3 avril 2000, LPA 2 août 2002, n° 154, p.10 note Boisdeffre

<sup>581</sup> V. J. Jorda, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière de la jurisprudence, Gaz. Pal. 11-13 février 2001, p.4

<sup>582</sup> Suppression opérée par l'article 54 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite loi Perben 2, JO 10 mars 2004, p. 4567.

<sup>583</sup> R. Odent, Cours de contentieux administratif, Les cours de droit, 1970-1971, Fasc., p. 1331

<sup>584</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, RFDA 1997, préc.

décret de nomination. Cet article prévoit dans son premier alinéa qu'« est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public ou agent ou préposé d'une administration publique, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de cette fonction. ».

**394.** Il est malaisé d'imaginer qu'un acte administratif puisse aller à l'encontre de cette norme pénale et porte nomination d'une personne se trouvant dans le type de situation visée par cet article. Monsieur Dewost notait dans un commentaire de la première application directe d'une norme pénale par le juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir qu'« il ne fait guère de doutes qu'il est difficile de soutenir, au nom de l'autonomie du droit pénal, que l'administration jouirait d'une sorte « d'immunité » la dispensant de respecter le Code pénal »<sup>585</sup>. Dans l'article 432-13 du Code pénal, le comportement de l'administration n'est pas directement visé : seule une personne physique est susceptible d'être punie de deux ans d'emprisonnement. Pourtant, l'article invite indirectement l'administration à ne pas placer une personne dans ce type de situation. La règle pénale peut donc être de nature duale, c'est-à-dire privée et publique.

**395.** De plus, il a toujours été possible de sanctionner pénalement certains comportements publics, le Code pénal prévoyant des incriminations spécifiques pour les fonctionnaires ou les élus (corruption, ingérence, trafic d'influence, concussion...).

**396.** Malgré ces constatations, il reste que la règle pénale est traditionnellement considérée comme entrant dans la famille du droit privé. D'ailleurs, même si ce n'est peut-être qu'une indication sans valeur juridique, les matières relatives au droit pénal sont étudiées dans des diplômes de droit privé, et c'est la juridiction judiciaire qui sanctionne en majorité les atteintes à la règle pénale.

---

<sup>585</sup> Commentaire B. Dewost sous CE Ass. 24 janvier 1969, *Ministre du Travail c/ Syndicat national des cadres des organismes sociaux*, p.39, D. chr., mars 1969, p. 159

**397.** Il apparaît que la norme pénale dépasse les clivages juridictionnels classiques et que sa portée est duale car les personnes publiques ne peuvent s'en affranchir. Il n'en reste pas moins que la juridiction administrative ne peut appliquer l'intégralité de la norme pénale.

## **2. Une application partielle mais efficace.**

**398.** Le droit pénal revêt une forme bien particulière que l'on se doit de distinguer afin de préciser son application éventuelle par la juridiction administrative. Jean-Marie Auby précise que « la règle pénale n'est pas uniquement destinée à déterminer l'infraction dont se rend coupable la personne qui accomplit les faits énoncés par le texte. Elle peut aussi apparaître dans la plupart des cas comme formulant une règle générale applicable en dehors de l'incrimination pénale. »<sup>586</sup>.

**399.** Charles Eisenmann avait déjà précisé que la norme pénale pouvait être scindée en deux parties, une partie déterminatrice qui prévoit un comportement à respecter et une partie sanctionnatrice qui sanctionne le non-respect de ce comportement<sup>587</sup>. Pour cet auteur, le droit déterminateur relève de la légalité générale et peut donc être appliqué le cas échéant par toutes les juridictions. Il précise que ces règles « définissent les infractions pénales, c'est-à-dire les conduites contraires aux conduites régulières, et par conséquent au moins implicitement les conduites régulières elles-mêmes, autrement dit : **les obligations** pénalement sanctionnées des sujets de droit »<sup>588</sup>. Il semble normal que toute juridiction participe au respect de ces **obligations**. Le fait que la juridiction administrative annule un acte administratif qui conduit à violer une de ces obligations et donc « une conduite régulière »<sup>589</sup> nous paraît s'inscrire dans une logique cohérente qui conduit à imposer une unité juridique au sein des différents ordres juridictionnels. Comment imaginer qu'un comportement qui soit systématiquement sanctionné par les juridictions pénales puisse être favorisé voire mis en place par un acte administratif sans que le juge administratif n'y trouve à redire ? Citons de nouveau Raymond Odent qui affirmait à juste titre que « les lois

---

<sup>586</sup> V. J.-M. Auby, note sous CE 6 décembre 1996, Société Lambda, RDP 1997, p. 567

<sup>587</sup> V. C. Eisenmann, Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle), RDP 1952, p.903, spéc. pp. 965 et s.

<sup>588</sup> Ibid.

<sup>589</sup> Ibid

civiles, les lois pénales constituent au même titre que les lois administratives, une des sources du droit public. Le Conseil d'Etat applique donc et interprète, s'il en est besoin, des lois à caractère principalement pénal »<sup>590</sup>. Nous verrons par la suite que ce désir de cohérence peut être mis à mal par une position par trop autonomiste du Conseil d'Etat en matière d'application de la norme pénale<sup>591</sup>.

**400.** En revanche, il est évident que seule la juridiction pénale est compétente pour faire appliquer la partie sanctionnatrice c'est-à-dire pour sanctionner pénalement l'auteur de l'infraction. Le juge administratif ne peut se référer qu'à la partie déterminatrice. L'application du droit pénal par le juge de l'excès de pouvoir reste donc partielle dans la mesure où il ne bénéficie pas de la possibilité de sanctionner pénalement ; ce n'est pas pour autant que cette application demeure inefficace. Au contraire, l'annulation d'un acte administratif pour non respect du droit pénal permet bien souvent de prévenir un comportement répréhensible. L'annulation d'un acte qui met en place un comportement répréhensible permet bien souvent d'éviter que ce comportement perdure. Il est par conséquent possible de qualifier ce type de recours pour excès de pouvoir de recours « préventif » qui permet de « vider dans l'œuf » une infraction à venir.

**401.** Le recours au droit pénal par le juge de l'excès de pouvoir peut être considéré comme efficace à un double titre. D'une part, il permet, en théorie, d'assurer une vision cohérente et globale des différentes obligations à respecter par les sujets de droit y compris les personnes publiques. D'autre part, il assure un ordre pénal efficace en prévenant certains comportements répréhensibles. L'application graduelle du droit pénal par le juridiction administrative en donne la confirmation.

## **B. Une application graduelle.**

**402.** L'application du Code pénal par le juge administratif n'est pas nouvelle : depuis longtemps le Conseil d'Etat n'hésite pas à faire une application directe de la norme pénale

---

<sup>590</sup> R. Odent, Cours de contentieux administratif, Op. Cit.

<sup>591</sup> V. 431 et s.

(1). Il peut également arriver que le juge s'appuie sur une évocation tacite du droit pénal par le biais de principes généraux du droit (2).

### **1. L'application expresse.**

**403.** Nous verrons par la suite qu'il peut arriver qu'une règle pénale s'oppose plus ou moins directement à une norme proprement administrative, c'est-à-dire une norme destinée exclusivement à encadrer l'action administrative. On peut alors s'interroger sur la règle à privilégier. Dans la grande majorité des cas, l'application du Code pénal se fait sans qu'aucune norme administrative ne s'y oppose (a). La jurisprudence *Lambda* fournit au contraire un exemple d'application privilégiée du droit pénal (b).

#### **a. Une application étendue.**

**404.** La jurisprudence apporte beaucoup d'exemples d'application directe de la norme pénale. Ainsi, dès 1928, dans une décision *Bertrand*, le Conseil d'Etat annule comme contraire à l'article 378 – qui punit la violation du secret professionnel par le personnel médical – des mesures imposant aux médecins de préciser le diagnostic de la maladie des patients bénéficiant de l'aide médicale gratuite<sup>592</sup>. Un arrêté municipal ordonnant la visite des véhicules des nomades a été également annulé, parce qu'il méconnaissait l'inviolabilité du domicile consacrée par l'article 184 du Code pénal<sup>593</sup>. Avant même la jurisprudence *Lambda*, la prise en considération du délit d'ingérence avait elle-même conduit plusieurs fois à censurer des actes administratifs. Par un arrêt de 1969, le Conseil d'Etat annule un arrêté interministériel de détachement d'un inspecteur d'une direction régionale de sécurité sociale en considérant cet acte contraire à l'article 175 (art. 432-13) du Code pénal qui interdit à tout fonctionnaire chargé du contrôle d'une entreprise privée d'occuper un

---

<sup>592</sup> CE Sect. 9 novembre 1928, *Bertrand*, rec. p. 1149 ; D. 1929, p. 26 concl. Dayras

<sup>593</sup> CE 2 décembre 1983, *Ville de Lille*, rec. p. 470

emploi dans la dite entreprise pendant une durée de cinq ans<sup>594</sup>. La haute juridiction a considéré que l'inspecteur en question avait exercé un contrôle direct sur une caisse primaire ; sa nomination était donc contraire aux dispositions du Code pénal<sup>595</sup>. La même censure a frappé la nomination d'un inspecteur des lois sociales en agriculture en qualité de directeur d'une caisse de mutualité sociale agricole sur laquelle il exerçait auparavant un contrôle direct du fait de ses fonctions<sup>596</sup>.

**405.** Dans une affaire particulièrement médiatisée, le Conseil d'Etat a censuré un décret du Président de la République portant nomination en position de détachement de M. Beaufret au poste de sous-gouverneur du Crédit foncier de France. Le Conseil d'Etat a considéré que M. Beaufret, qui occupait précédemment les fonctions de chef du service des affaires monétaires et financières au Ministère des finances, avait eu à contrôler directement les activités du Crédit foncier. Sa nomination était donc contraire à l'article 432-13 du Code pénal<sup>597</sup>. Non seulement le Conseil d'Etat n'hésite pas à recourir à diverses dispositions du Code pénal pour censurer un acte administratif, mais il semble également qu'aucun acte administratif ne soit à l'abri d'une annulation sur le fondement d'une contrariété avec le Code pénal. La décision *Lambda* ne concerne pas une directive gouvernementale<sup>598</sup>, un arrêté municipal<sup>599</sup> ou interministériel<sup>600</sup> mais bien un décret présidentiel c'est-à-dire un acte d'une grande solennité. L'annulation d'un acte si haut placé dans la hiérarchie des normes montre bien que le Conseil d'Etat souhaite faire des normes pénales une véritable source de légalité administrative. Ainsi, une recherche sur le

---

<sup>594</sup> La loi n°2007-148 du 2 février 2007 ramène ce délai à trois ans : V. Olivier Dort, *Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle simplifié*, AJDA 2007, p. 516 ; Didier Jean-Pierre, *La loi de modernisation de la fonction publique*, JCP G, 14 février 2007, p. 5

<sup>595</sup> CE Ass. 24 janvier 1969, *Ministre du travail contre syndicat national des cadres des organismes sociaux*, p.39, RA 1970, p. 170 conclusions Baudoin ; AJDA 1969, p. 158 chron. Dewost et R. Denoix de Saint Marc ; D. 1969, p. 440 note J. Dutheil de la Rochère

<sup>596</sup> CE 31 janvier 1975, *Syndicat national des directeurs de la mutualité sociale agricole*, rec. p. 73

<sup>597</sup> « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public ou agent ou préposé d'une administration publique, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de cette fonction. »

<sup>598</sup> CE Ass. 18 avril 1980, *Sté Maxi-Librati création*, rec. p. 186

<sup>599</sup> CE 2 décembre 1983, *Ville de Lille*, rec. p. 470

<sup>600</sup> CE Ass. 24 janvier 1969, *Ministre du travail contre syndicat national des cadres des organismes sociaux*, préc.



site Internet Légifrance<sup>601</sup> permet d'établir que plus de 766 (611 en juillet 2005) décisions du Conseil d'Etat comportent la mention « Code pénal » dans leur rédaction. Si toutes ces décisions ne sont pas liées à un recours pour excès de pouvoir sur le fondement d'une contrariété avec le Code pénal, l'importance du résultat démontre à quel point ce code est devenu une source familière du droit administratif. Ainsi, la juridiction administrative sanctionne un acte administratif constitutif d'une prise illégale d'intérêt sur le fondement de l'article 432-12 du Code pénal<sup>602</sup>. Par exemple, le fait pour un adjoint municipal d'employer le fils du maire de la commune à un poste d'agent communal après que le maire ait employé le fils de cet adjoint sans publicité à un poste de même type « était de nature à exposer ces élus à l'application de l'article 432-12 du Code pénal »<sup>603</sup>.

**406.** L'ensemble de ces exemples démontrent que le Conseil d'Etat fait une application étendue des articles du Code pénal. D'aucuns considèrent même que le juge administratif peut privilégier l'application d'une norme pénale sur la prise en compte d'une norme purement administrative.

**b. La naissance d'une prise en compte privilégiée de la norme pénale.**

**407.** L'arrêt *Lambda* marque une certaine évolution dans l'application de la norme pénale. On peut en effet s'associer à plusieurs auteurs et voir dans cette décision une application privilégiée du Code pénal sur une norme purement administrative. MM. Jean-Charles Froment<sup>604</sup>, Christophe Mauriet<sup>605</sup> ou Michel Degoffe<sup>606</sup> considèrent que la question des activités privées des fonctionnaires est traitée par l'article 72 du statut de la fonction publique de l'Etat et par les dispositions réglementaires prises pour son

---

<sup>601</sup>V. <http://www.legifrance.gouv.fr> (Août 2007)

<sup>602</sup> V. CE 7 avril 1999, n° 149208, Cne de la Crau, Rec. 1999, tables, p. 660 ; CE 27 février 2005, Ministre de l'outre mer c/ Cne. de hitia'a O Te Ra, JCP A 2005, n° 531 ; TA Nice 8 décembre 2006, Mme Jehanne Arnaud c/ Cne. de Sainte Maxime, Lamy Coll. Terr., janvier 2007, p. 14 note Frédéric Dieu

<sup>603</sup> V. CE 27 février 2005, Ministre de l'outre mer c/ Cne. de hitia'a O Te Ra, préc.

<sup>604</sup> J.-Ch. Froment, Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, RDP 2001, p. 555

<sup>605</sup> Note sous CE Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, Revue Administration n°175, 1997, p. 104

<sup>606</sup> Note sous CE Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, Revue Administrative, 1997, p. 272

application<sup>607</sup>, ainsi que par l'article 87 modifié de la loi du 29 janvier 1993 qui met en place des commissions de déontologie<sup>608</sup> dont la saisine est obligatoire au sein de chacune des trois fonctions publiques. Ces dispositions font peser des obligations sur les fonctionnaires qui cessent leurs fonctions ou qui sont placés en disponibilité. À aucun moment ne sont évoqués les fonctionnaires qui sont dans la position de M. Beaufret, c'est-à-dire ceux qui sont détachés<sup>609</sup>. Cette expression désigne les fonctionnaires qui sont placés hors de leur corps d'origine, mais qui continuent à bénéficier dans ce corps de leurs droits à l'avancement et à la retraite<sup>610</sup>. Le détachement ne peut donc être considéré comme « une cessation définitive des fonctions » ou « une mise à disposition » au sens du statut de la fonction publique. On peut considérer que le statut de la fonction publique n'avait pas, à l'époque, entendu encadrer la procédure de détachement. Or le Conseil d'Etat n'a pas pris en compte ce principe dégagé par une norme purement administrative, c'est-à-dire une norme qui organise directement et uniquement l'action administrative, et lui a préféré une norme issue du Code pénal. Comment peut-on expliquer cette application volontariste du Conseil d'Etat ? L'article 432-13 du Code pénal visait-il expressément le détachement à tel point que la haute juridiction administrative ne pouvait s'affranchir de son application ?

**408.** La « cessation de fonction » visée par cet article démontre le contraire. Rappelons, encore une fois, que le détachement n'est pas une « cessation de fonction » car le fonctionnaire ne quitte pas son corps d'origine et peut le réintégrer simplement. De plus, la Cour de cassation elle-même n'a jamais appliqué l'article 432-13 au détachement. Le Conseil d'Etat appliquait la même norme pénale à des situations de détachement, dans ses décisions de 1969 et 1975<sup>611</sup>, mais cette solution pouvait s'expliquer par le fait qu'aucune norme administrative n'existait à l'époque sur ce type de situation. Depuis, comme le note le commissaire du gouvernement sur l'affaire *Lambda*, le vide a été comblé par l'article 72

---

<sup>607</sup> Ces dispositions définissent « les activités privées qu'en raison de leur nature un fonctionnaire qui a cessé définitivement ses fonctions ou a été placé en disponibilité ne peut exercer ».

<sup>608</sup> La loi n°2007-148 du 2 février 2007 institue dorénavant une commission unique : V. Olivier Dort, *Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle simplifié*, AJDA 2007, p. 516 ; Didier Jean-Pierre, *La loi de modernisation de la fonction publique*, JCP G, 14 février 2007, p. 5

<sup>609</sup> La loi n°2007-148 du 2 février 2007 cite dorénavant la situation de détachement, V. 435. V. Olivier Dort, *Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle simplifié*, préc. ; Didier Jean-Pierre, *La loi de modernisation de la fonction publique*, préc.

<sup>610</sup> V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003

<sup>611</sup> CE Ass. 24 janvier 1969, *Ministre du travail contre syndicat national des cadres des organismes sociaux*, préc. ; CE 31 janvier 1975, *Syndicat national des directeurs de la mutualité sociale agricole*, préc.

du statut de la fonction publique de l'Etat<sup>612</sup>. La décision *Lambda* ne vient donc pas combler un vide juridique car une règle de droit administratif existait en la matière.

**409.** Le recours à un principe général du droit inspiré du Code pénal aurait permis de dépasser le clivage droit privé / droit public. Le juge n'en fait pourtant rien dans cette affaire *Lambda* et recourt à une application expresse de l'article 432-13 du Code pénal.

**410.** On peut affirmer que le juge administratif fait preuve de volontarisme dans l'application de cette norme pénale. Au-delà du désir d'appliquer cet article à une situation de détachement, le Conseil d'Etat souhaite avant tout assurer une certaine « moralité publique »<sup>613</sup> et démontrer que l'ordre judiciaire n'a pas le monopole de l'application du Code pénal à l'activité administrative. Le contentieux pénal peut aussi exister au sein des juridictions administratives à travers un contentieux pénal de l'excès de pouvoir. Le juge n'hésite pas à faire référence expressément aux articles du code mais peut aussi consacrer des principes généraux du droit inspirés directement par une norme pénale.

## **2. Le recours aux principes généraux du droit.**

**411.** Le juge administratif ne recourt que rarement aux principes généraux du droit pour appliquer indirectement une norme issue du Code pénal.

**412.** L'utilisation de ces principes est pourtant souvent privilégiée par la juridiction administrative pour reprendre tacitement une règle de droit privé<sup>614</sup>. Ce mécanisme a pour avantage de préserver l'illusion de l'autonomie du droit administratif<sup>615</sup>. Le juge ne semble alors pas appliquer du droit privé mais une règle dépassant le clivage droit public-droit privé symbolisé par l'expression « principe *général* du droit »<sup>616</sup>. Nous avons déjà précisé ce que nous pensions de cette « coquetterie autonomiste » de la juridiction

---

<sup>612</sup> V. Concl. D. Piveteau, RFDA 1997, p. 173

<sup>613</sup> Sur ce thème, V. 859 et s.

<sup>614</sup> V. Infra, l'utilisation qui en est faite dans le domaine du droit du travail, V. 545 et s.

<sup>615</sup> V. 237 et s.

<sup>616</sup> Nous soulignons.

administrative<sup>617</sup>. Ces principes sont également utilisés en la matière lorsqu'une règle de droit privé n'est pas assez précise quant à son domaine d'application. Le juge découvre alors, derrière un principe à portée limitée, une règle d'application plus générale<sup>618</sup>.

**413.** L'application du droit pénal par le juge administratif ne semble pas nécessiter l'utilisation de ces principes. Nous n'avons découvert qu'un seul principe général du droit inspiré du droit pénal ayant servi à l'annulation d'un acte administratif. En effet, dans la célèbre décision *Canal, Robin et Godot* de 1962<sup>619</sup>, le Conseil d'Etat a annulé une ordonnance ayant valeur réglementaire du Président de la République sur le fondement d'un de ces principes. La Haute juridiction a estimé que la création d'une juridiction d'exception par le Président de la République portait une atteinte injustifiée aux principes généraux du droit pénal en excluant notamment toute voie de recours. L'ordonnance instituait une juridiction spéciale chargée de juger les auteurs des délits et des infractions connexes commis en relation avec les événements d'Algérie. L'article 10 excluait tout recours « contre toute décision quelconque de la Cour militaire de justice, de son président ou de son ministère public ». Le Conseil d'Etat a considéré que les circonstances de la guerre d'Algérie ne justifiaient pas de telles atteintes aux principes généraux du droit pénal et notamment à l'impossibilité d'exercer un recours. Ces principes seraient donc constitués, notamment, par le droit à un recours devant une autre juridiction. L'article 1 de la loi du 15 juin 2000 est venu le confirmer en insérant un article préliminaire au Code de procédure pénale qui garantit à toute personne condamnée de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction. Cet article n'était pas en vigueur en 1962 et ne pouvait donc être cité directement par le Conseil d'Etat. Au-delà du droit pénal, on peut également voir derrière ce principe l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950 mais cette dernière ne pouvait servir de fondement à l'annulation de l'ordonnance car elle ne fut ratifiée par la France qu'en 1973<sup>620</sup>. La CEDH prévoit, en effet, dans son article 6, le droit à un procès équitable, derrière lequel on peut découvrir en filigrane le droit d'effectuer un recours. La consécration de ce principe

---

<sup>617</sup> V. 237 et s.

<sup>618</sup> Pour plus de détails sur les principes généraux du droit, V. 213 et s.

<sup>619</sup> CE Ass. 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, p.552, AJDA 1962, p.612 chron. A. De Laubadère ; JCP 1963, II. P. 13068 note Ch. Debbasch.

<sup>620</sup> V. loi n° 73-1227 du 31 décembre 1973 autorisant la ratification de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La Convention a été publiée par le décret n° 74-360 du 3 mai 1974.

général du droit pénal par le Conseil d'Etat est davantage une somme d'influence de divers textes qu'une transposition d'un article du Code pénal. Ce principe donne en fait toute sa valeur à la conception que nous avons de ces principes qualifiés de « généraux » du droit. Dans cet exemple, le principe fondamental du droit à exercer un recours contre une décision de justice semble constituer une des grandes bases de notre droit. Il est caractérisé par cette « grande capacité d'application »<sup>621</sup> que nous attendons d'un tel principe et représente la traduction d'idées fondamentales de notre système juridique<sup>622</sup>.

**414.** Il semble que la juridiction administrative n'ait pas besoin de recourir à un principe général du droit pour appliquer des normes pénales. En effet, la nature particulière du droit pénal qui semble dépasser le clivage privé / public paraît favoriser la réception directe des articles du code par l'ordre administratif. Nous avons vu que la découverte d'un principe général du droit permettait bien souvent au Conseil d'Etat d'insister de façon artificielle sur le caractère autonome de la légalité administrative en n'appliquant pas directement la norme de droit privé mais une norme « générale »<sup>623</sup>. Le fait que le droit pénal ait déjà ce caractère universel permet de favoriser une citation directe de la norme pénale.

**415.** Les principes généraux du droit pénal auraient également pu se multiplier du fait de l'absence de précision de la norme pénale. Le recours aux PGD permet de donner une portée générale à une norme de portée particulière. Ce n'est pas la solution retenue par le Conseil d'Etat. Là encore, il ne semble pas que la Haute juridiction administrative s'encombre de cette technique. Elle lui préfère une reprise directe des articles du Code ce qui permet une application volontariste qui démontre que l'ordre administratif peut faire respecter lui aussi le droit pénal, entraînant par là-même une pénalisation du recours pour excès de pouvoir.

---

<sup>621</sup> L'expression est de Didier Linotte *in* Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, AJDA 1980, p. 632, spéc. p. 639

<sup>622</sup> Sur cette conception, V. 245 et s.

<sup>623</sup> V. 237 et s.

## **II- Vers une pénalisation du recours pour excès de pouvoir.**

**416.** Récemment, un grand journal du soir précisait dans un éditorial qu'un groupe de sidérurgistes avait « déposé plainte contre un décret » devant le Conseil d'Etat<sup>624</sup>. Cette confusion sémantique illustre parfaitement le mouvement de pénalisation du recours pour excès de pouvoir. La présence et le renforcement du droit pénal dans le bloc de légalité administrative entraînent en effet une pénalisation du recours pour excès de pouvoir. Les requérants risquent de multiplier ce type de recours en se fondant sur la contrariété d'un acte administratif avec le Code pénal. L'application de ce code, jusqu'alors monopole des juridictions répressives, peut être assurée de manière préventive par l'ordre administratif en annulant l'acte qui est à la source d'un comportement prohibé (A). Cette diversification des acteurs compétents pour assurer l'exécution de ce code entraîne une évolution du contentieux pénal qui reste à organiser (B).

### **A. L'affirmation volontariste d'un contentieux pénal devant le juge administratif.**

**417.** Si l'application du droit pénal par le juge administratif n'est pas une nouveauté, force est de constater que l'application contemporaine est particulièrement volontariste. Dans notre période de pénalisation intense des activités administratives, le volontarisme du juge administratif illustre son désir de ne pas laisser à la juridiction répressive l'exclusivité de l'application du droit pénal à l'administration. On peut donc qualifier la position du Conseil d'Etat de défensive (1), ce qui laisse présager un développement des recours pour excès de pouvoir fondés sur des dispositions du Code pénal (2).

#### **1. Une application défensive.**

**418.** L'application du Code pénal par le juge administratif est, nous l'avons vu, particulièrement volontariste. La décision *Lambda*<sup>625</sup> marque un tournant dans

---

<sup>624</sup> Le Monde, 9 février 2007, p. 2

<sup>625</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, préc.

l'application du droit pénal par le juge administratif. Celui-ci n'hésite pas à privilégier la norme pénale plutôt qu'une norme administrative tout en consacrant une application du code qui n'avait jamais été établie par le juge répressif<sup>626</sup>. L'ordre administratif paraît donc inaugurer sa propre jurisprudence en matière d'interprétation du Code pénal. Cette position volontaire de la juridiction administrative ne peut s'expliquer que par un désir de défense de l'ordre administratif. Les développements jurisprudentiels et législatifs actuels vont dans le sens d'une intensification de la pénalisation des activités administratives. Le Code pénal pose ainsi, depuis 1994, le principe général de la responsabilité pénale des personnes morales, y compris celle des personnes publiques, à l'exclusion de l'Etat<sup>627</sup>. L'ordre administratif, compétent pour statuer sur la plupart des activités de l'administration, peut-il rester immobile face à ces évolutions ? S'il est évident que le juge administratif est et restera incompétent pour prononcer des sanctions pénales, il peut en revanche faire évoluer sa position sur l'application du Code pénal en matière de recours pour excès de pouvoir. En développant sa propre jurisprudence dans le domaine du droit pénal, l'ordre administratif participe à cette dynamique de pénalisation de l'action administrative.

**419.** La mise en place d'une jurisprudence propre ne permet pas d'analyser la position de l'ordre administratif comme une coopération avec la juridiction pénale. On aurait pu imaginer que l'ordre administratif, en vue d'assister la juridiction pénale, vide le contentieux de sa substance en annulant l'acte à l'origine de la condamnation pénale. Car l'annulation rétroactive de l'acte ne permettrait plus la tenue d'un procès pénal. Cette analyse ne survit pas au développement d'une jurisprudence autonome de la juridiction administrative. On ne peut plus parler de coopération si les deux ordres juridictionnels ne s'accordent pas sur une application commune. La position du Conseil d'Etat marque non pas un désir de coopération, mais une volonté d'autonomisation dans la matière pénale. L'ordre administratif veut donner son point de vue en matière de contentieux pénal sans reprendre automatiquement la position du juge répressif. On peut rapprocher cette position de la jurisprudence Thépaz<sup>628</sup> qui établit qu'en matière de faute pénale, le juge administratif n'est tenu que par les constatations de fait du juge pénal : il est libre de proposer une solution de droit différente de celle du juge répressif.

---

<sup>626</sup> Pour plus de détails, V. 605 et s.

<sup>627</sup> V. 391 et s.

<sup>628</sup> TC 14 janvier 1935, Thépaz, Rec. p. 224 ; S. 1935, p. 17 note Alibert ; GAJA n°50

**420.** La position du Conseil d'Etat peut aussi être analysée sous l'angle de la prévention. Jean-Charles Froment<sup>629</sup> note, en effet, que « c'est dans le but d'éviter une excessive pénalisation de cette activité (l'activité administrative) que le juge administratif en arrive à anticiper la mise en jeu de la responsabilité pénale, et paradoxalement à faire lui même application du droit pénal ». La juridiction administrative agit, certes, de façon préventive mais peut-on réellement penser que cela conduit à une dépenalisation de l'activité administrative ? La dépenalisation ne sera qu'indirecte car, en concluant à l'annulation d'un acte administratif sur le fondement du Code pénal, l'ordre administratif participe à la pénalisation de l'activité administrative. La position du Conseil d'Etat est donc bien préventive, mais peut être qualifiée de stratégique. Ce que recherche le Conseil d'Etat, c'est une préservation et un développement de ses compétences en matière d'application du droit pénal aux personnes publiques. Cette position marque le développement d'une pénalisation du recours pour excès de pouvoir

## **2. Le développement d'une pénalisation du recours pour excès de pouvoir.**

**421.** De nombreux auteurs voient dans la décision *Lambda*<sup>630</sup> la naissance d'un « contentieux pénal de l'excès de pouvoir »<sup>631</sup>. Par cette expression, la doctrine entend qualifier la tendance qu'a le juge administratif à apposer des normes pénales lors de son contrôle de légalité des actes administratifs. Nous préférons évoquer, non une naissance, mais une pénalisation croissante du recours pour excès de pouvoir.

**422.** En effet, on peut parier que de plus en plus de requérants présenteront des moyens fondés sur une contrariété avec le Code pénal<sup>632</sup>. Au risque de provoquer une certaine confusion quant à la juridiction à saisir, le Conseil d'Etat s'est donné les moyens d'avoir à

---

<sup>629</sup> J.-Ch. Froment, Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, RDP 2001, p. 555

<sup>630</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, préc.

<sup>631</sup> V. M. Dobkine, note sous CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, Revue Administration n°175, 1997, p. 104. V. également, J.-Ch. Froment, Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, note préc.

<sup>632</sup> V. par exemple, CE 7 avril 1999, n° 149208, Cne de la Crau, Rec. 1999, tables, p. 660 ; CE 27 février 2005, Ministre de l'outre mer c/ Cne. de hitia'a O Te Ra, JCP A 2005, n° 531 ; TA Nice 8 décembre 2006, Mme Jehanne Arnaud c/ Cne. de Sainte Maxime, Lamy Coll. Terr., janvier 2007, p. 14 note Frédéric Dieu



connaître du droit pénal. On peut voir dans cette mutation une révolution culturelle pour l'ordre administratif. M. Jean-Charles Froment<sup>633</sup> considère qu'« il n'y a pas d'interchangeabilité des règles du droit administratif et du droit pénal parce que ces deux branches du droit renvoient à deux univers sociaux et symboliques différents ». Peut-on réellement conclure à une telle opposition entre le droit administratif et le droit pénal ? Cette distinction n'apparaît pas dans les écrits de Charles Eisenmann. Ce dernier considère même que la partie déterminatrice du droit pénal, c'est-à-dire la partie qui pose une conduite à respecter, est de droit public dès lors qu'est visée une personne publique<sup>634</sup>. L'intégralité du Code pénal étant dorénavant susceptible d'être opposé aux agissements de l'administration<sup>635</sup>, il est possible d'affirmer que la partie déterminatrice de ce code est de nature publique. Comment dans ce cas imaginer que la juridiction administrative puisse méconnaître les obligations posées par la loi pénale ? De plus, la réforme de 1994<sup>636</sup> qui multiplie les cas d'incrimination des personnes publiques devant le juge répressif laisse à penser que les requérants et leurs conseils se référeront également plus largement aux différents articles du Code pénal lors de recours pour excès de pouvoir ; ce qui aura pour conséquence de multiplier les requêtes.

**423.** Il paraît donc évident que les objectifs du droit administratif peuvent tout à fait s'accorder avec les dispositions du droit pénal. Il est en effet difficile de soutenir que la prévention de la prise illégale d'intérêts posée par l'article 432-13 du Code pénal et utilisée régulièrement par le juge répressif dans le cadre d'activités administratives<sup>637</sup> ne va pas dans le sens de l'intérêt général. Cet exemple démontre que la juridiction judiciaire participe pleinement à l'accomplissement de l'intérêt général en appliquant le droit pénal.

---

<sup>633</sup> J.-Ch. Froment, Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, note préc., p. 601

<sup>634</sup> V. Ch. Eisenmann, Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle), RDP 1952, p.903 et notamment p. 965

<sup>635</sup> L'article 121-2 du Code pénal pose ainsi, depuis 1994, le principe général de la responsabilité pénale des personnes morales, y compris celle des personnes publiques : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 124-4 à 127-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégations de services publics. ». Pour plus de développement, V. Supra, I-A-1

<sup>636</sup> Ibid.

<sup>637</sup> Crim. 15 novembre 1982, Bull. crim. N°254 ; Crim. 18 juillet 1984, Bull. crim., n°262

En reprenant, à son tour, le droit pénal, la juridiction administrative participe également à l'accomplissement de l'intérêt général. Dans ce sens, Georges Dellis précise, dans sa thèse<sup>638</sup>, qu'« il ne serait pas faux de soutenir que toute manifestation de la répression pénale vise un objectif d'intérêt général » et ajoute que « l'importance de la répression des crimes et délits pour la poursuite de l'intérêt public est évidente ». Nous pouvons donc affirmer qu'en reprenant le droit pénal, le juge de l'excès de pouvoir accomplit sa charge de gardien de l'intérêt général.

**424.** Rappelons également que l'application du droit pénal par le juge administratif n'est pas nouvelle. La première annulation d'un acte administratif sur le fondement du Code pénal remonte à une décision de 1928<sup>639</sup> et les références à ce code sont, depuis, peu nombreuses mais régulières. La position du Conseil d'Etat dans la décision *Lambda* ne traduit donc pas la **naissance** d'une pénalisation du recours pour excès de pouvoir mais un **accroissement** de cette pénalisation.

**425.** Il apparaît clairement que ces développements ne nuisent pas au juge administratif dans la mesure où ce dernier « garde la main » en participant, au même titre que le juge répressif, à la pénalisation croissante des activités administratives. L'organisation de ce contentieux reste à préciser.

## **B. Un contentieux à organiser.**

**426.** La pénalisation constatée du recours pour excès de pouvoir entraîne un certain nombre d'évolutions dans la conception du droit administratif. L'activité administrative se voit ainsi opposer les exigences du Code pénal, non seulement par la juridiction répressive, mais également par la juridiction administrative. On constate que cette pénalisation du recours pour excès de pouvoir participe à une criminalisation accrue des activités publiques (1) mais ce mouvement tend à disperser le contentieux pénal des activités administratives (2).

---

<sup>638</sup> V. G. Dellis, Droit pénal et droit administratif, LGDJ, 1997, spéc. p. 39

<sup>639</sup> CE Sect. 9 novembre 1928, Bertrand, Rec. p. 1149 ; D. 1229, p. 26 concl. Dayras

**1. Vers une criminalisation plus intense des activités publiques.**

427. L'utilisation du Code pénal par le juge administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir est marquée par une évolution graduelle. Dans un premier temps, le Code pénal servait de fondement à l'annulation d'actes administratifs n'ayant que peu d'autorité dans la hiérarchie des normes<sup>640</sup>. La décision *Lambda*<sup>641</sup> prolonge cette jurisprudence en prononçant l'annulation d'un acte administratif des plus solennels, un décret du Président de la République. Le professeur Froment précise<sup>642</sup> que « dans l'arrêt évoqué, il s'agissait pour le juge administratif de se prononcer d'une part, sur la légalité d'un décret de nomination émanant du Président de la République et d'autre part, sur celle d'une nomination spécifique, puisque concernant un emploi que l'on peut indiscutablement ranger, même s'il ne figure pas expressément dans la liste énoncée par le décret du 24 juillet 1985, dans la catégorie des « emplois supérieurs laissés à la décision du gouvernement »<sup>643</sup> ». En effet, on sait que le Conseil d'Etat considère que cette liste n'est pas limitative<sup>644</sup> et qu'il prend aussi en compte la nature de l'emploi concerné pour apprécier son appartenance à cette catégorie<sup>645</sup>. Or au regard des principes dégagés par la jurisprudence récente<sup>646</sup>, il est incontestable que cet emploi en fait partie. Il s'agit donc d'un acte fondamentalement discrétionnaire, et qui de surcroît concerne un type d'emploi qui a toujours bénéficié, dans notre droit de la fonction publique, d'un régime juridique d'exception, justifié par l'intérêt général<sup>647</sup>. Pour autant, le commissaire du gouvernement écarte cet argument en considérant qu'« aussi discrétionnaire qu'il soit, le pouvoir de nomination ne saurait esquiver les règles de fond qui régissent les postes concernés »<sup>648</sup> ».

---

<sup>640</sup> V. 402 et s.

<sup>641</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, préc.

<sup>642</sup> V. J.-Ch. Froment, Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, n. préc., spéc. p. 582.

<sup>643</sup> Article 25 de la loi du 11 janvier 1984 relative à la Fonction publique d'Etat

<sup>644</sup> CE Ass., 13 mars 1953, Teissier, rec. p. 133

<sup>645</sup> CE 10 décembre 1948, Lavaud, rec., p. 467

<sup>646</sup> CE 14 mai 1986, Rochemaix, rec., p. 593 ; CE 23 novembre 1992, Portier, Rec., p. 1078 et CE 28 juillet 1995, Haberer, Rec. n° 157589

<sup>647</sup> V. J.-Ch. Froment, De la valorisation de la conception fonctionnelle de la fonction publique à son institutionnalisation (la loi du 26 juillet 1991), RDP 1996, p. 1117

<sup>648</sup> D. Piveteau, sur CE Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, concl. préc.

**428.** Cette position doit être dans la mesure où la décision *Lambda* marque bien une nouvelle étape dans le contentieux pénal de l'excès de pouvoir. En censurant un acte de puissance publique, le Conseil d'Etat manifeste sa volonté d'accroître la place du Code pénal dans le bloc de légalité administrative. C'est ainsi l'ensemble des activités publiques qui se voit soumis aux exigences de ce code. Nous ne pouvons donc que constater un mouvement de criminalisation plus intense des activités publiques par l'ordre administratif.

**429.** Cependant, on peut opposer le fait que cette décision n'a encore trouvé que peu d'écho dans la jurisprudence récente ou qu'on ne peut tirer de conclusions à partir d'une seule décision. Plusieurs éléments viennent contredire ce point de vue. Le fait que la décision soit prise par l'Assemblée du contentieux marque une certaine solennité et une volonté de lui donner une portée importante. La lecture des conclusions du commissaire du gouvernement ne laisse aucun doute sur la volonté d'opposer le Code pénal à tous les actes administratifs aussi « discrétionnaires » qu'ils soient<sup>649</sup>. Nous disposons enfin d'un regard unique sur les débats du Conseil d'Etat entourant cette décision grâce à l'ouvrage que Bruno Latour a consacré à l'étude ethnographique du Conseil d'Etat<sup>650</sup>. Ce chercheur a pu suivre de « l'intérieur » l'affaire *Lambda* et reprendre dans son ouvrage les débats les plus intéressants. La lecture de ces pages illustre bien la volonté du Conseil d'Etat de rendre une décision de principe sur la soumission des actes de puissance publique aux dispositions du Code pénal. Les différents débats repris par l'auteur laissent bien apparaître la compréhension par les conseillers d'Etat des enjeux entourant cette affaire.

**430.** La criminalisation des activités de puissance publique peut donc être constatée non seulement à travers la jurisprudence du juge répressif mais également par les positions de l'ordre administratif. Cette criminalisation s'opérant par le biais de deux ordres juridictionnels indépendant, nous pouvons donc nous interroger sur les risques de divergences qui pourraient les opposer.

---

<sup>649</sup> Ibid.

<sup>650</sup> V. B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat.*, éd. La découverte, 2002, spéc. pp. 163 à 179.

## 2. Un contentieux dispersé.

**431.** La criminalisation des activités de l'administration par la juridiction répressive est une réalité abondamment commentée par la doctrine. Nous avons vu que l'utilisation du Code pénal par le juge de l'excès de pouvoir peut être rapprochée de ce mouvement de criminalisation. Au-delà de ce rapprochement, il convient d'analyser les conséquences qu'entraîne la multiplicité des acteurs compétents pour opposer la norme pénale à l'activité administrative. Cette pluralité ne risque-t-elle pas de conduire à des conflits d'interprétation entre les différents acteurs ? Les juridictions répressives et administratives ne menacent-elles pas de s'opposer dans l'application de la norme pénale, au risque de rendre illisible la portée de certaines dispositions ?

**432.** L'étude du droit positif tend à démontrer le caractère inévitable de ces oppositions. Dans le cadre de la décision *Lambda*<sup>651</sup> où le Conseil d'Etat a annulé un décret de nomination du Président de la République sur le fondement d'une contrariété avec l'article 432-13 du Code pénal, il est possible d'imaginer que le juge répressif aurait pu, dans le cadre de l'article 111-5 du code, apprécier la légalité du décret de nomination. Cet article permet en effet aux juridictions pénales d'apprécier la légalité d'un acte administratif lorsque la solution du procès pénal qui leur est soumis dépend de cet examen. Or on sait que la Cour de cassation n'a jamais fait une application de l'article 432-13 du Code pénal à une situation visée par la décision *Lambda*, à savoir une situation de détachement. Si elle avait été saisie, la juridiction pénale aurait pu donner une interprétation contraire à celle dégagée par le Conseil d'Etat. Il est tout à fait possible qu'à l'avenir une telle opposition puisse se produire.

**433.** Cette dispersion du contentieux peut tendre à des oppositions d'interprétations entre les deux ordres juridictionnels mais conduit également à compliquer la tâche des justiciables qui ne sauront pas forcément à qui s'adresser pour que leur cause soit entendue. Il est tout à fait possible que le juge administratif n'annule pas ce que le juge pénal condamne ou que la juridiction administrative annule ce que le juge répressif se refuse à condamner. Dans l'affaire *Lambda*, il est peu vraisemblable que le juge répressif ait condamné M. Beaufret pour sa prise de poste, ou même l'Etat pour sa nomination.

---

<sup>651</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, préc.

L'article 121-2 du Code pénal dispose, en effet, que l'Etat ne peut être pénalement responsable ; quant à M. Beaufret, M. le professeur Lemoyne de Forges rappelle à juste titre<sup>652</sup> « qu'il est fort peu probable que M. Beaufret puisse faire l'objet d'une condamnation pénale, grâce à l'article 122-4 al. 2 du nouveau Code pénal<sup>653</sup> : il faudrait que le juge répressif estime que M. Beaufret aurait dû refuser sa nomination au motif que, malgré les avis juridiques officiels dont elle a été entourée, elle était manifestement illégale ». Ces constatations ne semblent pas influencer la position du commissaire du gouvernement qui estime, dans ses conclusions sur l'affaire *Lambda*<sup>654</sup>, que « le détour par la commission du délit n'est pas indispensable » et de l'expliquer par le fait que « si M. Beaufret avait démissionné de son nouveau poste dès le lendemain, sans avoir exercé ses fonctions, ou si le gouvernement, inquiet du risque contentieux, avait préféré surseoir à l'exécution de cette nomination le temps que vous vous prononciez, il serait certainement impossible de saisir un quelconque délit pénal. Et pourtant l'acte n'en serait pas moins susceptible d'illégalité ». Si ce point de vue est parfaitement logique, il aboutit pourtant à une situation illogique et complexe où les deux ordres juridictionnels donneraient des solutions différentes à l'application d'un même article du Code pénal. On peut imaginer que cette situation ne se limite pas au seul cas *Lambda* et pourrait se généraliser dans le cadre de futures applications du Code pénal par le juge administratif. Il serait alors difficile de justifier une position autonome de l'ordre administratif sur l'appréciation du Code pénal alors même que cette différenciation ne serait pas justifiée par des raisons d'intérêt général, comme cela semble être le cas dans l'affaire Beaufret.

**434.** Cette position de l'ordre administratif qui distingue l'illégalité de la commission d'un délit complique considérablement le contentieux pénal de l'action administrative. Le requérant devra déterminer l'objectif poursuivi afin de choisir la saisine appropriée. Il lui est possible de saisir le juge répressif afin de voir condamner l'auteur du délit ou de saisir l'ordre administratif pour voir annuler la mesure à l'origine du délit. Mais le requérant devra également déterminer la position la plus efficace. Dans le cas *Lambda*, nous avons constaté que le recours au juge répressif aurait été inefficace alors que la saisine du juge administratif a été fructueuse.

---

<sup>652</sup> V. J.-M. Lemoyne de Forges, note sous CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, RA 1997, p. 27

<sup>653</sup> N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.

<sup>654</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau

435. Afin d'être complet, il est nécessaire de préciser que dans l'affaire *Lambda*, la Commission de déontologie chargée de donner un avis sur les demandes de « pantouflage»<sup>655</sup> ne pouvait pas à l'époque donner son avis sur le cas de M. Beaufret celui-ci étant placé en situation de détachement. Or, à cette époque, le détachement ne faisait pas partie des situations dont avait à connaître cet organe qui ne statuait que sur les mises en disponibilité et les cessations définitives de fonction. Dorénavant, la loi du 2 février 2007 est venue modifier l'article 87 de la loi du 29 janvier 1993 et le décret du 17 février 1995 ; il est maintenant prévu que cette commission « est chargée d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou toute activité libérale, avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité par tout agent cessant ses fonctions. Ces dispositions sont applicables : aux fonctionnaires placés ou devant être placés en cessation définitive de fonctions, disponibilité, **détachement** ». Cette commission est donc aujourd'hui compétente pour donner un avis en cas de détachement d'un fonctionnaire. Un troisième avis vient donc s'ajouter aux décisions éventuelles des juridictions judiciaires et administratives. La position de la juridiction administrative devrait néanmoins être facilitée dans la mesure où l'autorité administrative ne peut plus autoriser un agent à « pantoufler » lorsque la commission estime que l'activité privée que ce dernier souhaite exercer est incompatible avec ses anciennes fonctions<sup>656</sup>.

436. On peut regretter ce type de nuances contentieuses qui ont l'inconvénient de complexifier la tâche du requérant dans le choix du recours. En revanche, cette juxtaposition des recours a pour avantage d'augmenter l'encadrement de l'action administrative en renforçant les contrôles à son égard. Nous verrons dans la troisième

---

<sup>655</sup> Dans cette affaire il ne s'agit nullement d'un « pantouflage ». Cette expression tire son nom de la « pantoufle » qui désigne la somme d'argent à rembourser par une personne qui refuse de travailler pour l'administration alors qu'elle s'y était engagée. Cela s'applique notamment aux personnes ayant suivi une formation rémunérée par l'Etat (ENA...) et qui s'engagent à travailler pour le compte des pouvoirs publics pendant une certaine durée en contrepartie de cette rémunération. Dans l'affaire *Lambda*, M. Beaufret est placé en détachement, il ne s'agit donc nullement d'un « pantouflage ». V. Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006, p. 147 et s. ; Cécile Blin, *Le pantouflage saisi par le droit*, Thèse, Tours, 2002

<sup>656</sup> V. l'article 87-VI, 3<sup>e</sup> alinéa de la loi 93-122 du 29 janvier 1993 modifié par la loi n°2007-148 du 2 février 2007 art. 18. V. Olivier Dort, *Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle simplifié*, AJDA 2007, p. 516 ; Didier Jean-Pierre, *La loi de modernisation de la fonction publique*, JCP G, 14 février 2007, p. 5

partie de cette thèse que c'est principalement cette recherche de moralisation<sup>657</sup> de l'action administrative qui justifie ce volontarisme affiché de la juridiction administrative en matière de pénalisation de l'action publique.

---

<sup>657</sup> V. 859



## Conclusion du premier Chapitre :

**437.** Le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 et le droit pénal ont pour point commun d'avoir une nature particulière qu'il est difficile de qualifier de privée ou publique. La juridiction administrative n'hésite pas à recourir à ces normes dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir. Cette opposition de droits non exorbitant du droit privé à l'action administrative démontre que dans certains cas le juge ne peut s'affranchir des normes posées par des codes contenant essentiellement du droit privé. La reprise de ces textes par l'ordre administratif peut être analysée comme résultant d'une position défensive du Conseil d'Etat qui ne souhaite pas, dans les deux cas, abandonner à la juridiction judiciaire l'intégralité de certains contentieux particulièrement contemporains. Les juridictions administratives marquent ainsi, par une application volontaire du droit pénal, le désir de participer à la multiplication du contentieux entourant la pénalisation de l'action des personnes publiques. L'appropriation du droit de la concurrence par l'ordre administratif traduit une volonté de ne pas laisser le monopole d'application de ce contentieux à l'ordre judiciaire. Dans les deux cas le Conseil d'Etat affirme bien une détermination à défendre son domaine de compétence en participant aux évolutions juridictionnelles contemporaines. Nous verrons dans la troisième partie que cette position semble être tout-à-fait bénéfique voire salvatrice pour l'avenir de la juridiction administrative.

**438.** Au-delà de la reprise de certains articles du Code pénal et du Code de commerce, le juge administratif confirme sa volonté d'appropriation de droits d'origine privée par des références régulières aux Codes du travail, des assurances et de la consommation. Les applications de ces différents textes ne peuvent être analysées comme une volonté de défendre un domaine de compétence mais comme un désir d'améliorer la protection offertes aux sujets du droit administratif.



## **Chapitre II : Des emprunts tendant à une amélioration de la protection des sujets du droit administratif.**

439. Au-delà d'une vision purement stratégique visant à concurrencer la juridiction judiciaire sur son propre terrain (chapitre I), il arrive fréquemment que les juges administratifs recourent au droit privé afin d'améliorer le droit administratif. L'application de ce droit par l'ordre administratif peut alors être analysée comme la volonté d'encadrer les pouvoirs de l'administration en donnant plus de droits à ses sujets. Les usagers et les agents des services publics voient ainsi leur condition revalorisée face à l'action des pouvoirs publics. L'intégralité de ces acteurs est concernée par le recours au droit privé. L'utilisateur du service public bénéficie de l'utilisation progressive du droit de la consommation alors que l'agent voit sa situation régulièrement favorisée par la prise en compte du Code du travail. La jurisprudence ne semble pas limiter cet élargissement du bloc de légalité qui concerne aussi bien l'utilisateur du service public industriel et commercial que l'utilisateur du service public administratif. La logique est la même pour les agents qui se voient opposer des règles de droit privé lorsqu'ils agissent pour des entreprises publiques<sup>658</sup>, voire pour des services publics administratifs. La juridiction administrative admet donc explicitement que le droit privé est susceptible, dans certains cas, de combler les lacunes du droit administratif dans la limite de l'intérêt général et du juste accomplissement des obligations de service public. On peut parler d'une amélioration progressive de la situation de l'utilisateur (section I) et d'une amélioration nuancée de la condition de l'agent (section 2).

### **Section I : L'amélioration progressive de la situation de l'utilisateur.**

440. L'extension contemporaine de la légalité administrative bénéficie directement à l'utilisateur du service public qui se voit reconnaître de nouveaux droits face aux gestionnaires de services publics. Plusieurs questions viennent alors à se poser. Quelles sont les

---

<sup>658</sup> Pour une définition, V. 569

nouveaux droits reconnus ? Est-ce l'intégralité des usagers des services publics qui bénéficient de cet enrichissement de la légalité ? La prise en compte de ces normes conduit-elle réellement à une amélioration de la situation de l'utilisateur ? Enfin, la reprise de ces droits classiquement appliqués par la juridiction judiciaire est-elle bénéfique pour l'action publique et la juridiction administrative ? Afin de répondre à ces questions, il convient tout d'abord de constater que l'application de ces droits reste pour le moment fonction du caractère du service public (I) pour s'intéresser ensuite aux conséquences de ces évolutions sur les différents acteurs du droit administratif (II).

### **I- Une application fonction du caractère du service public.**

**441.** L'utilisation du droit privé par le juge administratif est souvent justifiée par la volonté d'améliorer la situation de l'utilisateur du service public. La gestion privée et l'apparition des services publics industriels et commerciaux ont familiarisé les services publics avec le droit privé. Il est assez fréquent que la juridiction judiciaire ait à connaître du contentieux des services publics auxquels elle applique du droit privé. L'ordre administratif semble influencé par cette dynamique qui démontre qu'un service public peut évoluer efficacement dans un climat de droit privé. La jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux services publics laisse apparaître depuis peu un mouvement d'ouverture au droit privé. Le droit de la consommation et, dans une moindre mesure, le droit des assurances deviennent des sources de légalité administrative familières. Les références à ces normes de droit privé visent exclusivement à améliorer la situation de l'utilisateur du service public. Si les usagers des services publics industriels et commerciaux sont les principaux visés (A), on ne peut que souhaiter un élargissement de ces recours au droit privé pour améliorer, dans la même mesure, la situation de certains usagers des services publics administratifs (B).

**A. L'application unanime du droit de la consommation aux services publics industriels et commerciaux.**

**442.** Une grande partie du contentieux des services publics industriels et commerciaux est déjà confié aux juridictions judiciaires. Une minorité du contentieux échoit à la juridiction administrative qui semble de plus en plus encline à recourir au droit privé pour améliorer la situation des usagers de ces services. Les deux ordres juridictionnels appliquent donc massivement et unanimement du droit privé au contentieux des services publics industriels et commerciaux (1). Le juge administratif doit être vigilant face à cette ascension du droit privé afin de se rendre maître de ces nouvelles sources de légalité (2).

**443.** Depuis leur création en 1921<sup>659</sup> les services publics industriels et commerciaux se voient massivement appliquer du droit privé par les juridictions judiciaires. Ces services publics ont pu démontrer qu'ils pouvaient assurer l'intérêt général tout en évoluant essentiellement dans un régime de droit privé. La juridiction administrative prolonge cet état du droit en améliorant la situation de l'utilisateur du service public industriel et commercial par la prise en compte du droit privé. Ainsi, l'application du droit privé a été initiée par la juridiction judiciaire (1) pour être prolongée par la juridiction administrative (2).

**1. Une application initiée par la juridiction judiciaire.**

**444.** Le Tribunal des conflits dans sa célèbre décision du 22 janvier 1921<sup>660</sup> consacre la naissance des services publics industriels et commerciaux, c'est-à-dire des services publics fonctionnant à peu près dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée. Le commissaire du gouvernement Matter conclut sur cette affaire que « certains services sont de la nature, de l'essence même de l'Etat ou de l'administration publique ; il est nécessaire que le principe de séparation des pouvoirs en garantisse le plein exercice, et leur

---

<sup>659</sup> TC 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, D. 1921.3, p. 1, concl. Matter ; S. 1924.3, p. 34, concl. Matter

<sup>660</sup> Ibid.

contentieux sera de la compétence administrative. D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'Etat, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans l'intérêt général ; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun »<sup>661</sup>. C'est donc bien parce que la puissance publique agit comme une personne privée qu'elle ne peut plus jouir de la protection d'un droit particulier.

**445.** Les personnes publiques, et plus tard les personnes privées<sup>662</sup> gérant des services publics, peuvent donc intervenir dans les sphères de compétences traditionnelles des personnes privées, à savoir le domaine purement commercial. Cette possibilité est contrebalancée tout d'abord par une limitation importante des possibilités d'intervention, notamment par la prise en compte de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>663</sup>, puis par un droit applicable calqué sur celui des personnes privées agissant dans une même situation. Les SPIC se voient donc majoritairement opposer, de par leur nature, des normes de droit commun appliquées par le juge judiciaire. Cette situation ouvre une brèche importante dans le régime particulier appliqué aux services publics. Il est ainsi admis depuis 1921 que, tout en agissant pour des raisons d'intérêt général, les gestionnaires de services publics doivent respecter le droit commun. Un service public peut donc vivre et s'épanouir tout en évoluant dans une sphère juridique essentiellement privée.

**446.** Ainsi, les relations unissant l'utilisateur au service public industriel et commercial sont encadrées par le droit privé. Les contrats qu'ils concluent entre eux sont toujours des contrats de droit commun y compris s'ils contiennent des clauses exorbitantes du droit commun<sup>664</sup>. L'utilisateur se trouve alors dans une situation améliorée car le service public ne peut plus jouir de la majorité du régime exorbitant de droit commun lui donnant la possibilité d'assujettir l'utilisateur à des règles excédant ce que prévoit le droit privé. En devenant un contractant comme les autres, l'utilisateur peut prétendre à l'application et à la

---

<sup>661</sup> Ibid.

<sup>662</sup> CE Ass. 13 mai 1938, Caisse primaire aide et protection, p.417, D. 1939.3, p. 65, concl. J.-A. Latournerie, note Pépy ; RDP 1938, p. 830, concl. J.-A. Latournerie

<sup>663</sup> CE Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, p. 583, S. 1931.3, p. 73, concl. Josse, note Alibert. Pour plus d'informations, V. GAJA n°46

<sup>664</sup> CE Sect. 13 octobre 1961, Etablissement Campanon-Rey, p.567, AJ 1962, p. 98 concl. Heumann, note A. de Laubadère ; TC 17 décembre 1962, Dame Bertrand, rec. p. 831, concl. Chardeau

reconnaissance de droits nouveaux par les juridictions judiciaires au nombre desquels figure le droit de la consommation<sup>665</sup>. L'utilisateur voit sa situation se banaliser pour devenir un contractant de droit commun. L'ouverture au droit privé améliore considérablement la situation de l'utilisateur et c'est la juridiction judiciaire qui participe à cette progression<sup>666</sup>. Face à ce constat, la juridiction administrative doit participer, dans le cadre de ses compétences, à cette amélioration de la situation de l'utilisateur.

**447.** Il reste cependant des domaines de ce contentieux qui demeurent de la compétence du juge administratif. La jurisprudence récente démontre de plus en plus clairement que le juge administratif semble être influencé par la jurisprudence du juge judiciaire en matière de services publics industriels et commerciaux. Le juge administratif tend à appliquer du droit commun lorsqu'il est confronté à un contentieux opposant un SPIC à un utilisateur. La brèche ouverte en 1921 conduisant à une banalisation des services publics semble s'agrandir sous l'influence, cette fois, du juge administratif.

## **2. Une application prolongée par la juridiction administrative.**

**448.** Le juge judiciaire connaît de la majorité du contentieux des services publics industriels et commerciaux mais des domaines importants restent de la compétence de la juridiction administrative. On peut citer par exemple les actes réglementaires touchant à l'organisation du service public industriel et commercial qui restent des actes administratifs dont le juge administratif est le seul à pouvoir connaître<sup>667</sup>. Evoquons également le fait que les contrats de délégation de service public peuvent contenir des clauses réglementaires. Selon un dictionnaire du droit administratif<sup>668</sup>, « ces clauses concernent l'organisation ou le fonctionnement du service public. Elles ont pour but de

---

<sup>665</sup> Sur cette question, V. François Beroujon, *L'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics*, Thèse, Grenoble II, 2005 ; Sophie Nicinski, *L'utilisateur du service public industriel et commercial*, Thèse, L'Harmattan, 2001

<sup>666</sup> V. Agathe Van Lang, *Réflexion sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif*, RDP, 2004, p. 1015 et spéc. p. 1023

<sup>667</sup> TC 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. E poux Barbier*, rec. 789, concl. Kahn ; RDP 1968, p. 893, note M. Waline ; D. 1969, p. 202 note J.-M. Auby

<sup>668</sup> V. Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Collin, 3<sup>ème</sup> éd., 2002

fixer, unilatéralement, les obligations du concessionnaire au regard de sa mission ainsi que ses rapports avec les usagers. C'est pourquoi leur régime contentieux emprunte certains traits à celui du règlement : les usagers et les tiers peuvent se prévaloir des clauses réglementaires à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir<sup>669</sup> ».

**449.** Loin d'être négligeable, le contentieux réservé aux juridictions administratives touche le cœur du service public industriel et commercial : l'organisation et le fonctionnement du service public. Ainsi, lorsqu'un acte d'organisation du service ou une clause réglementaire sont concernés, le juge administratif doit être saisi. L'application du droit privé devait donc s'arrêter là où la compétence administrative commence. C'était sans compter sur les qualités d'ouverture et d'anticipation du Conseil d'Etat qui n'hésite plus depuis quelques années à prendre en compte des normes de droit privé dans le contentieux des SPIC. Ces avancées sont caractérisées exclusivement par une prise en compte croissante et massive du droit de la consommation. La juridiction administrative a longtemps exclu l'application de ces textes en considérant qu'un administré ne pouvait être un consommateur. L'ordre administratif, en s'inspirant de la juridiction judiciaire dans le contentieux des SPIC, s'ouvre progressivement au droit de la consommation qui devient un droit susceptible d'assurer l'intérêt général au même titre que le droit administratif. La pénétration du Code de la consommation se limite pour l'instant à l'application de la législation prohibant les clauses abusives (a) et à l'interdiction de la vente liée (b).

#### **a. L'ouverture aux clauses abusives.**

**450.** La décision *Société des eaux du Nord*<sup>670</sup> fut la première occasion pour le Conseil d'Etat de faire référence au Code de la consommation à travers la prohibition des clauses abusives.

---

<sup>669</sup> CE 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Rec. p. 962 concl. Romieu ; S. 1907.3, p. 33 note M.Hauriou

<sup>670</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G.Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurisp. P. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages



**451.** Cette affaire oppose une entreprise, usager d'un service public de distribution d'eau, à la Société des eaux du Nord qui gère ce service. Un dégât des eaux est intervenu suite à la rupture du branchement particulier desservant l'immeuble de l'utilisateur. Ce dernier et son assureur assignent le gestionnaire du service public devant le Tribunal de grande instance de Lille afin d'obtenir réparation du préjudice causé par cette inondation. La Société des eaux du Nord évoque alors l'article 12 du règlement de service de distribution d'eau de la communauté urbaine de Lille qui est annexé au contrat de concession et dont le *b)* dispose que « pour toutes les autres parties du branchement<sup>671</sup>, le service des eaux prendra à sa charge les seuls frais de réparation directe du branchement ; le client abonné aura à sa charge toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de l'existence et du fonctionnement de ces parties du branchement, sauf s'il apparaissait une faute du service des eaux ».

**452.** Si la juridiction judiciaire est compétente pour juger des litiges opposant un service public industriel et commercial et son usager, elle ne peut cependant pas statuer sur une question relative à la légalité du cahier des charges de la concession et doit renvoyer cette question préjudicielle à la juridiction administrative<sup>672</sup>. Le Tribunal de grande instance de Lille renvoie donc, au nom de ce principe, les parties à se pourvoir devant le juge administratif pour qu'il statue sur la légalité de l'article concerné du règlement du service de distribution d'eau. Le Tribunal administratif de Lille déclare cette disposition illégale, l'affaire est alors portée devant le Conseil d'Etat, compétent pour statuer en appel contre les jugements des tribunaux administratifs rendus sur renvoi de l'autorité judiciaire<sup>673</sup>.

**453.** Après avoir censuré une erreur de droit du Tribunal administratif sur laquelle il est inutile de revenir, la section du contentieux, saisie par l'effet dévolutif de l'appel devait examiner l'ensemble des moyens soulevés devant les premiers juges au nombre desquels figurait l'illégalité de l'article 12*b* du règlement au regard de la législation sur les clauses abusives figurant à l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Cet article dispose que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non-

---

<sup>671</sup> Il s'agit des parties qui ne sont pas visées au *a)* du même article qui traite de « la partie du branchement située entre la conduite de distribution publique et le point d'entrée dans la propriété du client abonné ».

<sup>672</sup> TC 20 mars 1943, Société Béthunoise d'éclairage, rec. p.322

<sup>673</sup> Article R.321-1 du Code de justice administrative

professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat [...] Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat [...] Les clauses abusives sont réputées non écrites. L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert. Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses. Les dispositions du présent article sont d'ordre public»<sup>674</sup>.

**454.** Dans sa décision du 11 juillet 2001, le Conseil d'Etat décide pour la première fois de censurer un acte administratif sur le fondement d'une contrariété avec le Code de la consommation. Il considère que « les dispositions précitées du "b" de l'article 12 peuvent conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant ; qu'elles s'insèrent, pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion ; qu'elles ne sont pas justifiées par les caractéristiques particulières de ce service public ; qu'elles présentent ainsi le caractère d'une clause abusive au sens des dispositions précitées de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 ; qu'elles étaient, dès lors, illégales dès leur adoption ; qu'elles ne sont pas davantage conformes aux dispositions précitées de l'article L. 132-1 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er février 1995, d'ordre public ».

**455.** Le juge judiciaire fait depuis longtemps application du Code de la consommation et notamment des dispositions concernant les clauses abusives dans les contrats conclus entre les SPIC et leurs usagers<sup>675</sup>. Dans le même temps, force est de constater que les cas d'opposition du droit de la consommation à une activité de service public industriel et commercial restent rares<sup>676</sup>. L'ordre administratif tout comme l'ordre judiciaire attribue dorénavant à l'usager du service public industriel et commercial la qualité de consommateur. Il est intéressant de noter qu'en l'espèce, l'usager, et par conséquent ici le

---

<sup>674</sup> Pour une présentation de cette législation, V. G. Paisant, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995, D. 1995, chron. p. 99

<sup>675</sup> Cour d'appel d'Angers, 16 décembre 1987, EDF c/ Briant et autres, CJEG 1988, p. 178 note P. Sablière ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 novembre 1996, Bull. Civ. I, n°309. Pour une étude exhaustive de l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics industriels et commerciaux par le juge judiciaire V. la thèse de J. Amar, De l'usager au consommateur de service public, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2001 p. 321 et s.

<sup>676</sup> V. François Beroujon, Thèse, Op. Cit., pp.154 et s.

consommateur, est une société, donc une personne morale. Or la Cour de cassation se refuse en principe à qualifier une personne morale de "consommateur" au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation<sup>677</sup>. Seuls certains types de personnes morales ont été qualifiés de consommateur au sens de la législation sur les clauses abusives. Il s'agit d'associations à but non lucratif ou de syndicats de copropriétaires<sup>678</sup>. La directive communautaire de 1993 sur les clauses abusives réserve pour sa part son application aux seules personnes physiques<sup>679</sup>. Certains auteurs<sup>680</sup> considèrent pourtant que rien n'empêche la jurisprudence française ou les textes nationaux d'étendre cette protection aux personnes morales. Le droit communautaire constituerait ainsi une protection minimale qui pourrait être étendue au niveau national. Le Conseil d'Etat semble bien décidé à retenir cette possibilité en considérant qu'une société commerciale peut constituer un consommateur au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation. Prolongeant la décision *Société des eaux du Nord*, le Conseil d'Etat a repris cette position dans une décision du 6 juillet 2005<sup>681</sup> qui confirme que les dispositions prohibant les clauses abusives peuvent s'appliquer aux dispositions fixées par décret d'un contrat-type relatif au transport public de marchandises ou au déménagement. À aucun moment, les juges du Palais Royal ne précisent dans cet arrêt que le consommateur doit être entendu comme étant une personne physique et non une personne morale. De plus, la décision *Société Dodin*<sup>682</sup> vise plus particulièrement les contrats conclus dans le cadre de transport public routier dont bon nombre d'utilisateurs sont des personnes morales. On peut ainsi en conclure que, pour le Conseil d'Etat, le consommateur au sens de la législation prohibant les clauses abusives est toute personne physique ou morale qui utilise un service.

**456.** Dans le même sens, la Cour administrative d'appel de Nantes a fait une application audacieuse de la législation sur les clauses abusives en considérant qu'une clause réglementaire ne pouvait être abusive si elle garantit « la qualité et la continuité » du

---

<sup>677</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1996, D. 1996, p. 228 note G. Paisant

<sup>678</sup> CA Paris, 13 novembre 1997, D. 1998, IR. p. 11

<sup>679</sup> CJCE, 22 novembre 2001, JCP, 2002. II. 10047, note G. Paisant ; CCC. 2002, commentaires 18, note Raymond

<sup>680</sup> V. M. Luby, Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence, CCC. 2002, chron. p. 14 ; Céline Rondey obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 15 mars 2005, D. 2005, p. 887

<sup>681</sup> CE 6 juillet 2005, Sté Dodin, p.309, JCP 2005, IV, 3010

<sup>682</sup> Ibid.

service public<sup>683</sup>. Nous reviendrons sur cette prise en compte notable de l'intérêt général lors de la reprise d'une norme classiquement appliquée par la juridiction judiciaire<sup>684</sup>.

**457.** La décision du 11 juillet 2001 consacre l'arrivée du droit de la consommation dans le bloc de légalité administrative<sup>685</sup>. Cette ouverture longtemps réclamée par la doctrine<sup>686</sup> marque l'arrivée de nouveaux droits reconnus à l'utilisateur du service public industriel et commercial. L'utilisateur/consommateur pourra réclamer l'annulation de toute clause du contrat, qu'elle soit contractuelle ou réglementaire, sur le fondement d'une contrariété avec les dispositions prohibant les clauses abusives. La prise en compte de ces dispositions par le juge administratif améliore la position de l'utilisateur mais elle affaiblit considérablement les pouvoirs de sujétion de l'administration à travers les clauses réglementaires du contrat qui constituent le cœur même de l'organisation du service public.

**458.** Cette ouverture à la réglementation des clauses abusives pose plus de questions qu'elle n'en résout. Quel est l'avenir de la clause réglementaire et donc de l'organisation et du fonctionnement du service public ? Les notions de clause exorbitante du droit commun et de clauses abusives tendent-elles à s'opposer ? L'utilisateur est-il toujours un consommateur et l'administration un professionnel ? L'administration peut-elle prétendre à l'application du Code de la consommation en revêtant la qualité de consommateur ? Il conviendra de s'interroger dans la suite de nos développements<sup>687</sup> sur la portée profonde de cette avancée. On peut pour l'instant constater, que quelques mois plus tard, le Conseil d'Etat confirme l'ouverture au Code de la consommation dans une nouvelle décision.

---

<sup>683</sup> CAA Nantes, 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289 note Jacques Fialaire

<sup>684</sup> V. 515 et s.

<sup>685</sup> Pour une confirmation, V. CE 6 juillet 2005, Société Dodin, p.309, CJEG 2006, p. 34 Concl. Francis Donnat ; JCP 2005, IV, 3010 où le Conseil d'Etat écarte un moyen fondé sur une contrariété entre l'article L.132-1 réglementant les clauses abusives et un décret portant approbation du contrat type applicable aux transports publics de marchandises.

<sup>686</sup> V. J. Amar, De l'utilisateur au consommateur de service public, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2001 ; Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, CCC janvier 2002, p. 13

<sup>687</sup> V. 636 et s.

**b. Une application liée au droit de la concurrence : la prohibition de la vente liée.**

**459.** Le Conseil d'Etat, dans une décision du 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*<sup>688</sup>, accepte de contrôler la légalité du titre de transport unique institué par le syndicat des transports parisiens au regard de l'article L.122-1 du Code de la consommation prohibant la vente liée.

**460.** Par une décision du 25 juillet 1995, le conseil d'administration de l'établissement public Syndicat des transports parisien (STP) décide d'établir un titre de transport commun à la Société nationale des chemins de fer (SNCF) et à la régie autonome des transports parisiens (RATP)<sup>689</sup>. Ce titre de transport unique permet aux usagers d'effectuer un trajet entre une gare de banlieue et Paris, comme un trajet sur le réseau ferré de la zone urbaine exploité par la RATP et la SNCF, ou un trajet sur les prolongements des lignes de métro desservant la banlieue. Ce billet unique peut avoir pour effet de contraindre l'utilisateur qui souhaite se rendre à Paris d'acheter un billet combiné qui comporte la possibilité de voyager en zone urbaine, même s'il s'arrête à la première gare d'arrivée à Paris et n'utilise donc pas le réseau ferré de la zone urbaine. Le billet est un peu plus cher que l'ancien billet banlieue-Paris, mais moins cher que le cumul des anciens billets banlieue-Paris et section urbaine. Le commissaire du gouvernement Schwartz note que « globalement, cette nouvelle tarification pénaliserait 33350 voyageurs mais en avantagerait 102650 »<sup>690</sup>.

**461.** Le Conseil d'Etat, compétent en premier ressort<sup>691</sup>, est saisi de la légalité de cette décision par l'Union fédérale des consommateurs. L'UFC considère, entre autres, que cette décision méconnaît l'article L.122-1 du Code de la consommation qui prévoit qu'« il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de

---

<sup>688</sup> CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*, p.94, BJCPC mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G.Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier

<sup>689</sup> Rappelons que les transports ferroviaires sont considérés par le Tribunal des conflits comme des services publics industriels et commerciaux : TC 5 décembre 1983, *Nidam c/SNCF*, rec. p. 541

<sup>690</sup> V. CE, 13 mars 2002, concl. préc.

<sup>691</sup> Cette mesure réglementaire d'organisation d'un SPIC possède un champ d'application qui dépasse le ressort d'un seul Tribunal administratif.

subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit. Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2 » ; qu'aux termes de l'article L. 113-2 du même code : « Les règles relatives au champ d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 précitées sont fixées par l'article 53 de cette ordonnance » ; qu'aux termes de l'article 53 de ladite ordonnance : « Les règles relatives à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques (...) ». Le domaine d'application de ces dispositions prohibant la vente liée est donc le même que celui du droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 et codifié au Code de commerce. Le Conseil d'Etat devait donc déterminer si ces dispositions pouvaient s'appliquer à la fixation du prix d'un titre de transport ferroviaire.

**462.** Dans sa décision du 13 mars 2002, le Conseil d'Etat fait une nouvelle application du Code de la consommation en estimant « que si, en application des dispositions rappelées ci-dessus, il appartient au Syndicat des transports parisiens de fixer les tarifs de la RATP et de la SNCF de manière à assurer la coordination tarifaire entre les différents services, il lui incombe en outre, s'agissant de la détermination du prix de ces services, de prendre en considération les dispositions précitées de l'article L. 122-1 du Code de la consommation ; qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la légalité des tarifs qui, fixés par l'autorité compétente et touchant à l'organisation du service public, présentent un caractère administratif, de s'assurer que ces tarifs ont été pris compte tenu de l'ensemble des règles applicables et qu'il en a été fait, en les combinant, une exacte application ».

**463.** Le Conseil d'Etat consacre une nouvelle ouverture au droit de la consommation à travers l'interdiction de la vente liée. L'administré se voit, de nouveau, et après les clauses abusives, reconnaître de nouveaux droits face à une administration atteinte dans ses prérogatives. L'application de cette disposition du Code de la consommation semble moins novatrice que la consécration de la prohibition des clauses abusives. En effet, nous avons vu que le Code de la consommation prévoit dans son article L.112-1 un champ d'application calqué sur celui du droit de la concurrence interne. Si rien n'obligeait la juridiction administrative à donner une portée à la législation sur les clauses abusives, il lui était difficile d'ignorer les dispositions sur l'interdiction de la vente liée. Après avoir jugé qu'un acte administratif pouvait constituer une activité de production, de distribution et de

services au sens du Code de la consommation, le Conseil d'Etat ne pouvait que consacrer l'article L.122-1 prévoyant une application dans les mêmes conditions. Notons qu'en l'espèce le Conseil d'Etat n'a pas considéré que ce billet unique constituait une atteinte à l'article L.112-1 du Code de la consommation. Nous reviendrons par la suite sur la motivation ambiguë qui a conduit la haute juridiction à une telle solution<sup>692</sup>.

**464.** La juridiction administrative a, à ce jour, opposé deux dispositions issues du Code de la consommation aux activités de service public : la prohibition des clauses abusives et l'interdiction de la vente liée. Ces deux applications visent l'utilisateur du service public industriel et commercial et l'utilisation de ces nouveaux droits améliore fortement sa situation. Après la juridiction judiciaire, la juridiction administrative applique donc progressivement du droit privé à l'utilisateur du SPIC. Il ne fait aucun doute qu'à l'avenir, l'ordre administratif fera référence à de nouvelles normes issues du Code de la consommation afin de construire un véritable statut de l'utilisateur/consommateur du SPIC. Au-delà du droit de la consommation, on peut imaginer que la juridiction administrative recoure à d'autres sources issues du droit privé dans le but de faire progresser, au cas par cas, la situation des administrés. Afin d'affirmer sa compétence, l'ordre administratif ne doit pas limiter les recours au droit privé pour améliorer la situation de l'utilisateur du SPIC. Il doit également faire bénéficier de cette ouverture les utilisateurs des services publics administratifs.

## **B. Vers une application élargie du droit privé au profit des utilisateurs des services publics administratifs.**

**465.** Le droit de la consommation bénéficie majoritairement à l'utilisateur du service public industriel et commercial. Il est légitime de s'interroger sur son applicabilité aux utilisateurs des services publics administratifs. Le juge judiciaire a déjà, dans une décision restée isolée, opposé le droit de la consommation aux relations contractuelles de droit privé

---

<sup>692</sup> V. n° 517 et s.

établies entre un service public administratif et des usagers<sup>693</sup>. La doctrine a, dans certains cas, défendu une hypothèse d'application large du droit de la consommation<sup>694</sup> à ce type d'usagers, mais il semble qu'une solution plus raisonnable s'impose. On peut prôner une prise en compte différenciée du droit de la consommation (1) qui pourrait inaugurer une application élargie et réfléchie d'une partie plus large du droit privé aux usagers des services publics administratifs (2).

### **1. Pour une application différenciée du droit de la consommation.**

**466.** Le droit de la consommation s'est immiscé dans les contentieux administratifs opposant les usagers aux services publics industriels et commerciaux. On peut légitimement s'interroger sur l'évolution de l'utilisation du Code de la consommation par l'ordre administratif et notamment sur son éventuelle prise en compte dans les contentieux opposant les usagers aux services publics administratifs. Une étude croisée du domaine d'application du Code de la consommation et de la distinction SPA / SPIC permet de déterminer les limites de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation (1). On peut alors préconiser une application du droit de la consommation calquée sur l'application du droit de la concurrence (2).

#### **a. La détermination des limites à l'application du droit de la consommation aux services publics administratifs**

**467.** Le Code de la consommation trouve à s'appliquer notamment dans les relations unissant professionnels et consommateurs. La juridiction administrative, influencée par la jurisprudence judiciaire en matière de service public industriel et commercial, a considéré que l'utilisateur d'un SPIC pouvait être un consommateur et que le gestionnaire de ce service

---

<sup>693</sup> La Cour d'appel de Paris a opposé les articles L. 311-1 et suivants du Code de la Consommation relatifs à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine des opérations de crédit à une relation contractuelle de droit privé unissant un service public administratif à ses usagers. V. CA Paris 12 octobre 1990, Crédit municipal de Paris c/ Hatton, D. 1990, IR, p. 258

<sup>694</sup> V. J. Amar, De l'utilisateur au consommateur de service public, Thèse, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2001 ; Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, CCC janvier 2002, p. 13



pouvait être un professionnel. Le raisonnement peut-il être de même nature pour un service public administratif ? Il convient tout d'abord de revenir sur ce qui distingue un service public administratif et un service industriel et commercial pour déterminer ensuite si la relation unissant les SPA et leurs usagers peut être considérée comme un rapport entre professionnel et consommateur.

**468.** La reprise de la célèbre méthode jurisprudentielle du commissaire du gouvernement Laurent<sup>695</sup> permet de mettre en lumière la distinction entre les services publics administratifs et les services industriels et commerciaux. Cette méthode consiste à considérer qu'un service public, en l'absence de qualification textuelle, est réputé être administratif sous réserve que trois critères ne tendent pas à rapprocher le service d'une entreprise : l'objet du service, l'origine des ressources et les modalités de son organisation et de son fonctionnement. Ces critères sont en théorie cumulatifs, c'est-à-dire que les trois conditions doivent se rapprocher du fonctionnement d'une entreprise, mais la jurisprudence a tendance à malmenager ces critères. Il est, en effet, bien difficile de dégager une politique jurisprudentielle opposant clairement les SPA aux SPIC. Un service communal de distribution d'eau, dont les ressources sont constituées par une police d'abonnement forfaitaire inférieure au coût réel du service, a été qualifié de SPIC par le Tribunal des conflits<sup>696</sup>. On voit pourtant mal comment un service qui facture ses services moins cher que leurs coûts peut être rapproché d'une entreprise ! La qualification de la publication de la revue "50 millions de consommateurs" par l'Institut National de la Consommation illustre bien la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer les SPA des SPIC. Le Tribunal des conflits a qualifié la publication de la revue comme étant un SPA en 1989 puis la Cour administrative d'appel de Paris l'a qualifiée d'activité de SPIC en 1996<sup>697</sup>. Les multiples qualifications jurisprudentielles du caractère des services publics démontrent qu'il est souvent difficile de distinguer les SPA des SPIC. Si certaines activités peuvent être aisément considérées comme administratives, notamment les activités sociales, éducatives ou de police, d'autres sont plus difficilement qualifiables. La distribution d'eau

---

<sup>695</sup> V. CE Ass. 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, p.434, D.1956, p. 759 ; S. 1957, p. 38 concl. Laurent

<sup>696</sup> V. TC 19 février 1990 M. Thomas, AJDA 1990, p. 558 note J.-P. Théron.

<sup>697</sup> V. CAA Paris 3 décembre 1996, SARL AGRIVER C/ INC, JCP G, n° 22856, p. 269 note V. Haim.

potable en est l'exemple parfait<sup>698</sup>. On peut conclure que certaines activités administratives peuvent être très proches d'activités industrielles et commerciales. Or la prise en compte du Code de la consommation semble se limiter, pour l'instant, à l'usager du service public industriel et commercial. Pourquoi priver du bénéfice de ce code les usagers des SPA qui se rapprochent d'une activité industrielle et commerciale ? Au vu des similitudes que peuvent partager les services publics industriels et commerciaux et certains services publics administratifs, il paraît en effet difficile de faire bénéficier les usagers de l'un du Code de la consommation et pas les usagers de l'autre.

**469.** Une décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux<sup>699</sup> fournit une illustration de cette inadaptation. La Cour précise, en effet, que les articles L.113-2 et L.112-1 du Code de la consommation<sup>700</sup> ne peuvent être évoqués dans un litige opposant une crèche municipale à ses usagers du fait de la nature administrative de ce service public. L'arrêt justifie cette solution par le fait que le caractère du service public induit que les usagers se trouvent dans une situation réglementaire. Or rien ne laisse apparaître dans les articles évoqués du code que la situation contractuelle est une condition de leur application. S'il paraît logique que ces dispositions du Code de la consommation ne bénéficient pas aux usagers d'une crèche municipale, ce n'est pas en raison du caractère administratif du service public mais parce que les usagers ne peuvent pas être assimilés à des « consommateurs » au sens desdits articles. D'une part, l'article L.122-1 du Code de la consommation vise les consommateurs mais, d'autre part, son domaine d'application est limité par un renvoi à l'article L.113-2 du même code aux activités de production de distribution et de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce. Il faudrait donc considérer qu'une crèche municipale peut être constitutive d'une telle activité, ce qui est loin d'être évident. L'application éventuelle de ces articles du Code de la

---

<sup>698</sup> TC 19 février 1990, préc. Notons que dorénavant, le Tribunal des conflits considère que la distribution d'eau est, en principe, de par son objet, une activité industrielle et commerciale sauf si son coût ne fait l'objet d'aucune facturation périodique à l'usager : TC 21 mars 2005, Mme Alberti-Scott, DA 2005, jurispr. N° 94.

<sup>699</sup> CAA Bordeaux 19 mars 2003, Cne. Lavour, JCP Adtion. & Coll loc. 2003, p. 714 note J. Moreau

<sup>700</sup> « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit».

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

consommation ne semble donc en aucun cas justifiée par le caractère administratif du service public, comme peut l'avancer la Cour, mais par des conditions propres aux articles du code.

**470.** Le juge administratif ne doit pas prendre en compte le caractère du service public pour déterminer le domaine d'application du droit de la consommation, mais recentrer son raisonnement sur les notions de consommateur et de professionnel.

**471.** Le Code de la consommation ne définit pas le « consommateur » qu'il entend protéger<sup>701</sup>. La doctrine éprouve des difficultés à donner une vision cohérente de ce qu'est le consommateur protégé. Certains auteurs<sup>702</sup> considèrent que la notion d'utilisateur est absorbée par la notion de consommateur. En démontrant que la notion d'utilisateur est de plus en plus souvent supplantée dans les textes par celle de consommateur, M. Jacques Amar démontre l'incohérence et l'inconsistance de la notion d'utilisateur pour lui préférer celle de consommateur. Pour cet auteur, la distinction des termes "utilisateurs" et "consommateurs" ne doit pas tendre à une distinction de régime juridique. En outre, il n'est pas évident que tous les utilisateurs des services publics puissent être qualifiés de consommateurs. Le dictionnaire *Le Petit Robert*<sup>703</sup> définit le consommateur comme étant une « personne qui utilise des marchandises, des richesses, des services pour la satisfaction de ses besoins ». Il est indéniable que l'utilisateur d'un train, d'un service public de distribution d'eau ou d'électricité utilise « des marchandises, des richesses, des services pour la satisfaction de ses besoins ». Il est plus difficile de considérer que l'utilisateur d'un service fiscal, du service public de la justice, d'un service social ou hospitalier utilise une richesse ou une marchandise. On peut, en revanche, estimer, dans une conception large, que ces différents cas constituent des « services » que l'utilisateur utilise pour « ses besoins ». Il n'est pourtant pas certain qu'un service fiscal soit utilisé directement « pour la satisfaction des besoins » d'un utilisateur. Il ne l'est qu'indirectement.

---

<sup>701</sup> Sur cette question, V. François Beroujon, Thèse Op. Cit., pp. 189 et s.

<sup>702</sup> V. J. Amar, Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, CCC, janvier 2002, p. 13 et notamment p. 14 ; De l'utilisateur au consommateur de service public, note préc., p. 135 à 139 ; Jean-Pierre Bizeau, Utilisateurs ou client du service public ? Le discours de l'administration, RA 1997, p. 209

<sup>703</sup> V. Le nouveau petit Robert, sous la direction de J. Rey-Debove et A. Rey, Dictionnaires Le Robert, 2002.

472. La définition juridique du "consommateur" donne plus de précisions. Le dictionnaire juridique du professeur Cornu<sup>704</sup> le définit ainsi comme étant « tout acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel », et encore comme « tout bénéficiaire non professionnel de services fournis par des professionnels (assurances, publicité, voyage, conseil)". Enfin, la directive 93/13 CEE du Conseil, 5 avril 1993<sup>705</sup>, relative à la réglementation des clauses abusives, dispose qu'un consommateur est « toute personne physique qui, dans les opérations de vente ou de prestation de service, agit à des fins extérieures à son activité professionnelle». La première définition n'a aucune portée législative ou jurisprudentielle et renvoie à la définition de l'expression « bien de consommation », qui peut être entendue de façon plus ou moins large. Seules les deux dernières définitions ont une réelle portée pratique. Elle est influencée par la position de la Cour de cassation pour la seconde et reprend le droit communautaire pour la troisième. Ces définitions peuvent être synthétisées de la façon suivante : le consommateur agit en dehors de ses compétences professionnelles. L'état des textes et de la jurisprudence ne permettent pas de donner plus d'informations sur ce qu'est réellement un "consommateur"<sup>706</sup>. Certains auteurs vont même jusqu'à s'interroger sur l'existence juridique réelle du consommateur<sup>707</sup>. On peut conclure que le Code de la consommation fournit une grande souplesse aux juridictions pour définir son domaine d'application. Le professeur Jacques Mestre précise que, puisque le Code de la consommation réalise une codification à droit constant, les différents textes inclus dans ce code doivent conserver le champ d'application spécifique qui était le leur au moment où ils ont été promulgués<sup>708</sup>. Chaque texte aurait donc un domaine d'application bien précis et encadré par la jurisprudence. Le commissaire du gouvernement Rémy Schwartz précise dans ses conclusions sur l'affaire *Union fédérale des consommateurs (UFC)*<sup>709</sup> que l'article L. 122-1 du Code de la consommation prohibant la vente liée est uniquement appliqué par la Cour

---

<sup>704</sup> V. G. Cornu, Vocabulaire juridique, op. cit.

<sup>705</sup> V. JOCE n° L 095 du 21/04/1993 p. 0029 - 0034

<sup>706</sup> V. F. Terré, Juris compact, Le consommateur et ses contrats, Editions du Juris-classeur, 1999 p. 348 à 351

<sup>707</sup> V. J.-P. Chazal, Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, chron. p. 260

<sup>708</sup> V. J. Mestre, Des notions de consommateurs, RTD civ. 1989, p. 63

<sup>709</sup> Conclusions préc. sur CE, 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs

de cassation dans le secteur concurrentiel<sup>710</sup>. Mais rien n'oblige la juridiction administrative à reprendre les qualifications juridiques de la juridiction judiciaire ; elle peut donc donner sa propre définition de la notion de consommateur. Le Conseil d'Etat, dans sa décision *UFC*, ne reprend d'ailleurs pas les conclusions Schwartz sur ce point. A aucun moment la Haute juridiction ne fait référence au caractère non concurrentiel du secteur des transports ferrés parisiens dans le corps de sa décision. La lecture des autres décisions de l'ordre administratif reprenant le Code de la consommation ne permet pas non plus de dresser un domaine d'application propre à chaque texte. L'avenir dira quelle portée le Conseil d'Etat donnera à la notion de consommateur-utilisateur.

**473.** Rien n'empêche le Conseil d'Etat de suivre les préconisations de M. Jacques Amar<sup>711</sup> et d'associer dans certains cas la notion de consommateur à celle d'utilisateur. L'utilisateur du service public administratif verrait ainsi sa situation considérablement améliorée, au même titre que l'utilisateur du service public industriel et commercial. Le droit de la consommation ne trouverait, bien sûr, pas à s'appliquer à tous les services publics administratifs. D'une part, son application pourrait être mise en échec, nous l'avons vu, pour des raisons liées à la protection de l'intérêt général<sup>712</sup>. D'autre part, le droit de la consommation pose lui-même les limites de son application afin d'éviter des applications incongrues. Il est, par exemple, impossible que les dispositions prohibant la vente liée ou la vente sans commande préalable s'appliquent aux services de police, aux bibliothèques ou aux services sociaux car ceux-ci n'ont rien à vendre. La législation sur les clauses abusives ne pourra pas s'appliquer à la plupart des relations unissant les SPA et leurs utilisateurs pour la bonne et simple raison que leurs relations ne sont pas des relations contractuelles mais légales et réglementaires<sup>713</sup>.

**474.** De plus, rappelons que bon nombre de dispositions du Code de la consommation s'appliquent aux activités dispensées par des professionnels<sup>714</sup>. Il en résulte que certaines

---

<sup>710</sup> V. Cass. crim. 12 février 1990, Esquerre, JCP 1990, éd. G. n°47, 21582 obs. Conte ; D. 1991, p. 247 obs. Gavalda et Lucas de Leyssac.

<sup>711</sup> Préc.

<sup>712</sup> V. 515 et s.

<sup>713</sup> V. François Beroujon, Thèse, Op. Cit., pp. 177 et s.

<sup>714</sup> Le Code de la consommation reprend l'ordonnance de 1986 relative au droit de la concurrence qui s'applique, non aux activités exercées par des professionnels, mais à des activités de production, distribution et service. Les dispositions relatives à l'interdiction de la vente sans commande préalable renvoient au même domaine d'application.

dispositions ne pourront être appliquées aux services publics administratifs qui n'agissent pas en tant que professionnels. Comme la notion de « consommateur », la notion de « professionnel » n'est pas définie par le Code de la consommation. Le projet de code proposé en 1990 par la Commission de refonte de droit de la consommation<sup>715</sup> contenait la définition suivante : « le professionnel est la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production de distribution ou de prestation de service ». La Commission des clauses abusives subordonne, quant à elle, l'application de la législation sur les clauses abusives à l'existence d'un prix payé par le consommateur<sup>716</sup>. Le professionnel exerce donc une activité rémunérée par le consommateur. La directive 93/13 CEE du Conseil du 5 avril 1993<sup>717</sup> relative à la réglementation des clauses abusives définit pour sa part le professionnel comme « toute personne physique ou morale qui dans les contrats de vente ou de prestation de service agit dans le cadre de son activité professionnelle privé ou publique ». Les références aux notions de « production de distribution ou de prestation de service », d'« un prix payé par le consommateur » et « de contrats de vente ou de prestation de service » laissent clairement apparaître l'idée d'entreprise. On peut légitimement s'accorder sur le fait qu'un professionnel est une personne physique ou morale qui exerce une activité d'entreprise.

**475.** La juridiction administrative devra réguler l'application du droit de la consommation en s'appuyant en partie sur le type d'activité exercée par le service public. L'étendue de l'application de ce nouveau droit dépendra en partie de la définition que le Conseil d'Etat attribuera à la notion d'entreprise. L'approche retenue en la matière par le droit de la concurrence pourrait donner une portée pertinente au droit de la consommation

**b. Pour une application calquée sur l'application du droit de la concurrence.**

**476.** Le droit de la concurrence, tant communautaire que national, donne un modèle d'application cohérent dont le droit de la consommation pourrait s'inspirer. Le professeur

---

<sup>715</sup> V. Propositions pour un Code de la consommation, La documentation française, 1990

<sup>716</sup> CAA Recomm. N°94-03, 18 mars 1994, BOCC 27 septembre 1994

<sup>717</sup> Préc.

Delvolvé<sup>718</sup> précise ainsi que « les rapports entre droit français et communautaire de la consommation et services publics sont du même type, soulèvent les mêmes problèmes et appellent les mêmes solutions que pour le droit de la concurrence. [...] Tout ce qui concerne l'exploitation d'activités qui n'ont rien de spécifique par rapport aux entreprises doit être soumis au droit commun. La même ligne d'analyse pourrait être retenue pour le droit de la consommation ». Il est vrai que le droit de la concurrence, que le juge administratif applique beaucoup plus régulièrement que le droit de la consommation, bénéficie d'une base d'application logique. N'oublions pas que ces deux droits sont d'inspiration privée et non publique ; c'est pourquoi le juge administratif applique le droit de la concurrence lorsqu'une activité est similaire à une activité privée ou concerne l'organisation d'activités privées. C'est parce que ces activités se rapprochent des activités privées ou accordent des droits spéciaux à des entreprises qu'on leur applique du droit privé. Le juge communautaire applique quant à lui le droit de la concurrence aux activités d'entreprises entendues comme étant « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »<sup>719</sup>.

**477.** On peut considérer que le droit de la consommation devrait s'appliquer, tout comme le droit de la concurrence, aux activités économiques des services publics. Certaines dispositions du droit de la consommation trouvent déjà à s'appliquer en prenant en compte ce type de critère. L'article L.122-1 du Code de la consommation prohibant la vente liée renvoie d'ailleurs son domaine d'application à celui du droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986, c'est-à-dire aux activités de production, de distribution et de services. Le juge administratif pourrait prolonger ces dispositions en considérant que les activités des professionnels doivent être entendues comme des activités d'entreprise et donc des activités économiques. Il est toujours délicat de ramener un domaine d'application à une définition. La solution dégagée par la jurisprudence communautaire ne répond pas à toutes les questions. Le champ d'application peut en effet varier selon l'interprétation que l'on donne de cette définition. Un service public non lucratif ou un service public effectué à titre gratuit peuvent-ils constituer une activité dite économique ?

---

<sup>718</sup> V. P. Delvolvé, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, DA octobre 1993, p. 3. Cet article fait partie d'un numéro spécial de la revue Droit Administratif qui reprend les actes d'un colloque de 1992 ayant pour thème « Services publics, collectivités et Europe des consommateurs ».

<sup>719</sup> V. CJCE 23 avril 1991, Klaus Hoffner et Fritz Elser Macrotron GMBH, aff. C-41/90, rec. CJCE I, p. 2010

Pour M. Jacques Amar<sup>720</sup>, la réponse ne peut être que positive. L'auteur rappelle que la Commission des clauses abusives conditionne l'application du droit de la consommation à un prix payé par le consommateur<sup>721</sup> et non à l'existence d'une activité intéressée. L'auteur précise également que « la gratuité n'est que la conséquence d'un financement par l'impôt, celui-ci étant en quelque sorte le prix refoulé de la gratuité. C'est pourquoi les différences entre les modes d'acquisition de la prestation ne doivent pas influencer sur la nature de celle-ci ». En effet, les services publics dispensés gratuitement ne sont pas financés par l'utilisateur mais par le contribuable : on peut donc estimer que ces services ont bien un prix.

**478.** Il semble pourtant que cette méthode d'appréhension du domaine d'application du droit de la consommation n'est pas la bonne. Peu importe, en effet, que le service soit gratuit ou lucratif, il faut tout simplement déterminer si l'activité concerne le domaine économique ou pas. Il est bien évident que la justice ou les services sociaux n'agissent pas dans un domaine économique, à la différence des services publics de distribution d'eau ou des services postaux qui assurent une prestation économique. Certains cas sont plus délicats à appréhender. Selon les points de vue, les prestations hospitalières peuvent être considérées comme des prestations économiques, ou pas. Il appartiendra alors au juge de statuer au cas par cas sur ces situations ambiguës.

**479.** L'utilisateur aurait beaucoup à gagner et l'administration, peu à perdre. Le dépassement de la distinction SPA / SPIC et le recentrage sur la notion d'entreprise pour déterminer le domaine d'application du droit de la consommation auraient pour vertu de mettre sur un pied d'égalité les utilisateurs des services publics ayant une activité économique, que ces services soient administratifs ou industriels et commerciaux. On appliquerait ainsi le droit de la consommation aux quelques activités de services publics administratifs ayant un rapport direct avec une activité d'entreprise. Leurs utilisateurs seraient, de ce fait, favorisés comme peuvent l'être les utilisateurs des services publics industriels et commerciaux.

**480.** De plus, une prise en compte plus importante du droit de la consommation n'aurait pas pour conséquence d'affaiblir les services publics. Si le droit de la concurrence et le droit de la consommation partagent l'objectif d'assurer le bon fonctionnement du marché, leurs effets ne sont pas les mêmes. Le droit de la concurrence peut peser lourdement sur

---

<sup>720</sup> V. J. Amar, Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, CCC janvier 2002, p. 13

<sup>721</sup> CCA Recomm. N°94-03, 18 mars 1994, préc.



l'action administrative alors que le droit de la consommation vise le consommateur, et donc certains usagers, en ayant peu de conséquences sur l'organisation administrative. Il ne semble pas, en effet, que l'administration soit grandement limitée dans l'exercice de ses missions du fait de l'opposition de normes prohibant la vente liée ou la vente sans commande préalable. Nous verrons par la suite que la prise en compte par la juridiction administrative de la législation réglementant les clauses abusives a un impact limité sur les moyens d'action de l'administration, notamment au niveau de la clause exorbitante du droit commun<sup>722</sup>.

**481.** Beaucoup de dispositions du Code de la consommation ne trouveront de toute façon pas à s'appliquer à l'action administrative<sup>723</sup> et le Conseil d'Etat a toujours la possibilité de limiter la portée du droit de la consommation en évoquant les nécessités des services publics ou d'intérêt général comme l'a déjà fait la Cour administrative d'appel de Nantes<sup>724</sup>. Il appartiendra alors au juge administratif de concilier le droit de la consommation et l'intérêt général.

**482.** Cette ouverture des services publics administratifs au droit de la consommation pourrait présager d'une ouverture plus générale de ces services au droit privé.

## **2. La possible extension de l'application du droit privé aux usagers des services publics administratifs.**

**483.** Le Conseil d'Etat oppose des normes d'origine privée à certaines activités de police et de régulation qui encadrent des comportements strictement privés. S'il est compréhensible que la juridiction administrative applique du droit privé pour réglementer des activités purement privées, il reste que ces activités sont destinées à être encadrées, régulées par l'administration. Les bénéficiaires sont des consommateurs de services et non des usagers de services publics. Par extension, il est possible d'imaginer que ces mesures

---

<sup>722</sup> V. 804-807

<sup>723</sup> V. 467

<sup>724</sup> CAA Nantes, 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289

de police régulent une activité de service public administratif. L'opposition de normes de droit privé à ces mesures pourrait donc bénéficier directement aux usagers ces services publics administratifs. Le Conseil d'Etat a ainsi opposé le Code de la consommation à la décision d'une autorité administrative indépendante (a) et à un décret du ministre des transports (b). Le Code des assurances a, pour sa part, été évoqué dans le cadre de l'appréciation de la légalité d'un arrêté ministériel relatif à l'assurance obligatoire des centres de transfusion sanguine (c).

**a. L'application du Code de la consommation à une décision d'une autorité administrative indépendante.**

**484.** La décision *Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres (ADEIC)*<sup>725</sup> marque une nouvelle étape dans l'application du droit de la consommation par les juridictions administratives. Le Conseil d'Etat applique le Code de la consommation à une décision d'une autorité administrative indépendante. En l'espèce, l'autorité de régulation des télécoms<sup>726</sup> prend une décision en date du 18 juillet 2001 qui a pour objet de mettre en œuvre, sur demande des opérateurs, un processus technique de suppression du tri des appels locaux, dans des conditions telles que les usagers desdits opérateurs seront automatiquement considérés, sauf refus exprès, comme ayant tacitement accepté une modification de leur contrat d'abonnement par adjonction de ce nouveau service. L'ADEIC demande l'annulation pour excès de pouvoir de cette décision en invoquant le fait que ces dispositions seraient contraires au premier alinéa de l'article L.122-3 du Code de la consommation qui prévoit que « la fourniture de biens ou de services sans commande préalable du consommateur est interdite lorsqu'elle fait l'objet d'une demande de paiement. Aucune obligation ne peut être mise à la charge du consommateur qui reçoit un bien ou une prestation de service en violation de cette interdiction (...) ». Le Conseil d'Etat compétent en premier et dernier ressort devait donc déterminer si une décision d'une autorité administrative indépendante concernant les

---

<sup>725</sup> CE 15 octobre 2003, *Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres*, p.400, RFDA 2003, p. 1259 ; DA 2004, N°18 p. 36 note M. Bazex et S. Blazy ; AJDA 2004, p. 666 note Laget-Annamayer

<sup>726</sup> La loi relative à la régulation des activités postales (JO du 21 mai 2005) transforme l'ART en l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP).

prestataires téléphoniques pouvait être annulée pour une contrariété avec le Code de la consommation.

**485.** La Haute juridiction, dans cette décision du 15 octobre 2003<sup>727</sup> annule les dispositions de la décision attaquée en considérant « qu'en subordonnant seulement à deux démarches préalables d'information des abonnés par les opérateurs l'extension de leur contrat au nouveau service des appels locaux, ce qui impliquait que le silence des abonnés vaudrait acceptation tacite de cette modification contractuelle, l'article 4 de la décision attaquée de l'Autorité de régulation des télécommunications a méconnu les dispositions de l'article L. 122-3 précité du Code de la consommation ». On peut noter que dans cette décision le Conseil d'Etat, tout en s'y référant, juge inopérant l'argument tiré de ce que le mécanisme adopté par l'ART favoriserait une concurrence plus ouverte entre opérateurs. En l'espèce, seules des dispositions fondées sur la concurrence pouvaient mettre une limite à l'application du droit de la consommation.

**486.** Cette décision du Conseil d'Etat vise une décision d'une autorité administrative indépendante. De plus, elle ne bénéficie pas aux usagers de services publics mais uniquement aux consommateurs de services téléphoniques qui ne constituent pas des services publics. Même si cette décision ne touche pas directement un service public administratif, elle touche une mesure de police d'une AAI. On ne peut exclure qu'une telle décision venant organiser cette fois-ci les relations entre un SPA et ses usagers soit un jour sanctionnée sur le fondement du Code de la consommation.

**487.** L'application du Code de la consommation à l'organisation du transport public confirme ce point de vue.

---

<sup>727</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, préc.

**b. L'application du Code de la consommation à l'organisation du transport public.**

**488.** Une décision du Conseil d'Etat en date du 6 juillet 2005<sup>728</sup> confirme la volonté de la juridiction administrative d'opposer le Code de la consommation à des mesures de police. En l'espèce, plusieurs sociétés de transports demandent l'annulation du refus opposé par le ministre de l'équipement et des transports d'abroger certaines dispositions d'un décret du 6 avril 1999. Celui-ci contient en annexe un contrat-type qui prévoit en son article 22 qu' « en cas de préjudice prouvé résultant d'un retard à la livraison du fait du transporteur, celui-ci est tenu de verser une indemnité qui ne peut excéder le prix du transport ». La saisine évoque notamment une contrariété de ces dispositions avec l'article L.132-1 du Code de la consommation prohibant les clauses abusives. Si les requêtes sont bien admises par la Haute juridiction, le recours est cependant rejeté car les dispositions contenues dans le contrat-type annexé au décret sont facultatives pour le Conseil d'Etat et ne s'appliquent que dans le cas où les parties n'ont pas prévu un système alternatif. Les clauses du contrat-type ne présentent donc pas en l'espèce un caractère abusif au sens des dispositions du Code de la consommation.

**489.** Le Conseil d'Etat oppose de nouveau une norme d'origine privée à une décision administrative de police qui vient organiser les services de transport public. La loi sur les transports intérieurs du 30 décembre 1982 prévoit que « le service public des transports comporte l'ensemble des missions qui incombent aux pouvoirs publics en vue d'organiser et de promouvoir le transport des personnes et des biens. ». Elle ne précise pas, cependant, que l'activité même de transport public, c'est-à-dire au sens de cette loi « tous les transports de personnes ou de marchandises, à l'exception des transports qu'organisent pour leur propre compte des personnes publiques ou privées » est, en elle-même, constitutive d'un service public. Le Code de la consommation est ici opposé à une mesure administrative de réglementation qui organise des relations purement privées. Encore une fois, ce n'est pas l'usager d'un service public qui bénéficie de la prise en compte de cette législation d'origine privée. En revanche, comme dans le cas précédent, le Code de la consommation trouve à s'appliquer à une mesure de police. Si cette mesure ne touche pas

---

<sup>728</sup> CE 6 juillet 2005, Sté Dodin, p.309, JCP 2005, IV, 3010

directement les usagers d'un service public administratif, il reste tout à fait possible qu'une norme de droit commun vienne sanctionner une mesure de police organisant les relations entre un service public administratif et ses usagers. Rien ne semble donc empêcher que des mesures de droit privé bénéficient à l'utilisateur du service public administratif.

**490.** L'application du Code des assurances par le Conseil d'Etat dans sa décision *Beule*<sup>729</sup> prolonge ce raisonnement.

**c. L'application du Code des assurances à un arrêté ministériel.**

**491.** Dans cette affaire, la juridiction judiciaire est saisie par les consorts Beule et l'Association pour l'essor de la transfusion sanguine en vue d'obtenir une indemnisation, suite à une contamination par le virus de l'hépatite C lors d'une transfusion sanguine<sup>730</sup>. Dans les deux cas, les établissements de transfusion ont appelé leurs assureurs en garantie mais ceux-ci, constatant que la réclamation avait été portée devant eux plus de cinq ans après la résiliation des contrats qui les liaient aux centres de transfusion sanguine ont opposé une clause appelée « clause de limitation de garantie subséquente » figurant dans ces contrats. Cette clause est identique à celle prévue par un arrêté du 27 juin 1980 qui impose aux centres la conclusion de contrats d'assurances couvrant à la fois les collaborateurs de ces centres, les donneurs et les receveurs. Un contrat-type est annexé à l'arrêté et prévoit dans son article 4 que l'assureur ne couvre que les dommages portés à la connaissance de l'assuré, c'est-à-dire le centre de transfusion, dans un délai de cinq ans après la résiliation ou l'expiration du contrat liant le centre et l'assureur. Les victimes et les centres de transfusion sanguine (association gérant un SPA) ont alors fait valoir devant le juge civil que ces dernières dispositions étaient illégales, ce qui entraînait la nullité des clauses litigieuses. Dans les deux cas, le juge civil sursoit à statuer et invite les parties à

---

<sup>729</sup> CE 29 décembre 2000, *Beule*, p.655, LPA 18 mai 2001, p.15 concl. S. Boissard ; DA mai 2000, p. 33 note Hardy ; D. 2001, p. 1265 note Y. Lambert-Faivre ; JCP 2001, p. 499, n°10486 note Bigot et Vincent

<sup>730</sup> Rappelons que la loi du 31 décembre 1991 portant création d'un « fond d'indemnisation des transfusés et hémophiles » limite strictement son champ d'action aux victimes du SIDA, et non de l'hépatite C comme c'est le cas en l'espèce.

saisir le juge administratif, seul compétent pour statuer sur la légalité d'un acte administratif réglementaire<sup>731</sup>.

**492.** Le Conseil d'Etat rappelle dans cette décision du 29 décembre 2000 « qu'aux termes de l'article 1131 du Code civil : "L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet" ; qu'aux termes de l'article L. 124-1 du Code des assurances : "Dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé". La Haute juridiction conclut que l'arrêté interministériel est illégal dans la mesure où il contient une annexe qui comporte une clause-type qui « aboutit à priver l'assuré du bénéfice de l'assurance en raison d'un fait qui ne lui est pas imputable ; qu'une telle clause conduit à créer un avantage illicite dépourvu de cause, et par conséquent contraire aux dispositions de l'article 1131 du Code civil, au profit du seul assureur, qui aurait perçu les primes sans contrepartie ».

**493.** En considérant que cette clause de limitation de garantie subséquente est illégale, le juge administratif aligne sa jurisprudence sur celle de la Cour de cassation qui considère à travers sept arrêts rendus le 19 décembre 1990<sup>732</sup> qu'en matière de responsabilité civile, la créance de la victime est constituée à la date de la réalisation du dommage et non à celle de la réclamation élevée par cette dernière. Cette lutte de la Haute juridiction judiciaire contre ce type de clause était pourtant limitée par l'origine réglementaire et non contractuelle de certaines clauses. La Cour de cassation, soumise au principe de séparation des autorités juridictionnelles, devait renvoyer l'appréciation de la légalité de ces clauses d'origine réglementaire à la juridiction administrative qui était alors libre d'appliquer sa propre jurisprudence en se référant à son propre bloc de légalité. Finalement, le Conseil d'Etat se réfère aux mêmes dispositions combinées du Code civil et du Code des assurances que la Cour de cassation pour prononcer l'illégalité de telles clauses.

**494.** C'est la première fois que le Conseil d'Etat vise expressément ces deux articles<sup>733</sup>. Si la décision de la juridiction administrative reprend largement celle de la juridiction

---

<sup>731</sup> TC 16 juin 1923, Septfonds, rec. p. 498

<sup>732</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 décembre 1990, Bull. civ. I, n°303 ; D. 1992, p. 13 chron. Y. Lambert-Faivre

<sup>733</sup> V. B. Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2003, spéc. pp. 226 à 238. L'auteur précise que si le Conseil d'Etat ne vise pas directement l'article 1131 du code civil, il en reprend pourtant largement l'esprit.

judiciaire, rien ne l'obligeait à le faire. La Haute juridiction administrative a donc décidé de se référer à deux textes d'origine privée, le Code civil et le Code des assurances, pour conclure à l'illégalité d'un acte administratif. On peut voir dans cette jurisprudence une simple volonté d'unifier les jurisprudences administrative et judiciaire sur la question de la durée de garantie des assurances de responsabilité<sup>734</sup>. Pourtant, cette décision intervient dans une période où le Conseil d'Etat marque une ouverture de plus en plus généreuse aux textes de droit privé. Il semble qu'en matière d'application du droit privé, la juridiction administrative se livre à une véritable théorie du bilan<sup>735</sup>, analysant les avantages et les inconvénients de l'application du droit privé<sup>736</sup>. En l'espèce, les désavantages ne sont que symboliques (il est toujours délicat pour la plus haute juridiction administrative de recourir à du droit privé) et rien ne vient porter atteinte au service public, à l'intérêt général ou à la puissance publique. Au contraire, ces références au droit privé ne présentent que des avantages. L'utilisation du droit privé permet ici d'avantager grandement le gestionnaire d'un service public administratif<sup>737</sup> dans la mesure où l'indemnisation ne sera pas à sa charge mais à celle de l'assureur. Paradoxalement, ce service public administratif se voit donc directement avantagé par l'annulation d'un acte administratif sur le fondement du droit privé. Les requérants contaminés par le virus de l'hépatite C et les usagers du service public administratif auraient de toute façon été indemnisés par les centres de transfusion si la légalité de la clause avait été confirmée par le Conseil d'Etat. Ce sont donc les centres de transfusion sanguine, c'est-à-dire des services publics administratifs, dans leurs relations purement privées avec des assureurs<sup>738</sup>, qui bénéficient de l'application d'une mesure de droit privé.

---

<sup>734</sup> La décision du Conseil d'Etat du 29 décembre 2000 jugeant illégal l'arrêté prévoyant la clause limitative de responsabilité pourra être reprise lors de tout litige concernant cet arrêté devant la juridiction judiciaire, v. Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 21 octobre 2004, bull. 2004 II, N° 465 p. 395

<sup>735</sup> CE Ass. 28 mai 1971, Ville nouvelle Est, rec. p. 409 concl. G. Braibant

<sup>736</sup> Dans le même sens, V. Agathe Van Lang, De l'usage du bilan dans l'après-jugement, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 1053

<sup>737</sup> Sur le caractère administratif du service public de distribution du sang, V. l'avis du Conseil d'Etat du 27 octobre 2000, rec. p. 469.

<sup>738</sup> Précisons que si le service public administratif de transfusion était géré par une personne publique, ses contrats d'assurance seraient alors des contrats administratifs : Cass 1<sup>ère</sup> Civ., Cne d'Argenton-sur-Creuse, DA mars 2007, jurispr n° 37, p. 19

**495.** Une norme d'origine privée vient encore une fois s'opposer à une mesure de police qui vient encadrer des comportements privés, en l'espèce les relations entre des centres de transfusion et leurs assureurs. Rien n'empêche qu'une mesure de police qui organise les relations entre un SPA et ses usagers bénéficie de l'application du droit privé. Les juridictions pourraient notamment mettre en place une théorie du bilan pour mesurer les avantages et les inconvénients d'une référence au droit privé dans ce type de contentieux<sup>739</sup>. Bien que mesurée, l'application du droit privé et notamment du droit de la consommation par le juge administratif dans les relations entre les services publics et les usagers est une réalité dont il convient d'apprécier les conséquences sur les usagers et sur l'ensemble des acteurs du droit administratif.

## **II- Une application efficace à organiser.**

**496.** L'application du droit privé par le juge administratif dans les contentieux opposant les usagers des services publics reste limitée à quelques références au droit de la consommation. Les conséquences de cette prise en compte n'en sont pas pour autant réduites. La doctrine s'est rapidement saisie de cette évolution afin d'en étudier les effets. La multiplication des thèses, colloques, articles et l'intérêt des manuels<sup>740</sup> démontrent toute l'importance qu'ont ces recours au droit de la consommation par le juge administratif. Afin de prolonger ces nombreuses études, il convient de constater que l'apport de nouveaux droits par le Code de la consommation est une réalité bénéfique pour les usagers (A) mais que le juge administratif doit maîtriser cette évolution afin de garantir sa propre pérennité et l'efficacité de l'action administrative (B).

---

<sup>739</sup> V. 881 et s.

<sup>740</sup> V. notamment les actes du colloque « Services publics, collectivités et Europe des consommateurs », DA octobre 1993 ; François Beroujon, l'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics, Thèse, Grenoble II, 2005 ; Jacques Amar, De l'utilisateur au consommateur de service public, Thèse, Presses universitaires d'Aix Marseille ; A. Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, p. 1015 ; S. Perdu, Le juge administratif et la protection des consommateurs, AJDA 2004, p. 481 ; S. Braconnier, Droits des services publics, Thémis droit public, 2003, pp. 52 et s. ; B. Seiller, Droit administratif ; T.2, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, pp. 324-325



**A. L'apport positif de droits nouveaux par le droit de la consommation.**

**497.** L'extension du bloc de légalité administrative a pour conséquences de faire évoluer la situation des usagers de services publics. L'exemple du droit de la consommation et de son application par le juge administratif nous montre que le droit privé peut améliorer cette situation. Le Code de la consommation n'est que peu repris par les juridictions administratives mais on peut considérer que l'ouverture à ce code n'en est encore qu'à ses prémices et ne reflète que le début d'une ouverture progressive à ce droit (1). Pour autant, on peut déjà conclure à ce stade de l'évolution, que l'application du droit de la consommation par le juge administratif entraîne une amélioration véritable de la situation de l'utilisateur de service public (2).

**1. Une ouverture progressive.**

**498.** Le développement du droit de la consommation au sein de la légalité administrative s'effectue progressivement. D'une part, comme nous l'avons déjà exposé<sup>741</sup>, le juge administratif n'a eu pour l'instant recours qu'à trois normes différentes issues du Code de la consommation. Il ne fait pourtant aucun doute qu'une ouverture plus générale n'est qu'une question de temps et que progressivement le Code de la consommation va devenir un outil de travail usuel pour le juge administratif. D'autre part, l'application du Code de la consommation ne semble bénéficier qu'à une catégorie encore trop limitée d'utilisateur.

**499.** Ainsi, seuls certains usagers de services publics industriels et commerciaux ou autres utilisateurs de services économiques sont concernés par les apports de ce code. Le juge administratif ne semble pas développer pour l'instant une version extensive du droit de la consommation comme il peut le faire pour le droit de la concurrence<sup>742</sup>. Les références au droit de la concurrence ne cessent de se multiplier au sein de la juridiction administrative à tel point que l'étude de ses diverses applications a donné lieu à un

---

<sup>741</sup> V. Supra, Section I, 440 et s.

<sup>742</sup> V. 349 et s.

ouvrage fourni intitulé *Droit public de la concurrence*<sup>743</sup>. Il serait impossible aujourd'hui de réaliser un ouvrage de cette ampleur au sujet du droit de la consommation tant les références du juge administratif à ce droit sont réduites. Les deux droits visent un même objectif, à savoir l'amélioration de la situation du consommateur. Le droit de la concurrence favorise une saine concurrence qui est sensée améliorer et diversifier l'offre faite à l'utilisateur d'un service. Le droit de la consommation agit plus directement en accordant des droits aux consommateurs et en imposant des obligations aux prestataires de services. L'association de ces deux droits doit aboutir à favoriser grandement la situation de l'utilisateur de ces services. Il paraît donc souhaitable, dans un souci de cohérence jurisprudentielle, que la juridiction administrative développe de façon relativement similaire ces deux droits qui visent un même objectif. Si le Conseil d'Etat a pour volonté d'améliorer la situation des usagers consommateurs de services à travers une application large du droit de la concurrence, pourquoi ne le ferait-il pas de la même manière en appliquant largement le droit de la consommation ? Nous avons déjà indiqué qu'il est possible d'imaginer que le droit de la consommation puisse bénéficier à des usagers de services publics administratifs si ces derniers dispensent un service de nature économique<sup>744</sup>. Le Conseil d'Etat pourrait appliquer la législation sur les clauses abusives dans un contentieux relatif à une clause d'un contrat administratif conclu entre une personne publique gérant un service public administratif et un usager. L'opposition d'une telle norme à une clause contenue dans un contrat administratif serait un signe fort de la haute juridiction administrative qui se contente pour l'instant de prendre en compte cette législation lors de contentieux concernant une clause réglementaire contenue dans un contrat de droit privé<sup>745</sup>.

**500.** Cette conception large du droit de la consommation par le Conseil d'Etat viendra probablement avec le temps. Il semble inévitable que la Haute juridiction administrative prolonge sa volonté d'amélioration du sort de l'utilisateur consommateur par une conception

---

<sup>743</sup> Sophie Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005

<sup>744</sup> V. 476 et s.

<sup>745</sup> V. CE Sect. 11 juillet 2001, *Société des Eaux du Nord*, p.348, AJDA 2001, p.893 note G.Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurisp. P. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages ; CAA de Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289 note Jacques Fialaire

étendue du domaine d'application du droit de la consommation. L'amélioration consécutive de la situation de l'utilisateur se produira lorsque, d'un part, le juge acceptera de multiplier les références au Code de la consommation et, d'autre part, lorsque les usagers de certains services public administratifs seront également protégés par ces dispositions. Il reste maintenant à déterminer si le recours au droit de la consommation traduit nécessairement une amélioration de la situation de l'utilisateur. L'analyse du droit positif semble démontrer que cette prise en compte constitue un vrai progrès.

## 2. Une amélioration avérée.

**501.** La reconnaissance de nouveaux droits pour un usager ne constitue pas forcément une amélioration de sa situation caractérisée par une progression de sa protection face aux services publics. En d'autres termes, il est légitime de se demander si la prise en compte du droit de la consommation par le juge administratif améliore forcément la situation de l'utilisateur du service public ?

**502.** Pour commencer, il convient de préciser que l'opposition du droit de la consommation à une décision administrative ne signifie pas obligatoirement qu'un usager de service public en bénéficie<sup>746</sup>. Ce droit peut parfaitement servir de fondement à l'annulation d'un acte administratif qui organise des relations entre personnes privées. Par exemple, l'annulation d'une décision d'un secrétaire d'Etat avalisant une décision de l'ART dans l'affaire *ADEIC*<sup>747</sup> va bénéficier à tous les usagers des télécommunications téléphonique sans que le service qui leur est rendu soit forcément un service public<sup>748</sup>. L'application du droit de la consommation par le juge de l'excès de pouvoir peut améliorer la situation d'utilisateurs de services économiques qui ne sont pas des services publics. On ne

---

<sup>746</sup> V. François Beroujon, L'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics, Thèse, Grenoble II, 2005, pp. 361 à 394

<sup>747</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, p.400, RFDA 2003, p. 1259, DA 2004 note M. Bazex et S. Blazy, N°18, p. 36, AJDA 2004, p. 666 note Laget-Annamayer

<sup>748</sup> V. 484 et s.

peut que se réjouir de cette situation mais nous avons convenu de nous intéresser, à ce stade de l'étude, à l'amélioration de la situation de l'utilisateur d'un service public.

**503.** Il arrive que l'utilisateur d'un service public soit concerné par la prise en compte par le juge administratif d'une règle issue du Code de la consommation. C'est cette situation qu'il convient d'apprécier. Les dispositions de ce code visent à protéger le consommateur face à la puissance d'un prestataire de service. Si l'on appréhende la relation unissant un service public à son utilisateur comme une relation de force, il ne fait aucun doute que ce dernier est en position défavorable par rapport à une administration toute puissante. La prise en compte du droit de la consommation peut servir à rééquilibrer cette relation au profit de l'utilisateur. La reconnaissance de nouveaux droits au bénéfice de l'utilisateur ne peut, dans ce cas, qu'améliorer sa situation en empêchant l'administration de se livrer à toute une série d'agissements. Pierre Delvolvé note que l'« on trouve suffisamment de protestations contre les insuffisances des services publics pour qu'on aille plus loin » que la protection offertes par le droit « classique » des services publics<sup>749</sup>. L'interdiction des clauses abusives, de la vente sans commande préalable ou de la vente liée obligent l'administration à revoir ses pratiques en prenant en compte la situation de l'utilisateur.

**504.** Cependant, cette capacité de protection que l'on reconnaît au droit de la consommation peut être remise en cause dans deux situations. Il convient dans un premier temps de s'interroger sur l'utilité de telles mesures. L'utilisateur ne bénéficie-t-il pas d'un arsenal juridique suffisant pour assurer sa protection face à l'administration ? En cas de réponse positive, la reconnaissance de nouveaux droits s'avérerait superfétatoire et donc inutile. Dans un second temps, il convient de s'interroger sur l'application que le juge administratif fait de ces nouvelles normes. Peut-on dire que ce dernier fait une application telle du droit de la consommation que l'utilisateur du service public en bénéficie largement ?

**505.** Si l'on s'arrête sur les trois normes issues du Code de la consommation et reprises par le juge administratif, il semble bien que ces dernières n'aient pas d'équivalent dans la législation originellement administrative. L'interdiction des clauses abusives permet à

---

<sup>749</sup> Pierre Delvolvé, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, DA octobre 1993, p. 3

l'utilisateur de demander la non application de certaines clauses du contrat qui entraîneraient un déséquilibre significatif au détriment du consommateur. Cette possibilité offerte à la partie « faible » au contrat semble être une réelle avancée pour l'utilisateur d'un service public. Le Conseil d'Etat a été amené à prononcer l'illégalité d'une clause réglementaire limitative de responsabilité contenue dans un contrat liant un usager à un service public industriel et commercial<sup>750</sup>. Il ne semble pas que cette clause aurait pu être considérée comme illégale si le juge n'avait pas pris en compte la législation sur les clauses abusives.

**506.** Dans le même sens, l'interdiction de la vente liée opposée à une décision du conseil d'administration de l'établissement public Syndicat des transports parisiens (STP) qui décide d'établir un titre de transport commun à la Société nationale des chemins de fer (SNCF) et à la régie autonome des transports parisiens (RATP) ne semble pas trouver d'équivalent dans les droits classiquement reconnus aux usagers par le juge administratif<sup>751</sup>. Encore une fois, on ne voit pas quel droit contenu dans le bloc de légalité administrative aurait conduit à l'annulation de cette décision. Les conclusions du commissaire du gouvernement Schwartz sur cette affaire le démontrent bien. Ce dernier est classiquement revenu sur l'ensemble des moyens soulevés par les requérants et aucun d'entre eux ne permettait, selon le commissaire, de faire droit à la requête<sup>752</sup>.

**507.** Enfin, l'application de l'interdiction d'une vente sans commande préalable<sup>753</sup> vient s'ajouter à ces nouveaux droits reconnus aux usagers du service public. Il est vrai que dans l'unique affaire où le Conseil d'Etat fait référence à ce texte, ce ne sont pas des usagers de service public qui en bénéficient. Il ne fait pourtant aucun doute que dorénavant ce droit, en faisant son entrée dans le bloc de légalité administrative, peut bénéficier à l'utilisateur du service public. Là encore, on ne voit pas quel droit équivalent la partie exorbitante du droit administratif pourrait offrir.

---

<sup>750</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, préc.

<sup>751</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G.Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier

<sup>752</sup> V. Conclusions Rémy Schwartz sur CE, 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, préc.

<sup>753</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, préc.

**508.** Ces trois exemples jurisprudentiels démontrent clairement que le droit de la consommation est, sans contestation possible, une source d'amélioration de la situation de l'utilisateur du service public. Le Code de la consommation vient en effet compléter utilement les droits déjà reconnus aux usagers des services publics<sup>754</sup>.

**509.** Certains auteurs considèrent pourtant que la juridiction administrative effectue une application atténuée de ces nouveaux droits qui ne conduit pas à protéger plus efficacement l'utilisateur du service public. Le professeur Jacques Fialaire<sup>755</sup> estime ainsi que dans sa décision du 29 décembre 2005, la Cour administrative d'appel de Nantes fait une application peu convaincante de la législation sur les clauses abusives. Il est intéressant de revenir sur ces considérations qui représentent une bonne illustration des critiques que l'on peut faire de l'application du droit de la consommation par le juge administratif. Dans cette affaire, l'utilisateur d'un service public municipal de distribution d'eau effectue un recours pour excès de pouvoir devant le Tribunal administratif d'Orléans contre une série de dispositions d'un règlement de ce service. Après avoir obtenu l'annulation d'une partie de ce règlement, le requérant interjette appel afin de voir aboutir l'ensemble de ses prétentions. La Cour d'appel rejette sa requête aux motifs que les clauses évoquées ne constituent pas des clauses abusives au sens du Code de la consommation.

**510.** Dans un premier temps, M. Fialaire estime que l'arrêt de la Cour administrative d'appel traduit une certaine faiblesse du contrôle. Il considère que l'article 17, alinéa 3 du règlement maintenant le paiement de la redevance d'abonnement alors que la fourniture de l'eau a été interrompue aurait pu être tout simplement annulé sur le fondement d'une jurisprudence classique du droit administratif alors qu'il ne l'a pas été sur la base de la législation prohibant les clauses abusives. Or M. Fialaire rappelle que le juge administratif considère depuis longtemps que le versement financier demandé à un usager d'un service public trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par ce service<sup>756</sup>. Il semble que l'article évoqué du règlement soit bien contraire à ce principe. Peut-on dire pour autant que la législation sur les clauses abusives ne protège pas efficacement l'utilisateur

---

<sup>754</sup> Dans le même sens, Pierre Delvolvé, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, préc.

<sup>755</sup> Jacques Fialaire note sous CAA de Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289

<sup>756</sup> CE Ass. 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, p.578, D. 1959, p. 475

du service public ? Nous pensons, au contraire, que cet exemple est tout simplement l'illustration du fait que le Code de la consommation est une source de droit comme les autres et qu'elle doit être utilisée à bon escient par les requérants qui doivent choisir la meilleure argumentation juridique possible par rapport au but recherché. Dans cette affaire, le choix du Code de la consommation paraît moins pertinent que ce principe développé en 1958 par l'assemblée du contentieux. Ce n'est pas parce que le choix n'était pas le meilleur en l'espèce que l'on peut en tirer des conclusions d'ordre général sur l'efficacité du droit de la consommation.

**511.** Dans un second temps, le professeur Fialaire revient sur le refus de la Cour administrative d'appel de Nantes de considérer comme abusives une série de clauses du règlement qui prévoyaient que « l'abonné doit prendre, à ses risques et périls, toutes les précautions utiles pour garantir son compteur contre le gel » et que « l'abonné n'est jamais fondé à solliciter une réduction de consommation en raison de fuites dans ses installations ». Or l'auteur précise que le TGI de Paris a réputé abusive une clause contenue dans un contrat de distribution d'eau prévoyant que l'abonné est seul responsable des dommages pouvant résulter du fonctionnement de la partie du branchement située en dehors des limites de la voie publique. Il existe objectivement une contrariété de point de vue entre les deux ordres juridictionnels. Cependant, doit-on pour autant conclure comme M. Fialaire à une certaine faiblesse du contrôle opéré par le juge administratif ? Nous ne le pensons pas. On peut en effet objecter que le Conseil d'Etat a déjà annulé les dispositions d'un acte administratif sur la fondement du Code de la consommation<sup>757</sup>. De plus, rappelons que dans l'affaire *Société des eaux du Nord*<sup>758</sup>, les juges du Palais royal ont considéré, à la différence de la juridiction judiciaire<sup>759</sup>, qu'une personne morale pouvait jouir de la protection offerte par la législation sur la prohibition des clauses abusives. Il est donc possible d'estimer que la juridiction administrative contribue à assurer une protection

---

<sup>757</sup> V. CE Sect. 11 juillet 2001, *Société des Eaux du Nord*, préc. ; CE, 13 mars 2002, *Union fédérale des consommateurs*, préc.

<sup>758</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, *Société des Eaux du Nord*, préc.

<sup>759</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1996, D. 1996, p. 228 note G. Paisant. Seuls certains types de personnes morales ont été qualifiées de consommateur au sens de la législation sur les clauses abusives. Il s'agit d'associations à but non lucratif ou de syndicat de copropriétaires. V. CA Paris, 13 novembre 1997, D. 1998, IR. p. 11. V. Jacques Amar, Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?, CCC 2003, chron. 5

efficace des usagers des services publics car elle a élargi la protection traditionnellement offerte par la Cour de cassation.

**512.** D'un point de vue plus pratique, François Beroujon fait valoir que le couple « droit de la consommation-juge de l'excès de pouvoir » présente certains avantages non négligeables témoignant d'une efficacité pour l'utilisateur. Il note que les frais d'avocats représentent la dépense qui alourdit le plus le coût d'une procédure pour les consommateurs. Or « le contentieux de l'annulation permet aux usagers-consommateurs de demander l'annulation d'un acte administratif leur faisant grief en étant dispensés de l'obligation d'être représentés par un avocat<sup>760</sup>. »<sup>761</sup>. Cette conception doit être nuancée du fait qu'en réalité, les subtilités du recours pour excès de pouvoir permettent rarement de se passer du concours d'un avocat.

**513.** Finalement, on peut conclure que le droit de la consommation fournit davantage de protection à l'utilisateur du service public. Il est évident que selon le contentieux, il peut être plus ou moins pertinent d'évoquer le Code de la consommation dans sa saisine. Il sera parfois préférable, comme l'ont démontré MM. Delvolvé<sup>762</sup> ou Fialaire<sup>763</sup>, de se baser sur des principes traditionnels du droit administratif. Il est également certain qu'il existera des divergences d'interprétation entre les deux ordres juridictionnels. Pour autant, nous avons constaté que ces remarques n'illustrent ni une inutilité ni une inefficacité du droit de la consommation. Au-delà de la protection offerte par ce droit aux usagers des services publics, il convient de s'arrêter sur la portée de cette ouverture sur la juridiction administrative et sur l'action des pouvoirs publics.

---

<sup>760</sup> Articles R. 431-2 et suivant du Code de justice administrative

<sup>761</sup> François Beroujon, L'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics, Thèse, Grenoble II, 2005, p. 368

<sup>762</sup> Pierre Delvolvé, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, DA octobre 1993, p. 3

<sup>763</sup> Jacques Fialaire note sous CAA de Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, préc.



## **B. Une application à maîtriser.**

**514.** Le juge administratif a décidé de recourir à différents textes issus du Code de la consommation pour améliorer la situation de l'utilisateur du service public industriel et commercial. Cette ouverture au droit privé n'est pas sans causer différents problèmes juridiques. En effet, le droit public s'est historiquement construit par opposition au droit privé. Pourtant, bien que souvent qualifié de droit « exorbitant du droit commun », le droit public a souvent incorporé différents textes de droit privé dans son bloc de légalité. En se référant au droit de la consommation, la juridiction administrative doit démontrer qu'elle peut s'approprier ce droit afin de l'adapter aux exigences propres à l'action administrative (1). Il n'en reste pas moins que cette application du droit privé demeure risquée et dangereuse pour l'avenir du droit administratif (2).

### **1. Une application à adapter.**

**515.** François Beroujon précise dans sa thèse de Doctorat consacrée au service public et au droit de la consommation que plusieurs normes issues du Code de la consommation peuvent s'avérer contradictoires avec certains principes traditionnels du droit des services publics<sup>764</sup>. Ce constat démontre que le juge administratif doit adapter, quand cela est nécessaire, le droit de la consommation afin d'assurer une bonne exécution du service public.

**516.** André Hauriou estimait que l'incorporation d'une règle de droit privé dans le bloc de légalité administrative suivait trois mouvements : le transfert de la norme, un mouvement de réaction critique à l'incorporation de la norme et enfin une adaptation de la norme<sup>765</sup>. Puisque le transfert de certaines normes issues du droit de la consommation est intervenu, une réaction doit avoir lieu pour susciter une adaptation de ces nouvelles règles.

---

<sup>764</sup> François Beroujon, *L'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics*, Op. Cit, pp. 377 et s.

<sup>765</sup> Pour plus de développements, V. 270 et s.

En effet, après avoir transféré ces normes, la juridiction administrative doit maintenant se les approprier afin de les adapter à l'action administrative. Même dans le cadre d'une activité industrielle et commerciale, l'administration agit dans un but de service public destiné à satisfaire l'intérêt général. Le droit privé, et donc le droit de la consommation, ont un objectif en apparence contraire à celui du droit public: la défense des intérêts particuliers. La juridiction administrative doit adapter ces normes aux contraintes de l'intérêt général. Il est vrai que l'intérêt général n'est pas une valeur statique et qu'il se transforme au fil du temps pour prendre en compte les évolutions de la société. Il n'est pas exclu que les objectifs défendus par le droit de la consommation puissent avoir une nature mixte visant à satisfaire des exigences d'intérêt privé et d'intérêt général. La liberté du commerce et de l'industrie est régulièrement prise en référence par les juridictions judiciaires afin d'assurer la liberté d'entreprendre et donc de ménager aux mieux les intérêts privés. Néanmoins, elle est également intégrée au bloc de légalité administrative afin de limiter l'action des autorités publiques au niveau économique pour favoriser les initiatives privées. Assurer la liberté de l'initiative économique privée est également un objectif d'intérêt général. Pourtant, si ce principe de liberté du commerce et de l'industrie a fait évoluer l'intérêt général, il reste que, dans certains cas, notamment en cas de circonstances exceptionnelles<sup>766</sup>, l'intérêt général peut s'émanciper de cette liberté afin d'assurer des valeurs supérieures.

**517.** Le cas du droit de la consommation, "jeune" source de légalité administrative, peut être rapproché de cet exemple. On peut affirmer que le droit de la consommation fait évoluer l'intérêt général, mais on ne doit pas exclure que, dans certaines circonstances, il puisse être écarté afin de faire prévaloir un intérêt général supérieur. Ainsi, certains auteurs<sup>767</sup> voient dans l'application de la jurisprudence *Union Fédérale des*

---

<sup>766</sup> V. CE Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, p. 583, S. 1931.3, p. 73 concl. Josse, note Alibert, où le Conseil d'Etat permet la création de services publics dans un domaine concurrentiel lorsqu'un intérêt public le justifie. V. également CE Sect. 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, p.563, AJDA 1964, Chr. Puybasset et Puissochet, pour la création d'un cabinet dentaire municipale ; CE 29/04/70, Sté. Unipain, RDP 1970, p. 423 note Waline ; AJDA 1970, p. 430 concl. G. Braibant, pour la création d'une boulangerie militaire ; CE Sect. 10 février 1988, Mézy, p.53, D. 1988, S.C ; p. 263 obs. Llorens, pour la création d'un service de thanatopraxie. V également, Joël Carbajo, Les activités accessoires au service public, in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 236

<sup>767</sup> V. S. Braconnier, Droits des services publics, Thémis droit public, 2003 p. 52-53 ; A. Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, p. 1015, spéc. p. 1018

*Consommateurs*<sup>768</sup> une application différenciée du droit de la consommation par le juge administratif qui prendrait en compte des exigences de service public. Rappelons que, dans cette affaire, le juge administratif acceptait d'examiner un moyen fondé sur l'interdiction de la vente liée au sujet d'un billet commun Paris-banlieue tout en rejetant ce moyen sur le fond. La Haute juridiction conclut, en effet, que si la décision attaquée a pour effet d'imposer à certains passagers d'acquiescer un billet commun Paris-banlieue, « ces dispositions qui ont pour objet de mettre un terme aux disparités de tarifs constatées pour les trajets équivalents, voire identiques et résultant des modalités distinctes de tarification appliquées par la RATP et la SNCF, ne sauraient être regardées, compte tenu de la nature semblable et des liens existant entre les services auxquels donne droit le titre de transport susmentionné comme tombant sous le coup de l'article L. 122-1 du Code de la consommation prohibant la vente liée ». En d'autres termes, quand bien même cette décision aurait été considérée comme une vente liée au sens du Code de la consommation, elle aurait été justifiée par les contraintes du service public.

**518.** Les professeurs Braconnier et Van Lang<sup>769</sup> voient dans ce considérant une illustration manifeste du souhait du juge administratif de concilier les objectifs du droit de la consommation et de l'intérêt général<sup>770</sup>. La décision *UFC* consacrerait ainsi la préconisation de la décision *Société des eaux du Nord*<sup>771</sup> visant à appliquer le droit de la consommation tout en prenant en compte « les caractéristiques particulières de ce service ». Au contraire, Mme Sylvande Perdu estime que la décision *UFC*, pas plus que celle de la *Société des eaux du Nord*, n'appliquent cette réserve d'intérêt général et qu'« aucun de ces deux arrêts ne permet donc de mesurer l'étendue des spécificités qui pourront grever le droit commun de la consommation et former un droit administratif de la consommation »<sup>772</sup>. Mme Geneviève Koubi et M. Gilles J. Guglielmi considèrent pour leur part, dans une chronique consacrée à l'arrêt *UFC*<sup>773</sup>, que l'application de la vente liée faite

---

<sup>768</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G. Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier. Pour une étude exhaustive des faits et de la procédure, v. supra.

<sup>769</sup> Préc.

<sup>770</sup> Dans le même sens, V. C. Deffigier, note préc. sous UFC.

<sup>771</sup> Préc.

<sup>772</sup> V. S. Perdu, Le juge administratif et la protection des consommateurs, AJDA 2004, p. 481 et spéc. p. 485

<sup>773</sup> Préc.

par le juge administratif a pour fondement, d'une part l'intérêt du service (mettre un terme à des disparités de tarifs) et d'autre part, « la nature semblable existant entre [les deux prestations associées par le contrat] », les deux prestations étant des prestations de transports qui se complètent, l'une prolongeant l'autre. Pour ces auteurs, « le Conseil d'Etat marque clairement sa volonté de ne pas s'écarter des principes généraux posés en la matière par le juge pénal, qui ne reconnaît pas la vente liée quand les produits ou les prestations vendus sont de même nature »<sup>774</sup>. Le Conseil d'Etat serait alors influencé par la jurisprudence judiciaire plutôt que par une volonté d'imposer un droit administratif de la consommation préoccupé de service public et d'intérêt général. C'est également ce qu'affirme François Beroujon dans sa thèse<sup>775</sup> avant de préciser un peu plus loin que le juge a considéré que le principe d'égalité a justifié la modification tarifaire<sup>776</sup>.

**519.** La doctrine n'est pas unanime sur la portée à donner à la solution Union fédérale des consommateurs. La lecture des conclusions du commissaire du gouvernement Schwartz sous cette affaire démontre pourtant clairement que cette décision ne marque pas la naissance d'un droit public de la consommation. Le commissaire note, en effet, que le juge administratif est susceptible « d'avoir de la notion de clause abusive [et donc du droit de la consommation]<sup>777</sup> une interprétation différente de celle du juge judiciaire, parce qu'il faudra concilier et combiner les exigences du Code de la consommation avec celles du service public, qui peuvent exiger pour les usagers certaines contraintes ». Il précise pourtant qu'en l'espèce, « nous ne voyons pas de justification liée au service public qui devrait conduire le Conseil d'Etat à donner une qualification différente de la notion de vente liée, alors que le juge pénal est le juge de droit commun assurant le respect de ces dispositions »<sup>778</sup>.

**520.** Il faut attendre une décision de la Cour administrative d'appel de Nantes<sup>779</sup> pour voir consacrée une limite d'intérêt général lors d'une application du droit de la consommation par le juge administratif. Dans cette décision, une clause réglementaire

---

<sup>774</sup> Cass. Crim. 29 octobre 1984, Aumonier, Gaz. Pal. 19 mars 1985, p. 202

<sup>775</sup> V. François Beroujon, Thèse, Op. Cit., pp. 290-291

<sup>776</sup> Ibid., p. 380

<sup>777</sup> Nous soulignons.

<sup>778</sup> Concl. Préc.

<sup>779</sup> CAA Nantes, 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289

contenue dans un contrat d'abonnement à un service d'eau prévoyait que ce service est en droit de refuser l'ouverture d'un branchement si les installations intérieures sont susceptibles de nuire au fonctionnement normal de la distribution publique. M. Vitteau a saisi le Tribunal administratif d'Orléans puis la Cour administrative d'appel de Nantes afin de voir cette clause déclarée illégale sur le fondement de la législation prohibant les clauses abusives. Pour la Cour d'appel, ces dispositions « qui ont pour objet de garantir la qualité et la continuité du service ne présentent pas un caractère abusif ». Cette décision est aujourd'hui le seul exemple où le juge administratif oppose réellement une limite fondée sur l'intérêt général à une disposition du Code de la consommation. Il ressort ici objectivement que « la qualité et la continuité » d'un service public peut justifier la non application d'une norme issue du Code de la consommation. Cette décision illustre les préoccupations qu'ont les juridictions administratives de protéger la bonne exécution du service public et donc de l'intérêt général. Cet arrêt de la Cour d'appel marque, nous l'espérons, la naissance d'un droit « public » de la consommation qui devrait se concrétiser par des décisions solennelles du Conseil d'Etat.

**521.** La concrétisation d'un droit public de la consommation ou de la concurrence reste donc à venir. Nous verrons par la suite à quel point cette position différenciée est nécessaire et vitale pour l'avenir de la juridiction administrative et nous étudierons les raisons qui poussent le Conseil d'Etat à s'aligner sur la jurisprudence judiciaire<sup>780</sup>. L'absence constatée de position propre à la juridiction administrative dans l'application du droit de la consommation conduit déjà certains auteurs à remettre en cause la compétence administrative en matière de contentieux des services publics industriels et commerciaux.

## **2. Une application conduisant à une opposition juridictionnelle.**

**522.** L'application du droit de la consommation par le juge administratif visant à améliorer la situation de l'utilisateur du service public industriel et commercial (SPIC) peut conduire à une solution contraire à celle recherchée. On peut saluer l'initiative du Conseil

---

<sup>780</sup> V. 726 et s.

d'Etat ambitionnant de participer, au même titre que la juridiction judiciaire, à la modernisation juridique de la situation de l'usager. Mais on peut également retourner l'argument et critiquer le recours aux deux ordres de juridictions pour effectuer un travail similaire.

**523.** Certains auteurs proposent de transférer une autre partie du contentieux des SPIC au juge judiciaire. Ainsi, M. Jérôme Huet, avant même la jurisprudence *Société des eaux du Nord* marquant l'entrée de la réglementation sur les clauses abusives dans le bloc de légalité administrative, faisait part de sa volonté de voir renforcées les compétences de la juridiction judiciaire dans le cadre du contentieux des services publics industriels et commerciaux<sup>781</sup>. L'auteur considère que les clauses réglementaires ne devraient être constituées que de règles générales fixant les grandes lignes du fonctionnement du service public et non « toute une série de choses qui concernent les rapports avec les usagers ». M. Joël Sylvestre<sup>782</sup> considère pour sa part que la juridiction judiciaire aurait dû, dans cette affaire, retenir sa compétence pour apprécier la légalité de la clause réglementaire car « le principe de plénitude de juridiction qu'exprime l'adage : "le juge de l'action est le juge de l'exception", aurait dû, en principe, s'imposer au juge civil, d'autant plus que les clauses abusives concernent des rapports de droit privé ». Ce mécanisme aurait pour finalité de transférer une autre partie du contentieux des SPIC au juge judiciaire. Ce transfert, séduisant à première vue, aurait pour mérite de clarifier les compétences en matière de droit applicable. Pourtant, on voit mal pourquoi, et comment, on pourrait exclure de la qualification de clause réglementaire toutes les dispositions qui concernent l'usager. En outre, il est compliqué et injustifié juridiquement de considérer qu'une clause est réglementaire parce qu'elle elle touche uniquement à l'organisation du service alors qu'une autre ne l'est pas car, parce qu'elle concerne l'organisation du service et qu'elle a un impact sur les usagers. Cette proposition aboutirait à créer un mouvement contraire à celui envisagé. En effet, le but recherché est un renforcement des compétences du juge administratif par le biais d'une clarification du droit applicable : le juge judiciaire appliquerait du droit privé et le juge administratif du droit public. Loin d'être renforcé par cette évolution, le juge administratif en sortirait amoindri. L'ordre administratif se verrait

---

<sup>781</sup> V. J. Huet, La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur élimination : Quel droit? Quels juges ?, LPA 6 février 1998, n°16 p.7

<sup>782</sup> V. J. Sylvestre sur CE Sect. 11 juillet 2001, Sté des eaux du Nord, Gaz pal. 2002, jurisp. p.99

dénier sa légitimité à adapter l'action administrative et les services publics aux valeurs juridiques actuelles. Le droit de la consommation, tout comme le droit de la concurrence, sont, sans aucun doute, les législations qui illustrent le mieux l'évolution du droit administratif vers les valeurs économiques et sociétales contemporaines. Peut-on vraiment penser que l'ordre judiciaire doit seul être en charge de défendre ces valeurs ? L'effet serait désastreux pour l'ordre administratif car celui-ci ne serait plus considéré comme un acteur favorisant le progrès de l'action administrative. Le juge administratif doit démontrer que sa jurisprudence tend à ce que le professeur Caillosse qualifie de « performance publique »<sup>783</sup>, en intégrant au besoin des notions étrangères au droit administratif.

**524.** L'attitude adoptée par les professeurs Mestre et Fages dans leurs observations sur la décision *Sté des eaux du Nord*<sup>784</sup> nous paraît bien plus constructive. Ces auteurs ne critiquent aucunement la répartition de compétences entre les deux ordres juridictionnels et ne préconisent pas un rapatriement du contentieux des clauses abusives au juge judiciaire. Ils se félicitent au contraire de cette application du Code de la consommation par le juge administratif, qu'ils qualifient de « solution des plus remarquables qui est sans conteste un hymne à la force de conviction de notre droit civil des contrats ». Cette remarque a pour avantage d'insister sur les relations positives que peuvent entretenir les normes de droit privé et de droit public sans les opposer. Il paraît logique que la position du Conseil d'Etat, visant à intégrer dans son bloc de légalité des normes de droit privé, implique une réaction hostile d'une partie de la doctrine.

**525.** Il est intéressant de noter que l'article du Professeur Huet a été publié en 1998<sup>785</sup>, date à laquelle la juridiction administrative refusait de prendre en compte la réglementation sur les clauses abusives. Face au refus du Conseil d'Etat d'appliquer cette législation, la doctrine envisageait de transférer une partie du contentieux à la juridiction judiciaire. Le Conseil d'Etat a réagi, dans sa décision du 11 juillet 2001<sup>786</sup>, mais les critiques ne vont pas se tarir pour autant<sup>787</sup>. Nous verrons par la suite que si la doctrine ne peut plus reprocher au Conseil d'Etat d'être immobiliste en matière de prise en compte du droit de la

---

<sup>783</sup> Sur ce sujet, V. J. Caillosse, *Le droit administratif contre la performance publique ?*, AJDA 1999, p. 195

<sup>784</sup> V. RTD Civ. 2001, p. 880 obs. J. Mestre et B. Fages sous CE Sect. 11 juillet 2001, *Sté des Eaux du Nord*

<sup>785</sup> Préc.

<sup>786</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, *Société des Eaux du Nord*, préc.

<sup>787</sup> V. J. Sylvestre, note préc. sous *Société des Eaux du Nord*,

consommation et du droit privé, elle peut en revanche retourner la critique en estimant que les deux ordres juridictionnels appliquent en partie les mêmes droits alors qu'un seul ordre pourrait le faire. Le fait que le Conseil d'Etat tarde à se différencier de la juridiction judiciaire dans son application du droit de la consommation et plus généralement du droit privé vise à accentuer ce type de remontrances.

**526.** Le Conseil d'Etat, en ouvrant sa légalité au droit de la consommation, s'est aventuré dans une expérience risquée qu'il doit être attentif à maîtriser en équilibrant les droits des usagers avec les obligations dues à l'accomplissement de l'intérêt général. Au-delà des usagers, les agents des services publics peuvent également voir leur situation améliorée par la prise en compte du droit du travail. Cette prise en compte démontre que l'activité administrative peut bénéficier d'une application maîtrisée du droit privé.



**Section II : L'amélioration nuancée de la situation des agents.**

**527.** La juridiction administrative a pour compétence de statuer sur les mesures administratives opposables aux agents publics et privés des services publics. A travers ce contentieux de légalité, les juges déterminent le droit applicable au personnel de ces services. Si les juges appliquent volontiers en la matière les règles traditionnelles opposables aux actes administratifs comme le Code de la fonction publique ou les règles applicables aux non titulaires de l'administration, ils n'en recourent pas moins fréquemment au Code du travail. Il n'est pas rare de voir un acte administratif annulé pour une contrariété avec ce code ou avec un principe général du droit inspiré par ledit code. La reprise du droit du travail est donc une nouvelle illustration de la prise en compte de normes d'inspiration privée par les juridictions administratives. Il est intéressant de constater que, lors de l'application du droit social, l'ordre administratif n'hésite pas à opposer des principes traditionnels du droit administratif comme l'intérêt général ou les obligations de services public. Ces considérations font de l'application du droit social un cas exemplaire de la reprise du droit privé par le juge administratif. Il convient de revenir sur la prise en compte différenciée du droit du travail par les juridictions administratives (I) pour enfin présenter l'application vertueuse de ce code par ces juridictions (II).

**I- Une application différenciée du droit du travail.**

**528.** Le juge administratif n'hésite pas à recourir fréquemment au droit social pour améliorer la situation des agents des services publics. Le recours au droit du travail ne se limite pas à la reprise concrète des articles du code. Une étude de la jurisprudence permet de constater que les juges administratifs reprennent régulièrement des dispositions du Code du travail par le biais de principes généraux du droit. On peut alors parler de réception indirecte du code par l'ordre administratif. L'ensemble de ces références explicites ou implicites fait de ce code un instrument de travail important pour les juridictions administratives. L'opposition directe de code reste limitée à des cas d'application restreints (A) ; la reprise indirecte des articles du code semble pour sa part toucher un nombre beaucoup plus important d'agents (B).

### **A. Une application directe limitée.**

**529.** Le domaine d'application du Code du travail ne se limite pas aux activités strictement privées. Il arrive en effet que ce code s'applique à certaines activités administratives. La réception directe du Code du travail par la juridiction administrative n'en reste pas moins limitée à certaines catégories d'établissements. Le droit social peut ainsi être opposé aux activités des établissements industriels et commerciaux quand le code le prévoit expressément (1). La jurisprudence a également précisé que l'intégralité de ce code devait s'appliquer au personnel de la Banque de France (2).

#### **1. L'application lorsque le Code le prévoit.**

**530.** Le juge administratif se réfère régulièrement au Code du travail lors du contrôle de légalité des actes administratifs. La lecture de ce code indique que plusieurs dispositions, voire des parties entières, s'appliquent à certaines catégories de personnes publiques. L'article L.200-1 dispose que l'ensemble du livre deuxième du code relatif à la réglementation du travail s'applique « aux établissements industriels et commerciaux et leurs dépendances, de quelque nature qu'ils soient, publics ou privés ». Les dispositions contenues dans ce livre deuxième du code, relatives entre autres à la durée du travail, à l'hygiène ou aux repos et congés, trouveront donc à s'appliquer aux établissements publics industriels et commerciaux (EPIC)<sup>788</sup>. La nature des salariés travaillant pour un établissement public industriel et commercial est variable. Si la majorité des agents des EPIC sont des agents de droit privé, il peut arriver que d'autres soient des agents de droit public. En effet, les EPIC gèrent la plupart du temps des services publics industriels et commerciaux ; tous les agents sont alors de droit privé, à l'exception de l'agent comptable et du directeur du service public<sup>789</sup> et bien sûr des fonctionnaires. Mais il peut arriver que

---

<sup>788</sup> S'appliquent également aux établissements industriels et commerciaux les dispositions du livre premier relatives aux négociations collectives (titre II) au règlement intérieur (L.12223 à L.122-39), les dispositions sur la représentation du personnel (livre IV), les dispositions du livre V (conflits du travail), du livre VI (contrôle de l'application de la législation et de la réglementation du travail) et du livre IX (formation professionnelle).

<sup>789</sup> CE Sect. 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, rec. p. 158

l'établissement soit à double visage<sup>790</sup> ou à visage inversé<sup>791</sup> et qu'il gère des services dont le caractère est différent de celui de l'établissement. Un EPIC peut ainsi gérer un service public administratif. Le livre deuxième du Code du travail prévoit de s'étendre aux établissements industriels et commerciaux ; par conséquent, il peut arriver que le Code du travail soit opposé à des agents de SPA et donc à des agents de droit public. L'article L.131-2 du code précise que l'intégralité du Titre III du Code du travail s'applique « aux établissements publics à caractère industriel et commercial et aux établissements publics qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial ».

**531.** Le Code du travail est donc pris en compte dans les contentieux concernant, non seulement les agents de droit privé, mais également les agents de droit public. Le juge administratif peut faire bénéficier ces agents des dispositions du Code du travail en étoffant son bloc de légalité administrative.

**532.** On peut s'interroger sur la nature publique ou privée de ces dispositions. Nous avons vu, dans la première partie, que le droit public encadre des activités publiques alors que le droit privé encadre les activités privées<sup>792</sup>, sachant que certaines normes sont mixtes lorsqu'elles tendent à être opposées aux deux groupes. La nature du Code du travail doit être précisée selon ces parties. Si certaines ne s'appliquent qu'aux contrats de droit privé (l'article L.121-1 dispose ainsi que le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun) ; d'autres, comme le livre deuxième, tendent à encadrer une partie des activités de l'administration à travers les établissements publics industriels et commerciaux. Dans certains cas, seule une petite partie de l'activité de l'administration est encadrée par le Code du travail. On peut donc dire qu'une fraction limitée du Code du travail s'applique à une partie réduite de l'activité administrative. Force est de constater que le Code du travail est essentiellement d'origine privée, à l'exception de certaines parties qui concernent les fractions les plus « privées » de l'activité administrative, celles des établissements publics industriels et commerciaux.

---

<sup>790</sup> TC 10 février 1949, Guis, rec. p. 590

<sup>791</sup> TC 24 juin 1968, Sté Distilleries Bretonnes, rec. p. 801

<sup>792</sup> V. Supra, Introduction

**533.** Les différentes décisions administratives des EPIC<sup>793</sup> doivent respecter les dispositions du Code du travail lorsque celui-ci le prévoit. Mais de nombreuses applications du Code du travail par la juridiction administrative concernent les entreprises à statut. Nous verrons par la suite<sup>794</sup> que l'affirmation visant à préciser que le Code du travail ne s'applique aux activités administratives que lorsque le Code le prévoit, a posé un certain nombre de difficultés lorsque des agents de droit privé sont encadrés par un statut de droit public<sup>795</sup>. Le Code du travail trouve également à s'opposer directement et largement au cas particulier de la Banque de France.

## **2. Une application prétorienne : le cas particulier de la Banque de France.**

**534.** La Banque de France est une institution dont la situation juridique a beaucoup évolué, à tel point que s'est posée la question de l'applicabilité du Code du travail à son personnel. Afin de répondre à cette interrogation, il convient de revenir sur le statut de cet établissement. La Banque de France a été créée sous la forme d'un établissement privé en 1800 puis a été nationalisée en 1945, sans pour autant remettre en cause sa qualité de société de droit privé. Depuis 1973, elle revêt la forme d'une « institution »<sup>796</sup> dont le capital est entièrement public. L'utilisation de ce terme marque un certain flou sur sa nature juridique réelle. Que doit-on comprendre par ce terme d'« institution » ? Le régime juridique du personnel et la nature du droit qui lui est applicable dépendront de la nature juridique de la Banque.

**535.** L'article L. 142-1 du Code monétaire et financier dispose que « la Banque de France est une institution dont le capital appartient à l'Etat ». Aucune indication ne

---

<sup>793</sup> Au nombre desquelles figurent les décisions relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public, qu'il soit industriel et commercial ou administratif. V. CE 10 novembre 1961, *Missa et Association les résistants de la radiodiffusion française*, rec. p. 636

<sup>794</sup> V. 571 et s.

<sup>795</sup> Certaines entreprises publiques bénéficient d'un statut légal et réglementaire qui peut déroger au droit commun du travail en vue de satisfaire aux exigences de services publics. Les statuts peuvent ainsi prévoir des obligations qu'impose la gestion d'un service public mais aussi des avantages pour ces agents soumis à ces contraintes. Le statut reflète un certain équilibre entre avantages et obligations. Le contentieux de ces statuts échoit au juge administratif lorsqu'ils sont réglementaires.

<sup>796</sup> Le législateur l'a qualifié ainsi en 1973 et cette formule a été reprise par le législateur en 1993 : « la Banque de France est une institution dont le capital appartient à l'Etat » (article L. 142-1 du Code monétaire et financier).

détermine la nature publique ou privée de cette « institution ». Il est pourtant précisé que la Banque a un capital qui est détenu par l'Etat. Les personnes publiques (l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics) n'ont pas de capital mais un budget ; il paraît donc difficile de considérer que la Banque appartient à une catégorie connue de personne publique. Peut-on dire pour autant que cette « institution » est une personne privée ?

**536.** Avant 1973, la Banque de France était une personne morale de droit privé, probablement une société anonyme : une décision du Conseil d'Etat de 1956 a qualifié la Banque d'«organisme privé gérant une mission de service public »<sup>797</sup>. Depuis 1973, la Banque est devenue une « institution » et il n'est plus fait référence à la qualification de «société par actions». La loi de 1973 a-t-elle eu pour conséquence de transformer la Banque en personne morale de droit public ? C'est ce que considère le Tribunal des conflits en 1997<sup>798</sup> en remarquant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions législatives la régissant que la Banque de France est une personne publique sous l'empire des lois de 1973 et 1993. Cette décision affirme, pour la première fois, le caractère public de la Banque de France. Le commissaire du gouvernement Arrighi de Casanova s'est appuyé, dans ses conclusions, sur la méthode du faisceau d'indices pour constater la nature publique de l'institution. Tout d'abord, la création de l'institution par les pouvoirs publics constitue un indice dans le sens de la reconnaissance du caractère public. Il s'appuyait ensuite sur l'intérêt public auquel sa création avait correspondu. Il mentionnait également les sujétions exorbitantes du droit privé pesant sur l'institution et soulignait, finalement, qu'elle était investie de prérogatives de puissance publique.

**537.** La Banque de France étant qualifiée de personne publique, il restait encore à préciser sa nature. Le Conseil d'Etat affirme, dans un avis de 1999<sup>799</sup>, que la Banque est une personne publique *sui generis* car elle ne peut être classée dans aucune catégorie d'établissement public. La formation contentieuse du Conseil d'Etat reprend cette position dans une décision du 22 novembre 2000<sup>800</sup>. Dans cette affaire, cinq syndicats représentant

---

<sup>797</sup> CE 30 novembre 1956, Sieur Geslin, rec. p. 454

<sup>798</sup> TC 16 juin 1997, Société La Fontaine de Mars, M. et Mme Muet c/ Banque de France, rec. p. 532

<sup>799</sup> CE avis, 9 décembre 1999, EDCE 2000, p. 211

<sup>800</sup> CE 22 mars 2000, Syndicat autonome du personnel de la Banque de France, p.125, AJDA 2000, p. 410 chron. Guyomar et Collin ; JCP 2000, IV 2056 obs. M.Ch. Rouault. Sur ce sujet, v. également F. Melleray, Une nouvelle crise de la notion d'établissement public spécialisé, AJDA 2003, p. 711.

les personnels de la Banque de France ont déféré au Conseil d'Etat des décisions réglementaires du gouverneur de la Banque relatives aux élections des délégués du personnel, des membres des comités d'établissement et de ceux du comité central d'entreprise. Ces décisions s'appuyaient sur une délibération du 12 novembre 1998 du comité général de la Banque estimant que le Code du travail n'était pas applicable aux agents de la Banque. Le Conseil d'Etat doit déterminer si les décisions du gouverneur de la Banque pouvaient prévoir des dispositions contraires au Code du travail. En d'autres termes, la Haute juridiction doit s'interroger sur l'applicabilité du Code du travail au personnel de la Banque de France. Afin de répondre à ces questions, le Conseil d'Etat doit déterminer la nature juridique de cette institution.

**538.** La formation contentieuse de la Haute juridiction administrative reprend la position de sa formation consultative et énonce également que la Banque de France est une personne publique *sui generis*. C'est à ce titre que l'intégralité du Code du travail lui est applicable, sous réserve de ne pas être incompatible avec son statut, ni avec les missions de service public dont elle a la charge.

**539.** La chambre civile de la Cour de Cassation adopte, pour sa part, une position contraire en estimant dans une décision du 5 février 2002<sup>801</sup> que la Banque de France est un établissement public administratif. Le Conseil d'Etat, qui paraît plus à même de déterminer la nature d'une personne publique que la première chambre civile, confirmera la qualification de personne publique *sui generis* ou personne publique spécialisée dans une décision du 21 février 2003<sup>802</sup>. Par conséquent, le Code du travail trouve à s'appliquer au personnel de la Banque de France et, à la différence des établissements industriels et commerciaux, c'est bien l'intégralité du Code, et non une partie seulement, qui trouve ici à s'appliquer. Il est intéressant de noter que la Banque de France est considérée comme une personne publique spécialisée car elle présente des caractéristiques propres, au nombre desquelles figure l'application du Code du travail à son personnel. Ainsi, ce n'est pas parce que l'institution financière est de nature particulière qu'on lui applique le Code du travail mais bien le contraire. Dans ce sens, la décision du Conseil d'Etat du 22 mars 2000<sup>803</sup>

---

<sup>801</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 5 février 2002, Banque de France c/ Sté Editions C. Audval, JCP 2002, jurisp. N° 10088 note Touboul.

<sup>802</sup> CE 21 février 2003, Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières, p.47, DA avril 2003, comm. N° 85

<sup>803</sup> CE 22 mars 2000, Syndicat autonome du personnel de la Banque de France, préc.

précise : « Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 4 août 1993 : "La Banque de France est une institution dont le capital appartient à l'Etat" ; qu'elle constitue une personne publique chargée par la loi de missions de service public qui, ayant principalement pour objet la mise en œuvre de la politique monétaire, le bon fonctionnement des systèmes de compensation et de paiement et la stabilité du système bancaire, sont pour l'essentiel de nature administrative ; qu'elle n'a pas le caractère d'un établissement public mais revêt une nature particulière et présente des caractéristiques propres ; qu'au nombre des caractéristiques propres à la Banque de France figure l'application à son personnel des dispositions du code du travail qui ne sont incompatibles ni avec son statut, ni avec les missions de service public dont elle est chargée ».

**540.** Ce constat permet de préciser que le Code du travail ne s'appliquera pas à toutes les personnes publiques spécialisées, car c'est son opposition aux membres du personnel qui a motivé la qualification juridictionnelle de la Banque de France.

**541.** On peut s'interroger sur la qualité des agents qui bénéficient de l'application de ce code. Sont-ils des agents de droit privé ou de droit public ? Il semble bien difficile d'arriver à une solution et la doctrine s'oppose sur la réponse à apporter. L'agent public peut être défini étant « un agent de l'administration qui relève d'un statut de droit public ou d'un régime de droit administratif »<sup>804</sup>. Si l'on entend par « administration », toute personne qui gère un service public, les agents de la Banque de France participant à l'exécution du service public sont bien des agents de l'administration. Il paraît même évident que les activités principales de la Banque de France sont des activités de service public administratif. De plus, ces activités sont gérées par une personne publique innommée<sup>805</sup> ; or la jurisprudence<sup>806</sup> prévoit que les agents non statutaires d'un SPA géré par une personne publique sont des agents de droit public. Si cette jurisprudence prévoit qu'un texte législatif peut contrevenir à ce principe, aucune disposition encadrant les activités de la Banque de France ne permet de dire précisément que le législateur a entendu y déroger. Les agents relèvent-ils pour autant « d'un statut de droit public ou d'un régime de droit administratif » au sens de la définition précitée ? Les agents sont encadrés, non par

---

<sup>804</sup> Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, Dictionnaire de droit administratif, Armand Collin, 3<sup>ème</sup> éd., 2002

<sup>805</sup> CE 22 mars 2000, Syndicat autonome du personnel de la Banque de France, préc.

<sup>806</sup> TC 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpe c/ Conseil de prud'hommes de Lyon, rec. p. 535 ; TC 3 juin 1996, Gagnant, rec. p. 542

un statut de la fonction publique, mais par un statut particulier organisant l'activité du service public<sup>807</sup>. Les agents non statutaires, c'est-à-dire les agents qui ne relèvent pas d'un statut de la fonction publique et qui ne sont pas fonctionnaires, sont eux aussi encadrés par un statut assimilable au statut des entreprises publiques. Il semble alors que les agents non statutaires de la Banque de France sont bien des agents publics. Pour conforter cette idée, on peut rappeler que la loi du 4 août 1993 maintient une compétence d'attribution à la juridiction administrative pour statuer sur l'ensemble des litiges opposant l'institution à son personnel. L'accumulation de tous ces « indices » conduit indéniablement à considérer que les agents de la Banque de France sont bien des agents de droit public. Cependant, le fait que le Conseil d'Etat<sup>808</sup> confirme que le Code du travail s'applique à ces mêmes agents est de nature à semer le doute sur leur nature juridique. Peut-on réellement penser que l'activité d'agents publics soit majoritairement encadrée par un texte de droit privé, à savoir le Code du travail ? Pourtant, les juges du Palais Royal précisent que le Code ne sera pas appliqué en cas d'incompatibilité avec le statut ou pour une nécessité de service public. L'application du Code du travail reste donc le principe, mais les garde-fous permettant l'accomplissement du service public sont nombreux.

**542.** Pour conclure, on constate que les agents non statutaires de la Banque de France sont dans une position hybride qu'il est bien difficile de définir à l'aide des raisonnements classiques du droit administratif. Finalement, peu importe que les agents soient qualifiés de publics ou privés. L'état du droit impose de dépasser ces catégories pour constater tout simplement que les agents non statutaires de la Banque de France qui travaillent dans le cadre d'un service public administratif géré par une personne publique se voient pourtant appliquer du droit privé par la juridiction administrative sans que le service public en pâtisse grâce aux limites imposées par le juge. Cet exemple, unique en son genre, montre bien que des agents d'un service public administratif, qu'ils soient publics ou privés, peuvent bénéficier de la protection du Code du travail dans la limite où son application ne fait pas échec à la mission de service public impartie. Il est donc envisageable pour la juridiction administrative d'appliquer du droit privé et d'en faire bénéficier une catégorie

---

<sup>807</sup>V. M. Lombard, Le nouveau statut de la Banque de France, AJDA 1994, p. 491 ; G. Iacono, Le nouveau statut de la Banque de France, D. 1994, chron. p. 92

<sup>808</sup>CE 22 novembre 2000, Syndicat autonome du personnel de la Banque de France, préc.



de personnes exerçant des activités administratives, c'est-à-dire des activités de service public, à la condition que des obligations liées à l'intérêt général puissent venir limiter l'application du droit privé. L'article L. 141-5 du Code monétaire et financier dispose que la Banque de France « est seule habilitée, sur le territoire de la France métropolitaine et des départements d'outre-mer, à émettre les billets ayant cours légal. ». Il prévoit également qu'elle « a pour mission d'assurer l'entretien de la monnaie fiduciaire et de gérer la bonne qualité de sa circulation sur l'ensemble du territoire ». Le personnel de cette prestigieuse institution financière se voit opposer le Code du travail alors même qu'il participe, pour une partie, à une des missions de service public les plus importantes qui soient sur notre territoire. Ce n'est donc pas n'importe quel service public qui voit son personnel pour partie encadré par un texte de droit privé mais un service qui exerce une des missions régaliennes de l'Etat.

**543.** Le personnel de la Banque de France et les organismes industriels et commerciaux ne sont pas les seuls à pouvoir jouir des dispositions du Code du travail. S'ils sont les seuls à se voir appliquer directement le Code du travail, une partie plus large des agents bénéficient régulièrement de l'application indirecte de ce code.

### **B. Une application indirecte plus générale.**

**544.** La juridiction administrative reprend régulièrement des dispositions issues du Code du travail sans pour autant citer expressément l'article concerné. Pour ce faire, le juge « découvre » un principe général du droit qui s'inspire du code ou dont le code s'est lui-même inspiré. Nous avons déjà précisé que nous estimons qu'il n'y a pas de réelle différence entre ces deux expressions et que, quelle que soit la formule employée, le principe est toujours inspiré par le Code du travail<sup>809</sup>. Nous privilégierons donc l'expression « principe général du droit issu du code du travail ». Cette reprise indirecte du droit privé est fréquemment utilisée par l'ordre administratif (1) et a pour mérite d'avoir un domaine d'application plus large que les articles du Code du travail (2).

---

<sup>809</sup> V. 237 et s.

**1. L'application multipliée de principes généraux du droit issus du Code du travail.**

**545.** Le Conseil d'Etat a consacré différents principes généraux du droit du travail visant à améliorer la situation des agents publics dans trois domaines : le licenciement, la rémunération et le pouvoir de sanction. On constate que dans ces trois secteurs, l'agent est particulièrement vulnérable face aux pouvoirs de son employeur. L'édiction de principes généraux du droit du travail dans ces trois domaines permet de favoriser et de renforcer les droits des agents face à leur employeur.

**546.** Les juges du Palais Royal ont pour la première fois consacré un principe général du droit issu du Code du travail dans une décision d'assemblée du 8 juin 1973<sup>810</sup>. Dans cette affaire, une infirmière auxiliaire employée par un institut médical du Territoire de Belfort effectue un recours contre la décision de la licencié pendant sa grossesse. Après avoir constaté que l'infirmière participait bien au service public et qu'elle était donc un agent contractuel de droit public, le Conseil d'Etat édicte un principe général du droit d'interdiction de licenciement des femmes enceintes. La Haute juridiction note « que le principe général, dont s'inspire l'article 29 du livre premier du Code du travail<sup>811</sup>, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas<sup>812</sup>, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics lorsque, comme en l'espèce, aucune nécessité propre à ces services ne s'y oppose ». Cette décision illustre la volonté de mettre en place des dispositions plus protectrices pour les agents publics. En effet, il n'existait, à l'époque du licenciement, aucun texte interdisant le licenciement d'un agent contractuel de droit public lors de sa grossesse alors que les salariés de droit privé pouvaient s'appuyer sur les dispositions du Code du travail.

---

<sup>810</sup> CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours

<sup>811</sup> Cet article est devenu l'article L. 122-25-2 du Code du travail.

<sup>812</sup> Cette protection ne joue pas en cas de faute grave de l'agent sans rapport avec son état de grossesse. V. CE 25 janvier 1989, Centre hospitalier de Rambouillet c/ Mme Carluet, rec. p. 36

**547.** Le Conseil d'Etat a consacré un nouveau principe général du droit du travail dans un second domaine, la rémunération des agents publics. Dans cette affaire<sup>813</sup> Mme Aragnou, agent non titulaire d'un centre de vacances et de loisirs communal demande l'annulation de la décision administrative résultant du silence gardé par le maire de la ville de Toulouse refusant un relèvement de son salaire sur la base du taux du salaire minimum de croissance. Face à ce refus, le Conseil d'Etat édicte un nouveau principe général du droit du travail selon lequel un agent communal non titulaire « a droit, en vertu d'un principe général du droit applicable à tout salarié et dont s'inspire l'article L.141-2 du Code du travail, à un minimum de rémunération qui, en l'absence de disposition plus favorable pour la catégorie de personnel à laquelle l'intéressée appartient, ne saurait être inférieur au salaire minimum de croissance de l'article L.141-2 ». On constate encore une fois que la haute juridiction administrative s'inspire du Code du travail pour combler un vide juridique. En l'espèce, aucune disposition ne permettait d'attribuer un salaire minimum raisonnable à cet agent contractuel. Encore une fois, c'est pour améliorer la situation de cet agent que le Conseil d'Etat a élaboré un nouveau principe général du droit issu du Code du travail.

**548.** Les principes généraux du droit du travail ont également joué un rôle important dans un troisième secteur, la limitation des pouvoirs de sanction de l'employeur public. Quatre principes ont été dégagés en la matière.

**549.** Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a dégagé un principe général d'interdiction des amendes et sanctions pécuniaires<sup>814</sup>. Saisis de façon préjudicielle, les juges du Palais Royal ont eu à se prononcer sur la possibilité pour la SNCF d'émettre des sanctions pécuniaires en application d'un chapitre de son règlement intérieur. Devant le Conseil de prud'hommes, les cheminots ont fait valoir que le règlement intérieur contrevenait directement aux dispositions de l'article L.122-42 du Code du travail interdisant les amendes et sanctions pécuniaires. Le Conseil d'Etat a dû alors s'interroger sur l'applicabilité de cette disposition du Code lors d'un recours dirigé contre un acte administratif. Une fois encore, la haute juridiction administrative préféra employer la technique des principes généraux du droit plutôt qu'une réception directe de l'article qui ne

---

<sup>813</sup> CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, rec. p. 152 et les concl. D. Labetoulle p 152 ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre

<sup>814</sup> CE Ass. 1 juillet 1988, Billard et Volle, rec. p. 268, Dr. Soc. 1988, p. 775 concl. O. Van Ruymbeke

prévoyait pas, par lui-même, une application aux entreprises publiques. Le Conseil considère qu'« aux termes de l'article L.122-42 du Code du travail, dans la rédaction que lui a donnée la loi du 4 août 1982 : "les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite" ; qu'en édictant cette interdiction, le législateur a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire et qui n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public ». Nous verrons par la suite que le domaine d'application de ce principe général tend à être plus large que ne le laisse penser le considérant de principe.

**550.** Le Conseil d'Etat a prolongé cette jurisprudence en interdisant, dans un second temps, les mesures discriminatoires à l'encontre des grévistes. Dans une affaire Malheur<sup>815</sup>, la Haute juridiction a eu à se prononcer sur l'applicabilité de l'article L.521-1 du Code du travail qui dispose que l'exercice de la grève « ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunération et d'avantages sociaux ». Afin d'éviter qu'un agent de la SNCF ne se voie sanctionné pour cause de grève, la Haute juridiction a formulé un principe général du droit inspiré de l'article L.521-1. Elle a affirmé « qu'en édictant cette interdiction, le législateur a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire et qui n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public ».

**551.** Dans le même objectif de limitation des pouvoirs de sanction de l'employeur, le Conseil d'Etat a découvert un principe rendant l'entretien préalable obligatoire avant toute sanction supérieure à l'avertissement et au blâme<sup>816</sup> et celui de l'interdiction de mettre fin au contrat de travail d'un salarié en raison de son sexe ou de sa situation de famille<sup>817</sup>. La haute juridiction administrative a également dégagé un principe général du droit dont s'inspire le Code du travail et qui impose à l'employeur une obligation de reclassement en cas d'inaptitude physique d'un salarié<sup>818</sup>. On peut également rapprocher de ces décisions

---

<sup>815</sup> CE 12 novembre 1990, Malheur, p.321, AJDA 1991, p. 332

<sup>816</sup> CE Ass. 28 juillet 1993, Fédération nationale des tabacs et allumettes FO et autres, AJDA 1993, p. 682 chron. Maugué touvet ; CJEG 1993, p. 509, concl. Le Chatelier

<sup>817</sup> CE 27 mars 2000, Mme Brodbeck, rec. p. 129

<sup>818</sup> CE 2 octobre 2002, Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle contre Fardouet, DO, janvier 2003 p. 23 note Franck Héas ; LPA 17 juin 2003, p. 17 ; AJDA 2002, p. 1295 concl. Piveteau

l'arrêt *Berton*<sup>819</sup> où le Conseil d'Etat découvre un principe général du droit qui implique que toute modification des termes du contrat de travail recueille l'accord à la fois de l'employeur et du salarié.

**552.** Au-delà de ces principes mis à jour par le Conseil d'Etat, on peut ajouter que les tribunaux administratifs « proposent »<sup>820</sup> également une réception indirecte du Code du travail à travers des principes généraux du droit. Le Tribunal administratif de Besançon<sup>821</sup> a considéré, sans que cela soit confirmé par le Conseil d'Etat, « qu'il résulte du principe général du droit dont s'inspire l'article L.231-8-1 du Code du travail<sup>822</sup> qu'aucune sanction, aucune retenue sur salaire ne peut être prise à l'encontre d'un salarié ou d'un agent public qui s'est retiré d'une situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger pour sa vie ou sa santé ».

**553.** Dans le même sens, le Tribunal administratif de Rennes<sup>823</sup> a considéré « qu'il résulte d'un principe général du droit de la fonction publique, qui s'inspire de l'article L.122-16<sup>824</sup> du Code du travail, que les agents non titulaires de droit public sont en droit d'obtenir, à la suite d'un licenciement, un certificat de travail ne contenant exclusivement que la date de début et de fin de leurs services, ainsi que la nature de l'emploi qu'ils occupaient ». Il est intéressant de noter l'originalité de la formule employée par le Tribunal qui évoque « un principe général de la fonction publique qui s'inspire du Code du travail » à la différence de toutes les autres décisions qui font référence à « un principe général dont s'inspire le Code du travail ». D'une part, le Tribunal semble découvrir une nouvelle

---

<sup>819</sup> CE Ass. 29 juin 2001, *Berton*, V. 576 et s.

<sup>820</sup> La formule est employée par Joël Mekhantar dans son article sur les principes généraux du droit du travail : Les principes généraux du droit du travail, article disponible sur le site internet [www.rajf.org](http://www.rajf.org) et qui constitue la reprise de la contribution de M. Mekhantar lors du colloque du 17 décembre 1999 organisé par la faculté de droit de Dijon sur le thème « L'employeur public à l'approche du nouveau siècle ».

<sup>821</sup> TA Besançon, 10 octobre 1996, *M. Glory c/ Commune de Câteinois-les-Forges*, AFJP 1997-1, pp.39 ; Dr. Soc. 1996, p. 1034, concl. Moulin ; LPA 23 juillet 1997, note Portet ; TDP 1997, p.107 note Portet.

<sup>822</sup> « Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un salarié ou d'un groupe de salariés qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux ».

<sup>823</sup> TA de Rennes, 23 juillet 1997, *Mme G*, AFJP 1998-2, p. 49 note J. Mekhantar

<sup>824</sup> L'employeur doit, à l'expiration du contrat de travail, délivrer au travailleur un certificat contenant exclusivement la date de son entrée et celle de sa sortie et la nature de l'emploi ou, le cas échéant, des emplois successivement occupés ainsi que les périodes pendant lesquelles ces emplois ont été tenus.

catégorie de principes généraux du droit, à savoir les principes généraux de la fonction publique ; Joël Mekhantar précise que cette décision est peut-être influencée par l'opinion de M. René Chapus qui précisait qu'« il n'est pas impossible que les divers principes intéressant la fonction publique soient un jour regroupés dans une catégorie des principes généraux du droit de la fonction publique »<sup>825</sup>. D'autre part, ces principes généraux s'inspirent du Code du travail et ce n'est donc plus le Code du travail qui s'inspire de ces principes qui semblaient ainsi préexister au Code. Le tribunal ne s'abrite plus derrière l'argumentation visant à affirmer qu'il ne s'inspire pas d'un code d'inspiration privée mais que c'est ce code qui s'inspire d'un principe universel antérieur à la codification<sup>826</sup>. Avec cette nouvelle formulation plus franche, la juridiction administrative n'hésite pas à dire qu'elle ne fait que transposer le Code du travail. Cette formulation est peut-être, tout simplement, l'indication que les juridictions administratives ne distinguent pas clairement les deux formulations et qu'il arrive par conséquent qu'un Tribunal administratif utilise l'une ou l'autre de ces formulations pour désigner une même situation.

**554.** Si ces principes dégagés par les Tribunaux administratifs n'ont pas été repris par le Conseil d'Etat et ont donc une valeur incertaine, ils témoignent cependant de la volonté des juges de premier degré d'innover en matière d'application du droit social tout en participant à la dynamique jurisprudentielle tracée par le Conseil d'Etat. On peut constater que le domaine d'application de ces références indirectes au Code du travail est plus étendu que ne peuvent l'être les réceptions directes du code par les juges administratifs.

## **2. Une portée plus large.**

**555.** Le Code du travail ne s'applique aux décisions administratives que dans un nombre limité de situations. De plus, le Code ne trouve alors à s'opposer que dans les cas où l'employeur est considéré comme assurant une activité industrielle et commerciale. On

---

<sup>825</sup>V. R. Chapus, *Droit administratif*, tome 2, Montchrestien, 11<sup>e</sup> édition, 1998, N°134, p. 90 ; V. également, Alain Ondoua, *Les principes généraux du droit relatifs à la fonction publique*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 777

<sup>826</sup> V. 237 et s.

peut s'interroger sur le domaine d'application du droit social lorsque celui-ci est repris dans un principe général du droit du travail. L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine impose de conclure que le domaine d'application des principes généraux du droit est naturellement plus large que les activités industrielles et commerciales évoquées par le Code du travail.

**556.** La jurisprudence Peynet<sup>827</sup> prévoit une interdiction de licencier les femmes enceintes pour tout employeur. Aucune limite n'est précisée quant à la nature de cet employeur. La jurisprudence a d'ailleurs fréquemment appliqué ce principe en particulier aux communes<sup>828</sup>. On peut même considérer que l'application devenait tellement large que l'interdiction de licencier un agent en état de grossesse a été intégrée depuis par le pouvoir réglementaire dans les décrets applicables aux non titulaires des trois fonctions publiques<sup>829</sup>.

**557.** La jurisprudence Aragnou<sup>830</sup> qui prévoit une rémunération au moins égale au SMIC pour un agent communal non titulaire a été appliquée par une décision non publiée de la Cour administrative d'appel de Nantes<sup>831</sup> dans une affaire concernant l'agent non titulaire d'un établissement public communal. Rien n'indique que cette jurisprudence puisse être applicable à l'ensemble du personnel des employeurs publics. La rémunération des agents d'employeurs publics est en effet une question complexe dans laquelle viennent s'enchevêtrer plusieurs notions incompatibles avec l'élaboration d'une règle unique. La présence d'un statut pour les entreprises publiques et la question des heures de services effectuées rendent, en effet, difficile l'élaboration d'une règle à portée générale.

**558.** La jurisprudence Billard et Volle ainsi que la jurisprudence Malheur interdisant respectivement les amendes et sanctions pécuniaires et les mesures discriminatoires à l'encontre des grévistes sont toutes deux destinées à s'appliquer « aux entreprises

---

<sup>827</sup> CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, préc.

<sup>828</sup> V. par exemple, CE, 20 mars 1987, Commune de Bonneval c./ Mme Bédard, p.99, AJDA 1987, p. 554, obs. X. Prétot (pas de rupture anticipée du stage d'une personne en état de grossesse). CE, 24 avril 1981, FORMA, rec. p. 190 ; CE, 25 janvier 1993, Mme Jancourt, n°106.830 ; CE, 4 octobre 1996, Mme Moestus, n°149704, rec. tables, pp. 970, 991, 997

<sup>829</sup> Décret n°86-83 du 17 janvier 1986, art. 49 (non titulaires de l'Etat) ; décret n°88-145 du 15 février 1988, art. 41 (non titulaires territoriaux) ; décret n°91-155 du 6 février 1991, art. 45 (contractuels hospitaliers).

<sup>830</sup> CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, préc.

<sup>831</sup> CAA Nantes, 4 novembre 1992, Melle Trempeu, n°90NT00463

publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire »<sup>832</sup>. Le domaine d'application de ces prohibitions semble ainsi limité à une catégorie étroite d'agents. Rien ne s'oppose pourtant à ce que ces principes trouvent à s'appliquer à l'ensemble des employeurs publics. On envisage difficilement les raisons qui pourraient pousser le Conseil d'Etat à ne pas faire bénéficier de ces mesures l'ensemble des agents des employeurs publics<sup>833</sup>. Rappelons, de plus, que ces principes ne sont pas pris en compte dans les cas où ils sont incompatibles avec les missions de services publics imparties à l'employeur. Le juge dispose donc dans tous les cas d'un « garde-fou » permettant la mise à l'écart de ces principes lorsque le service public est menacé.

**559.** Il ne fait aucun doute que la portée de ces principes généraux du droit issus du Code du travail est plus large que les articles du Code qui ne prévoient, pour certains, qu'une application aux activités industrielles et commerciales. Le fait que ces principes soient qualifiés de « généraux » démontre bien qu'ils visent, par définition, des situations étendues. On peut enfin conclure que l'évocation « de principes généraux de la fonction publique » par le Tribunal administratif de Rennes, semble démontrer que ces principes issus du droit social ont vocation à bénéficier à l'ensemble du personnel des employeurs publics. L'application du droit du travail par le juge administratif, qu'elle soit directe ou indirecte, est marquée par une réelle rigueur et par une prise en compte des bases du droit administratif. Ces références au Code du travail peuvent par conséquent être qualifiées de vertueuses.

## **II- Une application vertueuse du droit du travail.**

**560.** La prise en compte du droit privé par l'ordre administratif présente toujours le risque d'être en décalage avec les objectifs que défend traditionnellement le juge administratif comme le service public et l'intérêt général. Cette menace semble avoir été

---

<sup>832</sup> CE Ass. 1 juillet 1988, Billard et Volle, préc. ; CE 12 novembre 1990, Malheur, préc.

<sup>833</sup> Rappelons qu'une retenue sur salaire peut être décidée par l'administration en cas de grève d'un agent qu'il soit titulaire ou non (CE 5 février 1982, Centre hospitalier de Tours, rec. p. 653) . L'administration se fonde alors sur l'absence de service fait. Cette retenue ne constitue pas une sanction disciplinaire (CE 18 avril 1951, Flacheron, rec. p. 1963) mais une application de la règle du service fait (art. 521-6 du Code du travail).



neutralisée en matière d'application du droit du travail. Les objectifs du droit social sont, en effet d'organiser les relations entre les travailleurs et leur employeur. La protection importante offerte aux salariés par le Code du travail peut s'avérer incompatible avec les objectifs d'intérêt général de l'action publique. C'est pour ces raisons que les agents des services publics sont toujours encadrés par un minimum de règles propres à l'action administrative<sup>834</sup>. Le juge administratif semble avoir pris conscience du fait que le Code du travail doit, au besoin, être adapté à l'action administrative ; le juge cherche alors à inscrire ces normes de droit privé dans un environnement administratif affirmé. On constate ainsi une application restreinte du droit social visant à l'amélioration de la situation de l'agent (A). Cette prise en compte du droit du travail se trouve cependant encadrée par les obligations de service public (B).

#### **A. Une application restreinte visant à l'amélioration de la situation de l'agent.**

**561.** Le juge administratif fait régulièrement référence au Code du travail à travers des reprises directes ou indirectes. Ces applications nous semblent particulièrement vertueuses dans la mesure où le juge cherche véritablement à améliorer la situation de l'agent. Ainsi, dans le cadre de la réception indirecte des articles du code, le juge cherche exclusivement à combler les lacunes du droit administratif (1). De plus, dans tous les cas de figure, le juge n'hésite pas à faire prévaloir le statut des entreprises publiques sur le Code du travail afin de privilégier une norme purement administrative, c'est-à-dire pensée pour organiser l'action administrative, par rapport à une norme qui n'a pas été conçue pour ce type d'activité. (2).

##### **1. Une application indirecte destinée à combler les lacunes du droit administratif.**

**562.** L'étude des principes généraux du droit dégagés par la juridiction administrative en matière de droit social fait très clairement apparaître une volonté de consolidation du droit administratif opposable aux agents des services publics. L'article L. 122-25-2 du Code du

---

<sup>834</sup> En effet, les agents des SPIC, qui sont pourtant des agents de droit privé, peuvent se voir opposer des règles exorbitantes par le biais d'actes administratifs réglementaires organisant l'activité de service public, V. TC 15 janvier 1968, Air France c/ Epoux Barbier, préc.

travail applicable aux salariés de droit privé prévoit l'interdiction de licencier les femmes en état de grossesse médicalement constatée et pendant la durée du congé de maternité. Les fonctionnaires sont protégés de fait car ils ne sont susceptibles d'être licenciés qu'en cas de faute ou d'inaptitude professionnelle. Aucune protection de ce type ne protégeait en revanche les agents contractuels de droit public. On voit mal ce qui justifie une telle différence de situation entre les contractuels de droit privé et les fonctionnaires d'un côté et les contractuels de droit public de l'autre. La jurisprudence Peynet<sup>835</sup> est venue combler un vide juridique afin d'accorder une protection importante aux agents contractuels de droit public. Le principe général du droit dispose ainsi qu'« aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, (ce principe) s'applique aux femmes employées dans les services publics lorsque, comme en l'espèce, aucune nécessité propre à ces services ne s'y oppose ». Le Conseil d'Etat a également appliqué ce principe à une stagiaire d'une commune<sup>836</sup>. L'absence de dispositions textuelles protégeant les contractuelles de droit public enceintes méritait donc une intervention prétorienne pour combler ce manque. Rien n'obligeait en revanche le Conseil d'Etat à reprendre le Code du travail en la matière. La Haute juridiction aurait très bien pu appliquer directement la convention n°103 de l'Organisation Internationale du Travail dont l'article 6 interdit le licenciement pendant la période de congé maternité. Cette convention semble bien s'appliquer aux salariées du secteur public<sup>837</sup> mais ce texte n'offre une protection qu'au cours de la période de congé de maternité et non dès le constat médical de la grossesse comme le prévoit le Code civil. Afin d'étendre la protection offerte par la convention, le Conseil d'Etat aurait parfaitement pu découvrir un principe général du droit issu de cette

---

<sup>835</sup> CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, préc.

<sup>836</sup> CE 20 mars 1987, Commune de Bonneval c/ Mme Bédard, préc.

<sup>837</sup> La convention s'applique selon l'article 1 « aux femmes employées dans les entreprises industrielles aussi bien qu'aux femmes employées à des travaux non industriels et agricoles, y compris les femmes salariées travailleuses à domicile. ». Le paragraphe 3 de ce même article précise qu'« aux fins de la présente convention, le terme travaux non industriels s'applique à tous les travaux exécutés dans les entreprises et services publics ou privés suivants, ou en relation avec leur fonctionnement: a) les établissements commerciaux; b) les postes et les services de télécommunications; c) les établissements et administrations dont le personnel est employé principalement à un travail de bureau; d) les entreprises de presse; e) les hôtels, pensions, restaurants, cercles, cafés et autres établissements où sont servies des consommations; f) les établissements ayant pour objet le traitement ou l'hospitalisation des malades, infirmes, indigents et orphelins; g) les entreprises de spectacles et de divertissements publics; h) le travail domestique salarié effectué dans des ménages privés; ainsi qu'à tous autres travaux non industriels auxquels l'autorité compétente déciderait d'appliquer les dispositions de la convention. »

convention internationale et en étendre le domaine d'application<sup>838</sup>. Le fait que l'interdiction de licencier une femme en état de grossesse soit prévue par plusieurs textes de valeurs diverses montre qu'en l'espèce le juge ne s'inspire pas réellement du droit privé mais davantage de principes plus généraux qui semblent dépasser le clivage privé / public.

**563.** Le fait que cette interdiction ait été intégrée, depuis, par le pouvoir réglementaire dans les décrets applicables aux non titulaires des trois fonctions publiques<sup>839</sup> illustre le travail du Conseil d'Etat en matière de mise en avant des lacunes du droit public.

**564.** La logique est la même pour la découverte des principes généraux du droit visant à interdire une rémunération en deçà du salaire minimum de croissance pour les agents non titulaires de la fonction publique<sup>840</sup>, à l'interdiction des amendes et sanctions pécuniaires<sup>841</sup> et à l'interdiction de mesures discriminatoires à l'encontre de grévistes<sup>842</sup>. Dans toutes ces décisions, le Conseil d'Etat vient combler une absence de réglementation concernant les agents publics contractuels. En aucun cas, le juge ne cherche à modifier une règle préexistante. Il agit pour combler une carence. Il semble évident que les juges du Palais Royal ont ainsi pour but d'assurer l'unité du droit applicable en allant au-delà du dualisme juridictionnel. Les tribunaux administratifs ont bien compris cette logique lorsqu'ils découvrent eux-mêmes des principes généraux du droit. Le jugement *Glory* du Tribunal administratif de Besançon<sup>843</sup> reconnaît ainsi le droit pour les agents de la fonction publique territoriale de se retirer d'une situation dangereuse. Cette prérogative était reconnue aux agents évoluant dans une activité industrielle et commerciale<sup>844</sup>, aux agents de la fonction publique de l'Etat et de la fonction publique hospitalière, mais rien n'était prévu pour les

---

<sup>838</sup> Le Conseil d'Etat édicte des principes généraux du droit issus de conventions internationales : V. CE Ass. 1<sup>er</sup> avril 1998, José Maria Bereciartua-Echarri, p.135, JCP 1988, II, n°21071, concl. Vigouroux, pour un PGD issu de la Convention de Genève.

<sup>839</sup> Décret n°86-83 du 17 janvier 1986, art. 49 (non titulaires de l'Etat) ; décret n°88-145 du 15 février 1988, art. 41 (non titulaires territoriaux) ; décret n°91-155 du 6 février 1991, art. 45 (contractuels hospitaliers).

<sup>840</sup> CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme. Aragnou, préc.

<sup>841</sup> CE Ass. 1 juillet 1988, Billard et Volle, préc.

<sup>842</sup> CE 12 novembre 1990, Malher, préc.

<sup>843</sup> TA Besançon 10 octobre 1996, M. Glory c/ Commune de Câtenois-les-Forges, préc.

<sup>844</sup> L'article L.231-8-1 du Code du travail qui prévoit ce droit est en effet situé dans le livre II du Code qui s'applique aux établissements industriels et commerciaux. V. 530 et s.

agents de la fonction publique territoriale. On voit mal ce qui peut justifier une telle différence de traitement ; la décision *Glory* est venue combler cet oubli.

**565.** Dans une décision *Mme G*<sup>845</sup>, le Tribunal administratif de Rennes a également attribué les mêmes garanties aux agents contractuels publics et privés en matière de certificat de travail. Une enseignante qui s'était fait engager en présentant des faux en écriture s'est ainsi vue accorder le droit de bénéficier d'un certificat de travail au sens de l'article L.122-16 du Code du travail. Le Tribunal administratif de Rennes considéra « qu'il résulte d'un principe général du droit de la fonction publique, qui s'inspire de l'article L.122-16 du Code du travail, que les agents non titulaires de droit public sont en droit d'obtenir, à la suite d'un licenciement, un certificat de travail ne contenant exclusivement que la date de début et de fin de leurs services, ainsi que la nature de l'emploi qu'ils occupaient ». Dans cette affaire, la juridiction administrative a aligné sa jurisprudence sur celle de la juridiction judiciaire qui considère que même en cas d'illicéité de la relation de travail, l'employeur est tenu de délivrer ce document<sup>846</sup>.

**566.** Certaines jurisprudences peuvent poser la question de la légitimité du juge pour venir compléter des « oublis » textuels. L'absence de texte accordant un droit à une personne signifie-t-elle qu'il y a une carence à combler ? Le défaut de droit peut être constitutif d'une volonté. Ce constat trouve particulièrement à s'illustrer si l'on raisonne en comparant avec le droit privé. Rien ne dit qu'un droit qui est reconnu par le Code du travail aux agents de droit privé doit également s'appliquer aux agents publics si un texte administratif ne le dit pas. Or la jurisprudence de la juridiction administrative en matière de principes généraux inspirés du droit du travail vise souvent cette logique. Il est évident que, dans certains cas, le juge est confronté à un oubli. L'interdiction de licencier une femme enceinte<sup>847</sup> était ainsi un principe qui protégeait l'ensemble des agents à l'exception des contractuels de droit public. Dans cette situation, le juge ne fait que combler un vide

---

<sup>845</sup> TA de Rennes 23 juillet 1997, *Mme G*, préc.

<sup>846</sup> S'agissant d'un travailleur étranger en situation irrégulière, V. CA Paris, 6 décembre 1990, RJS 1991, n°262.

<sup>847</sup> CE Ass. 8 juin 1973, *Dame Peynet*, préc..

juridique. La même appréciation peut être portée quant à la jurisprudence *Glory*<sup>848</sup> où tous les agents de la fonction publique avaient la possibilité de se retirer d'une situation dangereuse à l'exception des agents territoriaux. Dans cette affaire, le juge administratif ne vient, encore une fois, que compléter une lacune.

**567.** D'autres situations sont plus problématiques. Ainsi, il n'est pas évident que l'absence de dispositions concernant l'interdiction de mesures discriminatoires à l'encontre des grévistes constituait un oubli de la législation applicable aux agents publics. Certains agents publics titulaires voient leur droit de grève limité, voire interdit, pour des nécessités liées à la sécurité publique, à l'ordre public ou pour des raisons liées au caractère indispensable de leur fonction<sup>849</sup>. Ces agents peuvent être sanctionnés en cas de grève et on peut donc dire que l'interdiction des mesures discriminatoires à l'encontre des grévistes n'est pas un principe irriguant l'intégralité de la fonction publique. Par conséquent, rien n'indique qu'il y ait ici un oubli dans les textes applicables à l'action administrative. Le même type de constat peut être apporté quant à la jurisprudence du Tribunal administratif de Rennes édictant un principe général du droit au certificat de travail<sup>850</sup>. Si ce principe est un droit reconnu pour les salariés de droit privé, rien n'indique qu'il devrait s'appliquer aux salariés de droit public. On peut même imaginer que ce type d'obligation puisse porter atteinte à la bonne exécution du service public. Dans cette affaire Mme G., une enseignante qui avait fourni de faux diplômes s'est tout de même vue accorder le droit à l'obtention d'un certificat de travail ne précisant pas qu'elle avait obtenu frauduleusement sa place. Mme G. pourra parfaitement réitérer l'expérience du faux en écriture tout en s'appuyant sur une expérience professionnelle acquise dans l'enseignement et justifiée par le certificat de travail. Doit-on considérer qu'une enseignante non qualifiée puisse prétendre à un certificat de travail parce que c'est la règle pour les agents de droit privé ? Il semble douteux d'établir dans cette situation un principe général applicable à l'ensemble des agents publics contractuels. Nous verrons par la suite que les juridictions administratives, bien qu'établissant des règles à portée générale, se réservent toujours la possibilité de mettre en échec ces principes pour des raisons de service public.

---

<sup>848</sup> Préc.

<sup>849</sup> V. René Chapus, *Droit administratif général* Tome 2, Montchrestien, 14<sup>ème</sup> édition, 2000, n° 308 et s.

<sup>850</sup> TA de Rennes 23 juillet 1997, Mme G, préc.

**568.** On peut conclure en affirmant que si la plupart des principes généraux du droit issus du Code du travail visent à combler des lacunes du droit administratif, il peut arriver que la juridiction administrative soit plus volontariste et vise réellement à l'élaboration du droit de la fonction publique, faisant ainsi office de « jurislature ». Si l'application indirecte est limitée par la volonté des juridictions administratives de se restreindre à un comblement des lacunes du droit administratif, les applications directes comme indirectes du Code se voit régulièrement opposer les statuts des entreprises publiques.

## **2. Une amélioration limitée par les statuts des entreprises publiques.**

**569.** L'application du Code du travail, qu'elle soit directe ou indirecte, est régulièrement confrontée au statut des entreprises publiques. Les entreprises publiques sont des personnes morales<sup>851</sup> qui exercent une activité industrielle et commerciale, qu'elle soit de service public ou non<sup>852</sup>, et qui sont contrôlées de façon prépondérante par une ou des personnes publiques, voire des entreprises publiques<sup>853</sup>. Certaines de ces entreprises sont dotées d'un

---

<sup>851</sup> La jurisprudence française ne considère pas qu'une collectivité territoriale ou l'Etat qui exerce une activité industrielle et commerciale en régie soit une entreprise publique.

<sup>852</sup> Certaines banques contrôlées par l'Etat et qui n'exercent pas de mission de service public sont considérées comme des entreprises publiques. V. Annexe 1 de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

<sup>853</sup> L'appréciation du contrôle prépondérant varie au cas par cas selon les juridictions. La juridiction judiciaire recherche ainsi « le contrôle effectif » des personnes publiques, ce qui laisse imaginer que la détention du capital n'est pas la seule référence. La détention des droits de vote ou la détention des sièges au conseil d'administration peuvent ainsi refléter l'effectivité du contrôle. V. Cass. Com. 5 février 1991, CRCAM de l'Ile de France, Rev. Soc. 1991, p. 741, note Debène. Le Conseil d'Etat évoque, pour sa part, la détention majoritaire du capital pour déterminer le caractère prépondérant du contrôle. V. CE Ass. 22 décembre 1982, Comité central d'entreprise de la Société française d'équipements pour la navigation aérienne, p.436, D. 1983, p.277 obs. P. Delvolvé, JCP 1983, II n°20072, note M. Lombard.

Cependant, la référence à la composition du capital effectuée dans la décision Lambda laisse présager un développement de la jurisprudence du Conseil d'Etat vers une position plus réaliste prenant en compte, non seulement la détention du capital, mais également des éléments liés à la composition du capital, comme par exemple les droits de vote. V. CE Ass. 6 décembre 1996, Lambda, préc.

Le droit communautaire semble, quant à lui, prôner également une position réaliste. La directive de la Commission du 25 juin 1980 modifiée en 1985 et 1993 définit l'entreprise publique comme étant « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». Cette directive admet donc que le contrôle dépasse la simple détention du capital social d'une entreprise. La directive renvoie à la notion d'entreprise, définie de manière extensive par la jurisprudence qui a considéré qu'une activité gérée en régie était une activité d'entreprise. La CJCE définit l'entreprise comme « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de

statut, et non pas d'une convention collective. Ces statuts législatifs ou réglementaires posent notamment les droits et obligations du personnel, à la manière des conventions collectives. Mais, à la différence de ces dernières, les statuts sont des textes unilatéraux qui prennent en compte les activités de service public. Le décret du 1<sup>er</sup> juin 1950<sup>854</sup> a arrêté la liste des entreprises à statut et prévoit que ces textes sont adoptés en Conseil des Ministres. Le Conseil d'Etat a jugé que la liste de ces entreprises n'est pas limitative et que le Gouvernement peut établir par décret des statuts pour d'autres entreprises nationales<sup>855</sup>. Ces statuts peuvent déroger au droit commun du travail. Il arrive cependant que les juridictions doivent les concilier avec le droit du travail.

**570.** Le Conseil d'Etat retient que l'applicabilité du Code du travail s'apprécie au cas par cas. Seuls les articles qui prévoient une application aux entreprises à statut peuvent être évoqués à l'encontre du statut. Ainsi, l'intégralité du livre 2 du Code du travail s'applique aux entreprises publiques à statut en se basant sur l'article L.200-1 qui prévoit que « sont soumis aux dispositions de présent livre les établissements industriels et commerciaux et leurs dépendances, de quelque nature qu'ils soient »<sup>856</sup>. Le Conseil d'Etat interprète cette phrase comme imposant une application du livre 2 du Code aux entreprises publiques à statut. L'article L.131-2 du code prévoit lui objectivement que le Titre III du Code du travail s'applique aux « entreprises publiques ». Par conséquent, les dispositions ne prévoyant pas une telle application ne sont pas opposables au statut<sup>857</sup>. Le Code du travail ne s'applique donc pas aux entreprises publiques à statut sauf lorsque le Code le prévoit. Le Conseil d'Etat doit déterminer comment s'articulent le droit du travail issu de ces principes et les différents statuts. La jurisprudence a établi que, dans le cadre d'une application directe ou indirecte du code, l'application du droit commun du travail peut être

---

financement ». V. CJCE, 23 avril 1991, Höfner et Elser, Rec. p. I-1979, rendu au sujet de l'Agence pour l'emploi allemande.

<sup>854</sup> Repris dans le Code du travail à l'article R.134-1, abrogé par le décret du 8 juin 1983.

<sup>855</sup> V. CE Ass. 13 janvier 1967, Syndicat unifié des techniciens de la Radio-Diffusion-Télévision-Française, rec. p. 10

<sup>856</sup> S'appliquent également aux établissements industriels et commerciaux, de quelque nature qu'ils soient, les dispositions du livre premier relatives aux négociations collectives (titre II), au règlement intérieur (L.122-23 à L.122-39) ; les dispositions sur la représentation du personnel (livre IV), les dispositions du livre V (conflits du travail), du livre VI (contrôle de l'application de la législation et de la réglementation du travail) et du livre IX (formation professionnelle).

<sup>857</sup> Pour une illustration particulièrement didactique, V. CE Ass. 28 juillet 1993, Fédération nationale des tabacs et allumettes FO, rec. p.892, CJEG 1993, p.509 concl. Le Chatelier ; AJDA 1993, p. 682 chron. Manguët et Touvet.

limitée par le statut de l'entreprise publique. Le Code du travail peut ainsi être contourné par la mise en place du « principe de faveur » (a) ou pour des raisons liées à l'économie générale du statut (b).

**a. L'application du « principe de faveur ».**

**571.** Le Conseil d'Etat n'hésite pas à privilégier le statut quand celui-ci accorde des avantages supérieurs à ceux offerts par le Code du travail. La décision *Fédération nationale des tabacs et allumettes FO*<sup>858</sup> précise que le statut du personnel de la SEITA prévaut sur l'article L.122-14 du Code du travail<sup>859</sup> car les dispositions du statut « se bornent à définir des garanties plus favorables que celles du droit commun offertes au salarié pour qu'un licenciement puisse être prononcé pour ce motif ».

**572.** A l'image des conventions collectives, les statuts peuvent donc s'opposer au Code du travail s'ils accordent des droits supérieurs à ceux reconnus dans le Code. La Cour de cassation estime qu'il existe « un principe fondamental du droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application »<sup>860</sup>.

**573.** On peut se poser la question de savoir si la juridiction administrative prend également en compte ce principe. Si le statut prévaut sur le Code du travail lorsque ce statut accorde des garanties plus favorables, le Code prévaut-il sur le statut s'il est plus favorable à l'agent ? La réponse a suscité une opposition juridictionnelle entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. La Haute juridiction judiciaire considéra en effet que l'intégralité des dispositions du Code du travail, **même si elles ne prévoyaient pas** de s'appliquer aux activités industrielles et commerciales, trouvaient à s'appliquer si elles étaient plus favorables que le statut pour le salarié<sup>861</sup>. Cette position avait pour

---

<sup>858</sup> V. CE 28 juillet 1993, préc.

<sup>859</sup> Cet article prévoit les différentes dispositions à respecter lors du licenciement d'un salarié.

<sup>860</sup> V. Soc. 17 juillet 1996, Dr. Soc. 1996, p. 1049 concl. P. Lyon-Caen.

<sup>861</sup> V. Cass. Soc. 11 mai 1993, Rousson c/ EDF, Dr. Soc. 1993, p. 53 note Chorin ; V. également, Ch. Garbar note sous CE Ass. 29 juin 2001, Berton *in* Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz 2002, p. 119 et spéc. pp. 126-127



inconvenient de nier intégralement la valeur de ces statuts, élaborés justement pour déroger au droit commun du travail afin d'assurer des missions de service public. La position de la haute juridiction judiciaire sur ce principe de faveur ne permettait plus à un statut d'imposer des obligations qui contreviennent au Code du travail afin d'assurer la bonne exécution du service public. Le Conseil d'Etat prône, quelques jours plus tard, une position différente qui tend à considérer que les dispositions du Code du travail s'appliquent au statut des entreprises publiques **si et seulement si ces dispositions le prévoient**<sup>862</sup>. Finalement, la Cour de cassation<sup>863</sup> reviendra sur sa décision de 1993 et établira que le Code du travail trouve à s'appliquer aux entreprises à statut **uniquement quand le code le prévoit** et n'évoque plus son ancienne conception du « principe de faveur ». Cette conception du statut, commune aux deux juridictions, permet à ce dernier de survivre et d'assurer son rôle, à savoir la réalisation de l'intérêt général.

**574.** Pour résumer, l'état du droit est le suivant : une disposition du Code du travail peut être opposée au statut d'une entreprise public **seulement si le Code le prévoit** ; la juridiction administrative la fera prévaloir **uniquement si elle est plus favorable que ce que prévoit le statut**.

**575.** Au-delà de ces clarifications essentielles à la pérennité du statut des entreprises publiques, le Conseil d'Etat se réserve toujours la possibilité d'évoquer l'économie générale du statut afin de mettre en échec l'application d'une norme issue du Code du travail.

#### **b. La limite de l'économie générale du statut.**

**576.** La jurisprudence *Berton*<sup>864</sup> est venue poser une nouvelle limite à l'application indirecte du droit commun du travail par le biais de principes généraux du droit. Dans cette

---

<sup>862</sup> V. CE Ass. 28 juillet 1993, Fédération nationale des tabacs et allumettes F.O, CJEG 1993, préc.

<sup>863</sup> V. Cass. 22 février 2000, Air France, Bull. Civ. Ve partie, n°72, D.2000, IR. p. 136

<sup>864</sup> CE Ass. 29 juin 2001, Berton, AJDA 2001 p.48 chron. Guyomar et Collin ; Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz 2002, p. 119 note Ch. Garbar ; CJEG 2001 n°584, p.84 concl. Boissard et p. 94 note Maggi

affaire, l'Assemblée du contentieux a précisé qu'un principe général du droit dont s'inspire le Code du travail s'impose aux contrats conclus entre la SNCF et ses salariés tout en tenant compte, au cas par cas, de l'économie générale du statut. Le Conseil d'Etat fait régulièrement référence aux limites liées aux obligations de service public<sup>865</sup> mais, pour la première fois, il évoque explicitement la limite de l'économie générale du statut.

**577.** Il est possible de définir cette notion en se référant à la notion bien connue d'« économie générale du contrat ». Le contrat est constitué par une addition de droits et d'obligations qui forme un équilibre que les parties ont jugé, l'une comme l'autre, suffisamment intéressant pour contracter. Un droit est accordé à une partie sous réserve d'une obligation pour la seconde. Il en résulte que toutes les dispositions du contrat sont reliées les unes aux autres et forment ainsi l'économie générale du contrat. Le fait de revenir sur une clause risque alors de remettre en cause cet équilibre. Il est possible d'affirmer, par analogie, que le statut d'une entreprise publique est construit sur le même raisonnement. Les agents se voient imposer des obligations motivées par l'accomplissement de la mission de service public. En contrepartie, des avantages compensatoires leur sont reconnus. Le Conseil d'Etat précise dans sa décision *Berton* que les statuts des entreprises publiques doivent respecter les principes généraux du droit du travail dans la limite où il n'est pas porté atteinte à l'économie générale du statut. En d'autres termes, une disposition d'un statut qui contrevient à un principe général du droit peut ne pas être annulée par le juge, si cette atteinte est compensée par d'autres dispositions du statut.

**578.** Cette nouvelle limite dégagée par la formation contentieuse la plus solennelle du Conseil d'Etat démontre bien la volonté de la juridiction administrative de réserver une place essentielle aux statuts des entreprises publiques face aux dispositions d'inspiration privée. L'économie générale du statut est ici évoquée pour la première fois face à une application indirecte du Code du travail. Tout porte à croire que cette limite tendra également à s'opposer à l'application directe du code. La prise en compte de cette notion implique que le Conseil d'Etat souhaite privilégier une répartition des droits et obligations des agents au cas par cas, c'est-à-dire à travers un statut négocié entre les organisations syndicales représentant les agents et les entreprises, plutôt que d'imposer des normes à

---

<sup>865</sup> V. 580 et s.

portée générale. La consécration du statut par l'ordre administratif tend à privilégier une norme négociée face à une norme imposée. A travers cette nouvelle limite, c'est la notion même de statut qui est confirmée comme un ensemble juridique en partie autonome. Logiquement, cette vision devrait s'opposer également à l'application directe du Code.

**579.** Cette limite de l'économie générale du statut présente-elle pourtant une réelle originalité ? Elle semble bien proche de la limite classique des obligations de service public.

### **B. Une application encadrée par les obligations de service public.**

**580.** L'application du Code du travail par le juge administratif est l'un des rares domaines d'appropriation du droit privé dans lequel le juge n'a pas hésité à atténuer la portée de dispositions du droit commun en se basant sur des limites d'intérêt général. Le Conseil d'Etat a écarté l'application directe d'une norme de droit de travail en évoquant des obligations de service public. Aucune jurisprudence de ce type n'a été rendue en matière d'application indirecte où le juge se contente dans la plupart de ses décisions d'évoquer la possibilité de recourir, en cas de besoin, à cette limite. On peut donc dire que l'application directe ou indirecte du Code du travail par la juridiction administrative est tempérée par la prise en compte d'obligations de service public (1). Cette position jurisprudentielle reflète une application maîtrisée et exemplaire du droit privé (2).

#### **1. Une limite opposable lors de l'application directe et indirecte.**

**581.** Le Conseil d'Etat fait régulièrement référence à la limite des obligations de service public lorsqu'il applique du droit privé. L'ordre administratif estime qu'il peut reprendre une norme de droit privé et l'évoquer lors d'un contentieux administratif mais il se réserve

toujours la possibilité de lui opposer une limite liée au bon exercice d'une mission de service public. En d'autres termes, le droit privé ne doit pas mettre en échec une mission de service public impartie à l'administration. Cette limite a été pour la première fois évoquée dans une décision concernant l'élection des comités d'établissement de la Banque de France<sup>866</sup> où le Conseil d'Etat a pris soin de préciser que les dispositions de l'ordonnance du 22 février 1945 sur les comités d'entreprise n'étaient incompatibles, ni avec les dispositions du statut législatif de la Banque de France, ni avec les nécessités de service public assurées par la ladite banque. Cette limite de service public est systématiquement reprise par les juges lors des applications directes<sup>867</sup> ou indirectes du Code, c'est-à-dire à l'occasion de l'érection de principes généraux du droit<sup>868</sup>. Il est difficile de caractériser clairement ces limites de service public car le Conseil d'Etat n'a donné, à notre connaissance, que deux exemples concrets d'aboutissement de cette limite.

**582.** L'assemblée du contentieux a tout d'abord mis en échec l'application d'un article du Code du travail en motivant sa décision par des exigences spécifiques de service public. Dans cette décision<sup>869</sup>, plusieurs agents de la SNCF dont M. Damiens critiquaient la baisse de rémunération qui leur était imposée en application du règlement PS2 de l'entreprise publique qui prévoit que les éléments variables ne sont pas payés pendant les absences de l'agent, et notamment lors des absences de congés payés. L'affaire est portée devant la juridiction prud'homale par ces agents qui se plaignent de ne pas se voir appliquer le Code du travail en son article L.223-11, lequel prévoit que les indemnités de congés payés ne peuvent être inférieures au montant de la rémunération qui aurait été perçue si le salarié avait continué à travailler. Le Conseil de Prud'hommes renvoie une question préjudicielle d'appréciation de légalité du règlement PS2 de la SNCF qui constitue une partie du statut de la SNCF. Il appartient, en effet, à la seule juridiction administrative d'apprécier la légalité des actes à caractère réglementaire qui touchent à l'organisation du service

---

<sup>866</sup> V. CE Sect. 6 mai 1970, Syndicat national du cadre secrétaire comptable de la Banque de France, rec. p. 306

<sup>867</sup> V. CE Ass. 28 juillet 1993, Fédération nationale des tabacs et allumettes F.O, préc.

<sup>868</sup> V. CE Ass. 1<sup>er</sup> juillet 1988, Billard et Volle, préc. ; CE 12 novembre 1990 Mahler, préc. ; CE 28 juillet 1993, Fédération nationale des tabacs et allumettes F.O, préc.

<sup>869</sup> V. CE Ass. 7 juillet 1995, M. Damiens et autres, p.290, CJEG 1995, p.449 concl. Bonichot ; AJDA 1995, p.692 chron. J.-H. Stahl et Chauvaux ; D. 1996, Som. Com. p.230 obs. Chelle et Prétot

public<sup>870</sup>. Le Conseil d'Etat réuni en Assemblée du contentieux devait alors se prononcer sur l'applicabilité de cet article du Code du travail aux agents de la SNCF et sur la légalité du statut face à cet article du Code.

**583.** Le Conseil d'Etat rappelle, dans un premier temps, que l'article évoqué du Code du travail fait partie du livre II de ce code qui s'applique aux établissements industriels et commerciaux, de quelque nature qu'ils soient, et donc à l'entreprise publique à statut SNCF. Dans un second temps, les juges du Palais Royal considèrent pourtant que l'article L.223-11 du Code du travail ne peut trouver à s'appliquer au cas d'espèce car son contenu est incompatible avec les nécessités de service public de l'entreprise. Cette limite de service public est évoquée depuis longtemps par le Conseil d'Etat mais, pour la première fois, la Haute juridiction applique concrètement ce principe en acceptant qu'une mesure réglementaire puisse contourner une obligation législative contenue dans le Code du travail. L'Assemblée du contentieux met en avant les exigences de continuité du service. On peut donc penser que c'est en quelque sorte le principe constitutionnel de continuité<sup>871</sup> du service public qui justifie cette position.

**584.** Il paraît pourtant difficile de justifier le fait que le service public soit atteint dans son fonctionnement à cause d'une hausse de rémunération des agents. La lecture des conclusions du commissaire du gouvernement<sup>872</sup> laisse apparaître une autre interprétation. M. Bonichot n'hésite pas à préciser les raisons qui vont dans le sens de la prise en compte des obligations de service public. Il précise qu'« il est vrai qu'en théorie, on pourrait payer les congés comme c'est prévu dans le Code du travail, mais il est certain qu'alors l'ensemble du système que nous vous avons décrit [un ensemble de contraintes et de faveurs] devrait être changé. Pourquoi ? Parce qu'il réalise en réalité un équilibre des avantages et des inconvénients liés au service public. Les contraintes sont fortes pour les agents ; elles ont été contrebalancées par des avantages. [...] Y ajouter le paiement dans les conditions du Code du travail serait faire de l'ensemble un système extraordinaire favorable qui cumulerait en quelque sorte tous les avantages mais ne serait évidemment

---

<sup>870</sup> V. CE 10 novembre 1961, *Missa et Association les résistants de la radiodiffusion française*, rec. p. 636, pour les SPIC gérés par le EPIC ; TC 15 janvier 1968 *Air France c/ Epoux Barbier*, préc., pour les SPIC gérés par des personnes privées.

<sup>871</sup> CE 13 juin 1980, *Mme Bonjean*, rec. p. 974 ; D.1981, p. 941 note *Toutlemonde*. CC 25 juillet 1979, *AJDA* 1980, p. 191 note *Legrand* ; *Dr. Soc.* 1980, p. 446 note *D. Turpin*

<sup>872</sup> *Concl. Préc.*

pas tenable. Là est le véritable lien entre les modalités de paiement de la période de congés et le reste du système : dans ses fondements, dans les idées qu'il inspire, il est différent de celui du Code du travail. ».

**585.** A la lecture de ces arguments, il est difficile de savoir si la limite est motivée par des raisons d'équilibre général du statut ou pour des raisons de service public. On peut tout du moins en conclure que ces deux principes sont sensiblement proches. Dans l'arrêt *Damiens*, le Conseil d'Etat ne veut pas accorder les avantages issus du Code du travail aux agents de la SNCF car ceux-ci jouissent déjà de mesures très favorables. Le commissaire du gouvernement précise bien qu'accorder ces mesures nécessiterait une remise en cause du statut. On est donc loin d'une décision motivée par la continuité du service public et c'est bien l'économie générale du statut qui semble justifier la solution audacieuse des juges. Il est pourtant difficile d'opposer radicalement les notions de statut et de service public. Le statut est justement établi pour permettre l'exercice d'une mission de service public. Derrière l'équilibre général du statut, il y a des exigences de service public. Ces deux notions sont tout simplement liées l'une à l'autre et ne semblent former, pour l'instant, qu'une seule et même limite. La décision *Damiens* présentée comme particulièrement représentative des limites de service public que peuvent opposer les juridictions administratives face à une application du droit commun semble donc en fait s'appuyer sur des raisons pratiques d'économie générale du statut.

**586.** Il faut attendre une décision de 2003<sup>873</sup> relative à la Banque de France pour voir consacrée une incompatibilité concrète entre le Code du travail et des obligations de service public. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat avait à connaître de la légalité d'une décision du Conseil général de la Banque de France complétant le statut du personnel en modifiant certaines règles relatives à la durée du travail des agents concourant à l'exécution des opérations liées à la mise en circulation des billets et pièces métalliques frappés en euros. La saisine faisait valoir que cette décision était contraire aux dispositions du Code du travail relatives à la durée du travail. Après avoir rappelé que les dispositions du code qui ne sont incompatibles ni avec le statut ni avec les missions de service public de

---

<sup>873</sup> V. CE, 21 février 2003, Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières, p.47, DA avril 2003, p. 23 note GLC

la banque trouvaient bien à s'appliquer à son personnel non statutaire<sup>874</sup>, la Haute juridiction admet que les règles du code concernant la durée du travail, les heures supplémentaires, le repos hebdomadaire, n'étaient pas compatibles avec les obligations de service public liées aux opérations afférentes à la mise en circulation de nouveaux instruments de paiement. Il est intéressant de noter que les juges n'hésitent pas à effectuer un contrôle de la qualification juridique des faits sur la décision du Conseil général de la Banque. Ils notent, en effet, que les dispositions contrevenant au Code du travail sont justifiées par le fait qu'elles sont « temporaires » et « strictement adaptées » à « une opération d'une ampleur exceptionnelle ».

**587.** La présente affaire offre un des rares exemples, si ce n'est le premier, de l'inapplication du Code du travail pour des raisons liées aux obligations de service public. Nous avons vu que la décision *Damiens*<sup>875</sup> était fondée sur une incompatibilité statutaire plutôt que sur les nécessités de service public. La décision de 2003 pose, pour sa part, une véritable incompatibilité avec le service public. La motivation du Conseil d'Etat pour confirmer l'inapplication du Code du travail repose sur les obligations de mettre en circulation, en temps et en heure, les nouvelles pièces de monnaie et billets frappés en euros. En l'espèce, l'intérêt général prime sur l'intérêt particulier des salariées de la Banque de France et la décision ne repose en aucun cas sur une contrariété statutaire. L'application jurisprudentielle graduelle de cette limite de service public nous conduit à qualifier cette évolution d'exemplaire.

## **2. Une application exemplaire.**

**588.** Il n'est pas étonnant que le premier cas d'opposition des obligations de service public afin de mettre en échec l'application de dispositions du droit privé ait eu lieu en matière sociale. Le juge administratif recourt depuis très longtemps aux normes de droit social dans le contentieux de la légalité administrative. Une décision de la section des

---

<sup>874</sup> V. CE 22 novembre 2000, Syndicat autonome du personnel de la Banque de France, préc. ; CE 2 octobre 2002, Banque de France, p. 321, DA 2003, n°10 note D.P

<sup>875</sup> V. CE Ass. 7 juillet 1995, M. Damiens et autres, préc.

travaux publics du Conseil d'Etat de 1948<sup>876</sup> permettait déjà d'appliquer les dispositions du Code du travail aux entreprises publiques lorsque le code le prévoit. La Haute juridiction administrative dégage des principes généraux issus du droit du travail depuis 1973<sup>877</sup>. On peut penser que les juridictions administratives ont eu le temps de se familiariser avec le Code du travail. Cette source de légalité n'a rien à voir avec le droit de la concurrence, le droit des assurances ou le Code de la consommation qui ne sont, pour leur part, appliqués que depuis très peu de temps par les juridictions administratives. Il aurait été délicat pour le juge administratif de mettre en échec une disposition du Code pénal pour des raisons liées à l'intérêt général. Si les normes pénales sont également reprises depuis un certain temps par les juridictions administratives<sup>878</sup>, leur nature hybride et leur caractère spécifique<sup>879</sup> font qu'il est difficile pour les juges administratifs de contourner leur application pour des raisons liées à la bonne marche du service public. Michel Degoffe précise que « l'autonomie du droit administratif par rapport au Code civil ou au Code du travail par exemple se justifie selon le juge administratif par les nécessités du service public ou de l'incompatibilité de la règle civile avec un régime de droit administratif. L'on ne voit pas en quoi de telles nécessités pourraient justifier une dérogation à l'application d'un livre du Code pénal justement consacré à la chose publique. »<sup>880</sup>. Il est donc logique que l'application du droit du travail par le juge administratif nous fournisse le premier exemple concret de non-application du droit commun pour des raisons fondées sur l'intérêt général.

**589.** La théorie exposée par André Hauriou<sup>881</sup> qui prévoit une application du droit privé par le juge administratif en trois temps est respectée. Après le transfert de la norme de droit privé, puis les mouvements de réaction, les juges administratifs en arrivent à l'adaptation de la règle à l'action administrative. Il a fallu plus de cinquante ans au Conseil d'Etat pour

---

<sup>876</sup> Cité par M. Rougevin-Baville, concl. sur CE Sect. 6 mai 1970, Syndicat national du cadre secrétaire-comptable de la Banque de France, rec. p. 306

<sup>877</sup> V. CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, préc.

<sup>878</sup> V. CE Sect. 9 novembre 1928, Bertrand, rec. p. 1149 ; D. 1229, p. 26 concl. Dayras

<sup>879</sup> V. 391 et s.

<sup>880</sup> Michel Degoffe, note sous CE 6 décembre 1996, Lambda, RA 1997, p. 272, spéc. p. 274

<sup>881</sup> André Hauriou, L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome 3, Sirey, 1934, p. 92. Pour une étude complète de cet article, V. 270 et s.



conclure ce mouvement par une adaptation. Nous ne pouvons que regretter la lenteur du processus et la rareté des exceptions posées par les juridictions administratives. Il reste que l'application du droit du travail par l'ordre administratif est l'exemple à suivre lors des nouvelles applications du droit privé. Il est évident que les juges doivent multiplier les cas d'adaptation des normes de droit privé aux spécificités du droit administratif. L'application du droit du travail a été limitée par le statut des entreprises publiques et par les obligations de service public. Les droits de la consommation, de la concurrence et des assurances sont encore trop rarement appliqués de cette manière par les juridictions administratives.



## Conclusion du second Chapitre :

**590.** Les juges administratifs recourent régulièrement au droit privé afin d'améliorer le droit administratif et notamment la situation des usagers et des agents des services publics. L'usager se voit souvent opposer le droit privé par la juridiction judiciaire lorsqu'il est en relation avec un service public industriel et commercial. Cette confrontation au droit privé est renforcée par la juridiction administrative qui fait de plus en plus référence au droit de la consommation pour favoriser la position de l'usager face au service public industriel et commercial. Une étude de la jurisprudence démontre clairement qu'il n'y a aucune raison que ce recours au droit privé se limite à l'usager de ce type de service. Rien n'empêche le Conseil d'Etat d'étendre les recours à des normes d'origine privée afin de favoriser de façon limitative l'usager du service public administratif.

**591.** Le droit du travail vient régulièrement enrichir la légalité administrative à travers des applications directes du code, aussi bien que par des principes généraux du droit s'inspirant expressément de ce code. Lorsque la juridiction administrative se réfère au droit social afin d'améliorer la condition des agents des services publics, la jurisprudence laisse clairement apparaître la volonté des juges de combler les lacunes du droit administratif à travers ces applications expresses ou tacites du code. Le fait que le Conseil d'Etat ait confirmé que le Code du travail s'applique intégralement aux agents non titulaires de la Banque de France démontre que des missions de service public peuvent être assurées efficacement par des agents évoluant dans un système juridique essentiellement privé. Ce même exemple illustre les limites de l'application du droit privé par les juges administratifs qui doivent articuler des notions aussi antinomiques que l'intérêt général et les intérêts privés. Ainsi le Conseil d'Etat n'a pas hésité à mettre en échec une disposition du Code du travail relative au temps de travail incompatible avec les missions d'intérêt général que doit assurer l'institution financière. La reprise du droit social par la juridiction administrative devient alors un exemple particulièrement intéressant de l'application du droit privé par l'ordre administratif : les juges peuvent recourir au cas par cas à des normes d'origine privée dans des contentieux concernant des missions de service public mais ils doivent toujours prendre en compte leur mission première, la protection de l'intérêt général. Les juges doivent systématiquement mettre en échec ce type de norme lorsque le bon accomplissement des missions imparties aux pouvoirs publics est menacé. Ce système

d'appropriation du droit privé par l'ordre administratif peut servir de référence à l'ensemble des applications du droit privé par les juridictions administratives.

## **Conclusion de la seconde Partie :**

**592.** L'extension du bloc de légalité administrative n'est pas empirique mais répond à un certain nombre d'objectifs rationnels. Les applications contemporaines du droit privé par l'ordre administratif peuvent être regroupées en deux catégories. D'une part, les juges essaient de défendre leur domaine de compétence, en n'hésitant pas à concurrencer l'ordre judiciaire sur son propre domaine de compétence. D'autre part, la juridiction administrative utilise les normes d'origine privée pour améliorer le droit administratif et combler ses lacunes.

**593.** Ces objectifs poursuivis par les juridictions administratives semblent réalisés. Dans un premier temps, le juge administratif est devenu en quelques années un acteur incontournable dans l'application du droit de la concurrence alors même que ce contentieux semblait devoir lui échapper. Si la reprise du droit pénal par le juge administratif reste encore limitée, il est probable que le recours pour excès de pouvoir tendra progressivement à se pénaliser, ce qui ferait participer la juridiction administrative à la pénalisation croissante des activités publiques et de la société. Dans un second temps, la prise en compte du Code de la consommation et du Code du travail semble particulièrement efficace. Les buts poursuivis par le juge administratif, à savoir le comblement des lacunes et l'amélioration du droit administratif, sont atteints dans la mesure où la prise en compte de ces normes conduit indéniablement à améliorer la situation des sujets du droit administratif. Au-delà des objectifs recherchés par la juridiction administrative, l'enrichissement de la légalité administrative a pour conséquence de modifier substantiellement le droit applicable à l'administration.

**594.** Nous verrons dans la troisième partie que cette prise en compte multipliée du droit privé par les juridictions administratives entraîne des transformations importantes des acteurs et du droit administratif. Si ces évolutions sont majoritairement bénéfiques pour le système juridique administratif, il est cependant essentiel et vital pour la juridiction administrative d'affirmer sa compétence en donnant sa propre interprétation du droit privé, c'est-à-dire en prenant en compte les fondements du droit administratif.



**TROISIEME PARTIE**

**UNE EXTENSION SALVATRICE.**

**595.** L'enrichissement de la légalité administrative par des sources classiquement appliquées par le juge judiciaire est un fait. Les droits de la concurrence et de la consommation, le droit pénal, le droit du travail et le droit des assurances sont devenus des sources de travail familières pour le juge de l'excès de pouvoir. Nous nous sommes jusqu'à présent efforcés de voir dans quelle mesure cette ouverture était possible et dans quelle proportion elle s'organisait. Il convient dorénavant de s'interroger sur les conséquences de ce phénomène. L'opposition symbolique qui existe entre droit public et droit privé amène souvent à appréhender ces relations comme une lutte qui doit obligatoirement conduire à l'affaiblissement de l'un ou l'autre de ces deux systèmes juridiques. Ce postulat n'emporte pas notre conviction. Nous préférons voir ce processus d'extension comme une avancée bénéfique, un enrichissement pour le droit administratif dans son ensemble. Il semble, comme nous l'avons déjà démontré<sup>882</sup>, que ces passerelles entre les deux ordres de juridiction démontrent l'impossibilité de présenter le dualisme juridictionnel français comme un système totalement cloisonné. Il existe en réalité des échanges et un dialogue entre les deux ordres. Pourquoi ces échanges aboutiraient-ils forcément à une victoire ou une défaite d'un système juridique sur l'autre ? Il nous semble au contraire que ces mouvements illustrent la bonne santé de notre droit administratif et ne doit pas être appréhendé comme un combat duquel doivent sortir un vainqueur et un vaincu. George Vedel expliquait que le droit administratif et le droit civil ne pouvaient s'ignorer au risque d'« accepter l'idée monstrueuse que droit administratif et droit civil sont deux « ordres juridiques » non seulement différents mais absolument impénétrables l'un à l'autre, comme le seraient, non l'ordre juridique français et l'ordre juridique anglais ou soviétique entre lesquels la théorie du conflit des lois établit des ponts mais comme deux ordres juridiques trouvant respectivement place dans deux planètes s'ignorant totalement l'une l'autre. »<sup>883</sup>. Cette analyse peut être faite pour les relations entre le droit administratifs et les nouvelles sources de légalité que nous étudions. C'est le cloisonnement qui serait « monstrueux », mais le dialogue est, lui, bénéfique. Cet effet salvateur paraît s'imposer à plusieurs niveaux. Dans un premier temps, ce sont les acteurs du droit administratif qui se trouvent profondément bouleversés. L'administration et la juridiction administrative se voient reconnaître de nouveaux droits et de nouvelles obligations. Dans un second temps, c'est la

---

<sup>882</sup> V. 117 et s.

<sup>883</sup> Georges Vedel note sous Trib. Civ. Seine, 28 novembre 1952, Dr. Giry, JCP 1953, n° 7371



conception du droit administratif lui-même qui se trouve notablement transformée. Peut-on toujours enseigner que le droit administratif est un droit exorbitant du droit commun c'est-à-dire différent du droit privé ? Le droit administratif est-il « privatisé », c'est-à-dire nié en tant que structure autonome ou, au contraire, peut-il tirer des bénéfices de cette ouverture ? Afin de répondre à ces questions, nous devons étudier la transformation des acteurs du droit administratif (Chapitre I) puis la transformation du droit administratif (Chapitre II).

## **Chapitre I : La transformation nécessaire des acteurs du droit administratif.**

596. L'enrichissement de la légalité administrative entraîne une transformation des acteurs du droit administratif. Si les sujets du droit administratif que sont les usagers et les agents se voient reconnaître de nouveaux droits<sup>884</sup>, les acteurs, c'est-à-dire l'administration et le juge administratif, sont aussi amenés à se transformer sous l'influence des nouvelles normes de légalité. Les droits de la consommation et de la concurrence ont une influence évidente sur le fonctionnement de l'administration. Celle-ci se voit imposer de nouvelles obligations mais se voit aussi reconnaître de nouveaux droits qui peuvent tendre à améliorer ses capacités d'action. On constate de plus que l'action administrative économique tend à se voir opposer des normes qui encadrent classiquement l'action économique des personnes privées. Le travail du juge administratif est lui aussi conduit à évoluer notamment sous l'influence du droit pénal et du droit de la concurrence. Ce dernier amène, par exemple, le juge à développer massivement un contentieux économique et, par conséquent, à utiliser de nouvelles méthodes d'analyse. Il serait logique de penser que l'évolution de la légalité administrative entraîne uniquement des mutations de l'action du juge de l'excès de pouvoir. Nous verrons que se sont en réalité plusieurs types de contentieux administratifs qui sont amenés à se transformer. Afin d'étudier ces différents phénomènes nous aborderons dans un premier temps la banalisation de l'administration (Section I) puis dans un second temps la transformation du juge administratif (Section II).

---

<sup>884</sup> V. 439 et s.

## **Section I : La banalisation de l'administration.**

**597.** L'intégration de normes de droit privé dans le bloc de légalité administrative conduit nécessairement à une banalisation de l'administration dans la mesure où l'action de cette dernière se voit en partie opposer le même droit que les personnes privées. Il est essentiel de s'interroger sur les conséquences de cette évolution. Quelles transformations vont-êre induites par ce constat ? L'administration subit indéniablement des mutations dues à l'évolution de la légalité administrative. Le fait qu'elle ait de plus en plus d'obligations à respecter face à ses concurrents et à ses usagers participe en quelque sorte à un affaiblissement de la puissance publique dont l'action est solidement encadrée. Mais, paradoxalement, l'intégration de ces nouvelles normes dans le bloc de légalité administrative peut se retourner à l'avantage de l'administration. En effet, si le droit de la concurrence met sur un pied d'égalité les opérateurs privés et publics, il n'y aucune raison que ces derniers ne puissent pas intervenir sur le marché concurrentiel. De plus, le droit de la consommation permet d'améliorer la situation de l'utilisateur mais pourrait également permettre aux personnes publiques de bénéficier à leur tour d'un certain nombre de droits reconnus par le Code de la consommation. Il semble donc que, si l'administration paraît tout d'abord affaiblie par ces évolutions (I), ces dernières ne manifestent qu'une simple transformation de l'administration (II).

### **I- Une administration affaiblie.**

**598.** L'extension du bloc de légalité administrative laisse à penser que l'administration risque de se retrouver affaiblie par ces nouvelles obligations. La prise en compte du droit de la consommation et de la concurrence restreint les capacités d'action de l'administration en tendant à favoriser les usagers des services publics et les opérateurs concurrents. On pourrait penser que l'administration se trouve alors écrasée par la multiplication de ces nouvelles normes qu'elle doit dorénavant respecter. Si l'administration est certes affaiblie, car son action est de plus en plus encadrée, nous verrons par la suite qu'il semble plus approprié de parler de transformation de l'action administrative. On constate ainsi un renforcement du contrôle de l'interventionnisme de l'administration (A) et une soumission grandissante de cette dernière au droit de la consommation (2).

## **A. Le renforcement du contrôle de l'interventionnisme.**

**599.** L'interventionnisme économique de l'administration se trouve, comme nous l'avons vu<sup>885</sup>, soumis au respect de nouvelles normes qui nous viennent de législations encadrant à l'origine des comportements privés. Le droit de la concurrence a été intégré dans le bloc de légalité administrative par le juge administratif. Les nouvelles obligations qui en découlent obligent l'administration à s'ajuster aux règles du marché (1). Cette adaptation concerne une grande partie de l'action administrative car le juge adopte une conception large de l'interventionnisme économique (2).

### **1. L'adaptation de l'administration aux règles du marché.**

**600.** L'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative est qualifiée par Bertrand du Marais de « révolution copernicienne »<sup>886</sup>. Il considère que la puissance publique passe d'une situation de « piédestal » à une logique de « marché »<sup>887</sup>. Il est vrai que le droit de la concurrence impose une logique égalitaire à l'action économique administrative alors que l'administration est plus habituée à évoluer dans une situation inégalitaire où elle peut imposer son action aux personnes privées<sup>888</sup>. Cette nouvelle conception bouleverse le fonctionnement de l'administration qui doit se soumettre à une logique de marché qui lui est étrangère. Il est indéniable que cette évolution du droit applicable à l'administration affaiblit cette dernière dans le sens où elle ne peut plus agir aussi librement que par le passé dans le domaine économique.

**601.** La réduction progressive des monopoles imposée par Bruxelles implique que la plupart des activités économiques assurées par et pour le compte de l'Etat sont maintenant soumises à la concurrence. Rappelons-nous qu'il n'y a pas si longtemps il n'était possible d'acheter un téléphone que dans les agences des PTT. Chaque foyer a maintenant la

---

<sup>885</sup> V. supra, Partie II

<sup>886</sup> B. du Marais, Droit public de la régulation économique, Dalloz, 2004, p. 180

<sup>887</sup> Ibid., p. 181

<sup>888</sup> V. Les actes du colloque « concurrence publique, bilan et perspectives contentieuses », RJEP 2004 pp. 403-436

possibilité de choisir entre des dizaines d'offres pour conclure un contrat de fourniture de prestations téléphoniques.

**602.** Cette évolution du monopole de service public vers une concurrence renforcée n'est, entre autres, rendue possible que par l'opposition de règles de concurrence aux anciens opérateurs nationaux. Ces derniers ont dû se soumettre à une logique de marché pour ne pas jouir d'avantages anticoncurrentiels par rapport à leurs nouveaux concurrents. En effet il est inutile d'ouvrir un marché à la concurrence sans accompagner cette dynamique de règles organisant la compétition. Laurent Cohen-Tanugi précise qu'« à la différence du monopole, surtout s'il est public, la concurrence a besoin de règles et d'arbitres pour s'exercer : l'ouverture d'espaces de liberté économique génère à la fois la complexité et un besoin de régulation. »<sup>889</sup>. Comment imaginer que l'ouverture du marché de la distribution de l'électricité puisse s'organiser de façon cohérente si l'on n'impose pas à l'opérateur historique qu'est Electricité de France de se soumettre aux règles prévues par l'ordonnance de 1986 et par le Traité de Rome ? La gestion du domaine public peut par exemple avantager l'action administrative face à ces concurrents. Il paraît évident que sans règles de concurrence, Aéroports de Paris continuerait à attribuer les meilleures aérogares à la société Air France. Dans le même sens, sans règle de concurrence, les collectivités territoriales favoriseraient les liaisons maritimes ou les services de bac qu'elles assurent elles-mêmes en privilégiant leur accès au rivage et aux infrastructures portuaires. Ces situations inégalitaires peuvent être mises en place par des actes administratifs. Il appartient à la juridiction administrative d'en connaître en appliquant au besoin le droit de la concurrence. Sans ce contrôle juridictionnel, les sociétés rivales privées ne pourraient pas entrer dans le jeu d'une saine concurrence. Ces exemples démontrent que l'ouverture à la concurrence d'une activité exercée exclusivement par l'action administrative doit s'accompagner de l'opposition à la puissance publique de règles prenant en compte cette logique concurrentielle.

**603.** La portée de cette évolution est parfaitement résumée par le conseiller d'Etat Bertrand du Marais : « D'un strict point de vue topographique, les pouvoirs publics entrent dans le jeu commun des acteurs de la société. »<sup>890</sup>. On peut préciser que cette évolution se limite à l'action économique des pouvoirs publics ; on parle alors de banalisation de

---

<sup>889</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *La révolution juridique et judiciaire*, in *Notre justice*, Daniel Soulez Larivière et Hubert Dalle (dir.), Robert Laffont, 2002, p. 63

<sup>890</sup> Ibid.

l'action économique administrative. Peut-on pour autant dire que celle-ci se trouve affaiblie ? la réponse doit être nuancée. La prise en compte du droit de la concurrence par la juridiction administrative oblige l'administration à se soumettre lors de son action économique à de nouvelles obligations. Nous venons de démontrer que l'attribution de droits spéciaux et l'exercice de ces faveurs sont dorénavant encadrés par cette logique. Il est évident que l'administration est moins libre dans ses choix et dans son organisation. Pour autant, l'imposition de ces nouvelles normes n'entraîne pas forcément un affaiblissement de l'action administrative. Nous verrons par la suite qu'il semble plus sage de parler de transformation ou d'évolution de l'action économique administrative. La dynamique du droit de la concurrence accompagne, nous l'avons dit, la logique d'extinction des monopoles des activités économiques publiques voulue par les communautés européennes. L'une ne va pas sans l'autre ; on peut donc dire que la soumission de l'action économique administrative aux règles de concurrence est nécessaire car elle s'inscrit dans une logique plus générale d'ouverture des marchés. Sous cet angle, il apparaît que l'administration ne se trouve pas affaiblie par la soumission à ces nouvelles obligations. C'est au contraire la position inverse qui aurait affaibli l'administration. Le refus du juge administratif de soumettre l'action administrative au droit de la concurrence aurait alors détourné cette dernière des évolutions contemporaines de la société. L'ensemble des acteurs du droit administratif aurait alors été marginalisé. Le droit de la concurrence s'inscrit dans un processus global de modification de la perception de l'action administrative. Refuser d'opposer le droit de la concurrence à l'action des pouvoirs publics équivaut à nier cette réalité et à présenter ces derniers comme incapables de se réformer. Nous y reviendrons<sup>891</sup>.

**604.** L'administration se voit opposer lors de son action économique davantage de contraintes que par le passé. Il est intéressant de constater que cette action est appréciée de façon large, ce qui conduit à des répercussions sur l'action administrative dans sa quasi-intégralité.

---

<sup>891</sup> V. 618 et s.

## 2. La prise en compte d'une conception large de l'interventionnisme.

**605.** Nous avons présenté le droit de la concurrence comme un ensemble de règles accompagnant la fin des monopoles publics. On pourrait en conclure que seules les activités des entreprises publiques sont visées par ce droit. La réalité va bien au-delà de ce constat. C'est l'ensemble de l'activité administrative qui est susceptible d'être contrôlé par le biais du droit de la concurrence. Le Conseil d'Etat a retenu une conception large du domaine d'application du droit de la concurrence. Ainsi, les activités de production, de distribution et de services visées par l'ordonnance de 1986 sont entendues amplement par la juridiction administrative. Un acte administratif émanant d'une collectivité locale<sup>892</sup>, de l'Etat<sup>893</sup> ou d'un établissement public administratif<sup>894</sup>, et qui entraîne une répercussion économique peut être contrôlé sur le fondement de l'ordonnance. Rappelons que dans l'arrêt *Société L&P publicité*<sup>895</sup> ou dans la décision *Commune d'Houlgate*<sup>896</sup>, le Conseil d'Etat n'hésite pas à soumettre aux dispositions de l'ordonnance une mesure de police administrative. Il semble que dorénavant, tout acte de l'administration est évalué à l'aune de son effet sur le marché. Si la décision administrative a une influence sur le marché, elle doit respecter le droit de la concurrence. Or on peut imaginer que tout acte de l'administration soit susceptible d'avoir un impact économique<sup>897</sup>. La décision d'un Maire de placer une rue en stationnement payant ou pas peut être considérée par certains commerçants comme ayant un impact économique dans la mesure où un stationnement payant multiplie les allées et venues des passants qui garent et viennent chercher leur voiture, ce qui augmente la fréquentation des magasins. Potentiellement, la plupart des

---

<sup>892</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, p.406, RFDA 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; RDP 1998, p.256 note Y. Gaudemet ; AJDA 1997, p. 945 chr. Girardot et Raynaud ; AJDA 1998, p. 247 note Guézou

<sup>893</sup> CE 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, p. 491

<sup>894</sup> CE 1 avril 1998, Union hospitalière privée, p. 114

<sup>895</sup> CE Sect. Avis 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, p.526, D. 2001, n°26 p.2110, note Nathalie Albert ; RFDA 2001, concl. S. Austray ; RDP 2001, p. 393 note C. Guettier ; AJDA 2001, p. 198 note M.-C. Rouault

<sup>896</sup> CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houlgate, p.138, DA juin 2006, p. 23 ctaire. Alain Ménéménis ; AJDA 2006, p. 751 note. Jean-David Dreyfus ; BJCP 2006, p. 203 concl. Didier Casas ; Lamy coll. Terr., mai 2006, n° 13 obs. E. Glaser ; V. également, Jean-Pierre Jouguelet, Remarques sur la passation des délégations de service public et les atteintes au droit de la concurrence, RJEP 2007, p. 288

<sup>897</sup> Dans ce sens, V. Nathalie Albert, Police administrative et droit de la concurrence : les liaisons dangereuses, D. 2001, jurisp., p. 2110

décisions administratives sont donc susceptibles d'être contrôlées par le biais du droit de la concurrence.

**606.** Doit-on pour autant en déduire un affaiblissement de l'action administrative ? L'ordonnance de 1986 sanctionne principalement les ententes et les abus de position dominante<sup>898</sup>. L'administration se trouverait-elle plus forte si elle pouvait mettre en place des systèmes d'entente ou si elle permettait à une entreprise d'user de sa position dominante ? Nous ne le pensons pas. En forçant le trait, on peut dire que si l'administration n'avait aucune règle juridique à respecter, elle serait automatiquement plus libre et plus forte. Elle serait en revanche illégitime car son pouvoir ne serait pas encadré, ce qui contribuerait inexorablement à son affaiblissement. Il nous semble par conséquent que cette prise en compte large de l'interventionnisme économique qui vise à soumettre une partie conséquente de l'activité administrative au respect du droit de la concurrence ne peut que servir l'administration en démontrant qu'elle évolue dans un cadre juridique moderne, en phase avec les évolutions de la société. Il suffit de penser à ce que seraient les commentaires en cas d'application restreinte du droit de la concurrence pour s'en persuader<sup>899</sup>.

**607.** L'administration semble avoir peu à perdre du fait de cette application large. Comme nous l'avons vu, l'action publique ne se trouve pas affaiblie et, de plus, il est toujours possible pour un juge d'évoquer une limite d'application fondée sur l'intérêt général ou la bonne exécution du service public, comme il le fait dans l'affaire de la liaison maritime de l'île d'Yeu<sup>900</sup>. Un comportement anticoncurrentiel peut ainsi être toléré s'il est favorable au service public rendu.

**608.** Il semble donc excessif de dire que l'administration se trouve affaiblie par l'application large du droit de la concurrence. Il paraît préférable de parler de transformation et d'encadrement de l'action administrative. Le respect de nouvelles obligations est toujours pesant pour son destinataire mais il ne conduit par forcément à son

---

<sup>898</sup> Pour un détail des comportements sanctionnés par le droit de la concurrence, V. 649 et s.

<sup>899</sup> V. pour un exemple, Pierre Sargos, Le droit de la concurrence gravement malmené, Le Monde, 15 décembre 1999, p. 17

<sup>900</sup> CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n°1712 note M.-C. Rouault ; DA 2004, comm. 161 note Michel Bazex et Sophie Blazy

affaiblissement. Au contraire, l'adaptation de l'administration à ces règles démontre sa capacité d'évolution face aux exigences de la société et la place comme un acteur légitime dans l'exercice du pouvoir. La soumission de l'administration aux règles issues du Code de la consommation semble aller dans le même sens.

## **B. L'administration soumise aux contraintes du droit de la consommation.**

**609.** Le droit de la consommation a fait une entrée remarquée dans le bloc de légalité administrative qui a été suivie par plusieurs références au Code de la consommation par le juge de l'excès de pouvoir<sup>901</sup>. La pénétration du droit de la consommation soumet l'administration à un certain nombre de contraintes vis-à-vis de ses usagers qui ressemblent de plus en plus à des clients<sup>902</sup>. Toutefois, il apparaît que l'opposition du droit de la consommation se limite à des activités bien précises de l'administration (1). C'est donc une partie limitée de l'action administrative qui est cette fois-ci confrontée au poids de ces nouvelles obligations. De plus, cette soumission, bien que contraignante, n'en paraît pas moins nécessaire (2).

### **1. Le contrôle d'un domaine d'action restreint.**

**610.** Le droit administratif est saisi par le droit de la consommation. Le juge de l'excès de pouvoir n'hésite pas à contrôler la légalité d'actes administratifs sur le fondement du Code de la consommation. Il est inutile de revenir sur le domaine d'application spécifique de chaque norme issue du Code de la consommation reprise par le juge administratif<sup>903</sup>. Il est cependant intéressant de prendre du recul et d'essayer de savoir si un secteur d'activité en particulier semble sujet à cette application. Il apparaît que la prise en compte du droit de la consommation par le juge administratif concerne exclusivement des activités

---

<sup>901</sup> V. 440 et s.

<sup>902</sup> V. Christian Barbier, L'usager est-il devenu le client du service public ?, JCP1995, n°3816 ; Jean-Pierre Bizeau, Usagers ou clients du service public ? Le discours de l'administration, RA 1997, p. 209

<sup>903</sup> Pour le détail de ce domaine d'application, V. supra, Partie II



économiques de service. Le code est venu encadrer des activités de distribution d'eau<sup>904</sup>, des prestations de transport par rail<sup>905</sup>, de transport routier de marchandises<sup>906</sup> et la fourniture de services téléphoniques<sup>907</sup>. Peut-on voir un point commun à chacune de ces activités ? On peut résumer par le fait que deux secteurs distincts d'action administrative sont concernés. D'une part l'action directe qui vise à proposer des biens et services sur le marché concurrentiel comme la distribution d'eau par exemple<sup>908</sup>. D'autre part, l'activité administrative qui vise à réglementer la proposition de biens et services, que cette activité soit de service public ou pas, comme les décisions organisant le marché de prestations téléphoniques<sup>909</sup> ou l'offre de transport de passagers par rail<sup>910</sup>. C'est donc l'ensemble des moyens d'action des personnes publiques sur les prestations de services économiques qui peut être soumis au droit de la consommation par le juge administratif.

**611.** Il est possible d'inverser les données du problème et d'opérer une autre présentation du champ d'application du droit de la consommation sur l'action administrative. On peut considérer que l'administration peut se voir opposer le droit de la consommation si son action a pour conséquence une répercussion sur un consommateur. Dans toutes les situations évoquées plus haut, l'action des pouvoirs publics avait toujours pour conséquence de toucher un consommateur. Rappelons qu'il règne une grande incertitude sur la notion de consommateur. On peut toutefois s'accorder sur le fait que ce dernier semble être un acquéreur de biens de consommation<sup>911</sup>. Il semble donc que lorsque

---

<sup>904</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p. 348, AJDA 2001, p.893 note G.Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurispr. p. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Viteau, AJDA 2006, p. 1289, n. Jacques Fialaire

<sup>905</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G. Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier.

<sup>906</sup> CE 6 juillet 2005, Société Dodin, p.309, JCP 2005, IV, 3010

<sup>907</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, p.400, RFDA 2003, p. 1259, DA 2004 note M. Bazex et S. Blazy, N°18, p. 36, AJDA 2004, p. 666 note Laget-Annamayer

<sup>908</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, préc.

<sup>909</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, préc.

<sup>910</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, préc.

<sup>911</sup> Sur l'incertitude de la définition et pour une étude complète de cette notion, V. 471 et s.

l'administration agit comme prestataire de service ou lorsqu'elle réglemente une activité économique, elle peut se voir opposer le Code de la consommation si cette action a pour finalité de toucher un acquéreur de biens de consommation. A la lecture de cette présentation, on comprend aisément que les activités administratives relatives au social, à la justice ou à la sécurité ne peuvent être soumises au respect du Code de la consommation.

**612.** L'affaiblissement de l'administration par le droit de la consommation doit être relativisé car seule une partie de l'activité administrative est concernée. Comme nous l'avons déjà exposé<sup>912</sup>, il paraît difficile d'envisager que certaines activités administratives soient confrontées au droit de la consommation. Bon nombre d'activités purement administratives ne semblent pas être compatibles avec l'esprit du Code de la consommation qui vise à protéger les consommateurs. On peut conclure que le domaine d'application du droit de la consommation demeure restreint car il ne concerne qu'une partie limitée de l'action administrative. Peut-on dire pour autant que cette dernière se trouve affaiblie par l'opposition de ces nouvelles normes ? Il semble que la prise en compte de ces normes par le juge administratif la soumet à de nouvelles contraintes justifiées.

## **2. Une soumission contraignante mais nécessaire.**

**613.** Seules quelques normes issues du Code de la consommation ont été reprises par le juge administratif dans le cadre du contrôle de légalité des actes administratifs. Il s'agit de la prohibition des clauses abusives<sup>913</sup>, de l'interdiction de la vente liée<sup>914</sup> et de la vente sans commande préalable<sup>915</sup>. S'il ne fait aucun doute que le juge administratif procédera à l'avenir à d'autres emprunts dans ce code, le droit positif n'offre aujourd'hui que ces

---

<sup>912</sup> V. 467 et s.

<sup>913</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, préc. ; CE 6 juillet 2005, Sté Dodin, p.309, JCP 2005, IV, 3010; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, préc.

<sup>914</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, préc.

<sup>915</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, préc.

quelques cas. Peut-on en conclure que le recours au Code de la consommation par le juge administratif aboutit à affaiblir l'exercice de l'action administrative ?

**614.** Il paraît évident que l'apparition de nouvelles obligations qui doivent être respectées a pour l'administration une valeur contraignante qui encadre davantage son pouvoir d'action. Chaque référence au Code de la consommation constitue une nouvelle obligation pour l'action administrative qui doit prendre en compte les droits des consommateurs. Il est, de plus, important de noter que les normes posées par le Code de la consommation apportent réellement des contraintes complètement nouvelles pour l'administration. On ne trouve aucune norme dans la législation proprement administrative qui semble se rapprocher des législations sur les clauses abusives, sur la prohibition de la vente liée ou sur l'interdiction de la vente sans commande préalable. Autant il est possible de dire que le droit de la concurrence se rapproche sur certains points de la liberté du commerce et de l'industrie, qui est une norme que l'administration doit respecter depuis longtemps, autant il est difficile de rapprocher le droit de la consommation de principes traditionnels du droit administratif. Les normes posées par le Code de la consommation et opposées à la tâche administrative sont donc bel et bien novatrices et constitutives d'obligations nouvelles pour les pouvoirs publics.

**615.** Il est difficile de dire au vu de ces éléments que l'administration ne se retrouve pas affaiblie par la prise en compte de ces normes. Elle l'est en tout cas dans le sens où elle est moins libre qu'auparavant. Ainsi, elle ne peut plus insérer de clauses abusives dans un contrat, imposer une vente liée ou une vente sans commande préalable par le biais d'un acte administratif. Il existe maintenant de nouvelles normes encadrant l'action des pouvoirs publics là où il n'y en avait pas auparavant. C'est de ce point de vue que l'administration se trouve affaiblie.

**616.** Ce constat doit pourtant être nuancé car, si l'administration se trouve affaiblie par ces nouvelles contraintes, elle est également renforcée par cette soumission à des normes « modernes ». Ce raffermissement se traduit par un gain de légitimité de l'action économique des pouvoirs publics. En effet, à partir du moment où l'administration agit dans la sphère économique et que son action touche des consommateurs, il paraît normal qu'elle soit soumise au Code de la consommation. Imaginons que ce type d'action des pouvoirs publics ne soit pas soumis durablement à de telles obligations. Il paraît évident

que cette action perdrait en légitimité et on imagine les critiques que la doctrine ne manquerait pas d'émettre. On en reviendrait à des situations où les auteurs constateraient, comme il y a quelques années<sup>916</sup>, que l'administration agit dans un système outrageusement privilégié qui ne prend pas en compte l'état réel du droit. Si l'action de l'administration touche les consommateurs, elle doit prendre en compte les règles qui les protègent, se plier à « l'idéologie économique dominante »<sup>917</sup> comme elle le fait en prenant en compte le droit de la concurrence. Si le juge administratif refuse d'opposer ces normes à l'administration, il la place dans une position délicate en la maintenant en dehors du système juridique qui encadre l'action économique.

**617.** Pour conclure, on peut affirmer, dans un premier temps, que la prise en compte du droit de la consommation par le juge administratif est contraignante et conduit à affaiblir l'action des pouvoirs publics. Mais, dans un second temps, on comprend rapidement que cette prise en compte est nécessaire et que c'est à l'administration de s'adapter aux règles du marché dont fait partie le droit de la consommation. Il paraît préférable d'appréhender l'opposition du droit privé à l'action des pouvoirs publics comme un facteur de transformation de l'action administrative plutôt que comme un facteur d'affaiblissement.

## **II- Une administration transformée.**

**618.** L'opposition du droit privé à l'action administrative et notamment celle des droits de la concurrence et de la consommation semble contribuer davantage à transformer l'action administrative plutôt qu'à l'affaiblir. S'il est indéniable que des nouvelles sources d'obligations tendent à encadrer d'avantage ceux à qui on les oppose, il est également vrai que ces nouvelles sources juridiques peuvent leur être bénéfiques. Nous démontrerons que c'est la prise en compte du droit de la concurrence qui permet l'action économique des pouvoirs publics (A). De plus, une application équilibrée du droit de la consommation permettrait à l'administration de se voir accorder de nouveaux droits (B).

---

<sup>916</sup> V. par exemple, Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985

<sup>917</sup> L'expression est d'Agathe Van Lang *in* *Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif*, RDP 2004, p. 1015

## **A. Le maintien d'un rôle économique sous contrôle.**

**619.** L'action économique des personnes publiques a toujours été limitée par la liberté du commerce et de l'industrie. L'intégration dans le bloc de légalité de droits du marché comme le droit de la concurrence conduit à encadrer davantage cette action économique. La réalité est en fait plus complexe. L'intégration de ces règles dans le bloc de légalité administrative permet au Conseil d'Etat de rechercher une égalité entre les différents opérateurs économiques (1). Mais cette multiplication des contraintes pesant sur l'action économiques des pouvoirs publics conduit à transformer cette action qui peu paradoxalement en sortir favorisée (2).

### **1. La recherche d'une égalité entre opérateurs.**

**620.** Le droit de la concurrence modifie profondément la conception de l'action administrative. Un avis du Conseil d'Etat symbolise un aspect de ces changements qu'il convient d'exposer.

**621.** La haute juridiction a été saisie d'une demande d'avis par le Tribunal administratif de Dijon concernant la participation d'un établissement public administratif à l'appel d'offre d'un marché public. Les juges du Palais Royal devaient déterminer si ce type d'établissement pouvait participer à l'appel d'offre d'un marché public sans fausser les règles de concurrence posées par l'ordonnance de 1986. L'avis rendu par le Conseil d'Etat<sup>918</sup> a été l'occasion de donner des éclaircissements fort enrichissants sur la perception de l'action administrative. Il y est précisé qu'« aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public. ». Cet avis s'appuie sur le fait que les personnes publiques ne jouissent d'aucun avantage fiscal lorsqu'elles agissent dans le domaine concurrentiel. Le fait que les personnes publiques emploient des agents

---

<sup>918</sup> CE Sect. Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, p.492, chron. Guyomar et Collin, AJDA 2000, p. 987 ; n. Michel Degoffet et Jean-David Drefus, CJGE 2001, p. 59 ; concl. Catherine Bergeal, RFDA 2001, p. 112. Cet avis a donné lieu à une solution au fond, TA Dijon 20 février 2003, Jean-Louis Bernard consultants, AJDA 2003, p. 790 concl. B. Heckel et n. Jean-David Dreyfus ; DA 2003, j. n° 102, note Michel Bazex et Sophie Blazy

publics, qui ne sont pas soumis aux mêmes droits que les agents privés, ne leur procure aucun avantage susceptible de fausser le jeu de la concurrence. Enfin, la Haute juridiction précise que le prix proposé par la personne publique ne doit pas être faussé par une sous-évaluation ou avantage par des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. Cette dernière condition pourra être justifiée par l'établissement de documents comptables comme, par exemple, une comptabilité analytique<sup>919</sup>. L'ordonnance du 7 juin 2004 portant transposition de la directive relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques<sup>920</sup> impose à ces entreprises « de conserver toutes informations relatives aux ressources publiques dont elles ont bénéficié directement ou par l'intermédiaire d'autres entreprises publiques pendant une période de cinq ans aux fins de les fournir à l'Etat lorsque celui-ci les leur demande. ». Cette obligation permettra plus facilement aux juridictions d'effectuer, le cas échéant, des contrôles sur la présence de ressources publiques fournies à des entreprises publiques qui agissent dans le domaine concurrentiel.

**622.** Cet avis est particulièrement intéressant dans le cadre de notre étude. Il est inutile de revenir sur chaque condition qui, pour le Conseil d'Etat, n'entraîne pas de déséquilibre significatif entre les opérateurs<sup>921</sup>. L'étude de ces situations n'apporte, en effet, rien à notre thèse. Il est plus intéressant d'étudier la portée de cet avis. Les juges du Palais Royal considèrent que rien ne s'oppose à la participation d'une personne publique à un appel d'offre concernant un marché public ou une délégation de service public<sup>922</sup> si la personne concernée ne jouit pas d'avantages exorbitants du droit privé pour fausser le jeu de la concurrence. En d'autres termes, la libre concurrence impose aux personnes publiques désireuses de contribuer à une activité concurrentielle de ne pas bénéficier d'avantages qui les favoriseraient par rapport aux autres concurrents. Comme le rappelle Catherine Bergeal dans ses conclusions, la libre concurrence « n'impose nullement que toutes les entreprises soumissionnaires se trouvent dans une situation identique, et les différences peuvent être grandes entre la petite entreprise artisanale et la filiale d'un grand groupe international,

---

<sup>919</sup> Sur ce point, V. CE 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, p.20, DA, mai 2007, p. 27 ; RJEP juillet 2007, p. 265 concl. Nicolas Boulouis

<sup>920</sup> V. DA Août-septembre 2004, p. 23 citée. Michel Bazex et Sophie Blazy

<sup>921</sup> Ce travail est opéré par Catherine Bergeal dans ces conclusions précitées sur cet arrêt. Pour un point de vue critique, V. chron. Guyomar et Collin, préc.

<sup>922</sup> On notera au passage que le Conseil d'Etat répond plus que largement à la question posée. Celle-ci ne concernait que les établissements publics administratifs et les marchés publics. Les juges englobent dans leur réponse toutes les personnes publiques et ajoutent la délégation de service public.

soumissionnaires, au même marché et dont les obligations sociales et fiscales peuvent être différentes »<sup>923</sup>. Il s'agit en fait de faire en sorte que la personne publique s'insère dans le libre jeu du marché sans jouir des facilités dont peut bénéficier un opérateur public. On doit en conclure qu'une personne publique peut exercer des activités sur le marché concurrentiel si elle agit comme un opérateur privé. C'est ce que nous qualifions de banalisation de l'action administrative.

**623.** L'intégration dans le bloc de légalité administrative de normes traditionnellement opposées aux personnes privées entraîne cette banalisation. En opposant ce droit à l'action économique administrative, on la place sur un pied d'égalité avec les personnes privées. Le droit de la concurrence interdit ainsi les prix prédateurs proposés par une entreprise en position dominante, c'est-à-dire des prix qui pourraient être mis en place grâce aux avantages dont bénéficient les personnes publiques. C'est ce que vise le Conseil d'Etat lorsqu'il explique que le prix proposé par la personne publique ne doit pas être faussé par une sous évaluation ou avantage par des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public<sup>924</sup>. L'ordonnance de 1986 réprime toute forme d'abus de position dominante et le Conseil d'Etat vérifie qu'un acte administratif n'est pas constitutif d'un tel abus<sup>925</sup>.

**624.** La reprise du droit de la consommation par le juge de l'excès de pouvoir aligne également le droit applicable aux différents opérateurs, ce qui empêche l'administration d'être favorisée par la prise en compte d'un régime de faveur.

**625.** Dans une même logique, on peut citer une décision de la Cour administrative de Douai<sup>926</sup>, qui concerne la fiscalité de certaines personnes publiques intervenant dans le domaine concurrentiel. Cet arrêt précise les conditions dans lesquelles les services offerts par les collectivités territoriales en concurrence avec des entreprises commerciales peuvent être exonérés d'impôts. Il rappelle à ces collectivités que, lorsqu'elles se livrent à des

---

<sup>923</sup> Catherine Bergeal, concl. sur CE, Sect. Avis, 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, préc.

<sup>924</sup> CE Sect. Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, préc. V. également, Gabriel Eckert, L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché, in Gouverner, administrer, juger, Mélanges offerts à Jean Waline, Dalloz, 2002, p. p. 207

<sup>925</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, p.406, RFDA 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; RDP 1998, p.256 note Y. Gaudemet ; AJDA 1997, p. 945 chr. Girardot et Raynaud ; AJDA 1998, p. 247 note Guézou ; CE 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, p. 491

<sup>926</sup> CAA Douai, 30 décembre 2003, Commune du Havre, AJDA, 2004, p. 1308 note Jean-David Dreyfus

opérations de caractère lucratif en concurrence avec d'autres entreprises privées sur une même « zone géographique d'attraction », elles sont passibles de l'impôt sur les sociétés et de la taxe d'apprentissage. Comme l'a fait Jean-David Dreyfus dans sa note sous cet arrêt, il peut être pertinent de rapprocher cette solution de l'avis du Conseil d'Etat *Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>927</sup>. Ces deux décisions s'inscrivent dans la même logique, elles confirment toutes deux qu'une personne publique peut agir dans un domaine concurrentiel, mais, pour ne pas créer de concurrence déloyale, elle doit agir dans les mêmes conditions que les concurrents privés c'est-à-dire qu'elle ne doit pas bénéficier des avantages que peut lui procurer sa qualité de personne publique. Le professeur Dreyfus constate à juste titre la présence d'une certaine « communauté d'inspiration » entre ces deux décisions. Cette « communauté » se traduit par une volonté de permettre aux personnes publiques d'agir dans certains secteurs économiques concurrentiels, mais si et seulement si elles se trouvent sur un pied d'égalité avec les personnes privées.

**626.** L'alignement du droit applicable à l'action économique des personnes publiques n'est pourtant pas complet. Les personnes publiques jouissent encore d'avantages considérables sur leurs concurrents privés. Le simple fait qu'il soit impossible de recourir aux voies d'exécution du droit commun à l'encontre des personnes publiques<sup>928</sup> attribue un privilège certains à ces dernières qui peuvent pratiquer leur politique économique sans craindre une mise en liquidation judiciaire ou la saisie de leurs biens. Il reste que la majorité des évolutions actuelles tend vers une recherche d'égalité entre les différents opérateurs publics et privés.

**627.** L'ensemble de ces alignements sur la situation des personnes privées du droit applicable à l'action économique des personnes publiques conduit inexorablement à une banalisation de l'action administrative. Paradoxalement, cette banalisation de l'action économique des personnes publiques ne conduit pas à affaiblir l'action administrative mais uniquement à la transformer. A partir du moment où une personne publique agit dans un domaine concurrentiel, on lui applique les mêmes droits qu'à une personne privée pour ne pas créer de désavantage. On peut donc dire que cette mise sur un pied d'égalité transforme la conception de l'action économique des pouvoirs publics.

---

<sup>927</sup> CE Sect. Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, préc.

<sup>928</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, BRGM, JCP 1989-II-21183 note B. Nicod



## 2. Une multiplication des contraintes pouvant favoriser l'action économique des personnes publiques.

**628.** Traditionnellement, la liberté du commerce et de l'industrie est présentée comme une limite à l'action des personnes publiques dans le domaine économique. Martine Lombard démontre que ce n'est pas cette liberté en elle-même qui y aboutit mais bien l'interprétation qui en a été donnée<sup>929</sup>. Pour le Conseil d'Etat, la loi des 2 et 17 mars 1791 réduit les possibilités d'interventionnisme des personnes publiques à la présence d'un intérêt public justifié, par exemple, par la carence de l'initiative locale ou des circonstances exceptionnelles<sup>930</sup>. Cette conception de l'interventionnisme économique semble évoluer considérablement à la lumière de la jurisprudence du Conseil d'Etat. La décision *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*<sup>931</sup>, complétée par la jurisprudence *Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>932</sup> permettent à une personne publique de participer à un appel d'offre en vue d'assurer un marché public ou un service public sans que cela porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Cette métamorphose du principe de liberté du commerce et de l'industrie est justifiée par l'exigence d'une égalité entre les candidats. Cette égalité passe par l'application de droits similaires.

**629.** L'affaire *Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>933</sup> démontre que ni le droit de la concurrence ni la liberté du commerce et de l'industrie ne s'opposent à l'intervention des

---

<sup>929</sup> V. Martine Lombard, A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés, D. 1994, p. 163

<sup>930</sup> V. CE Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, p.583, S. 1931.3, p. 73 concl. Josse, note Alibert, où le Conseil d'Etat permet la création de services publics dans un domaine concurrentiel lorsqu'un intérêt public le justifie. V. également CE Sect. 20 novembre 1964 Ville de Nanterre, p. 563, AJDA 1964, Chr. Puybasset et Puissochet, pour la création d'un cabinet dentaire municipale ; CE 29/04/70, Sté. Unipain, RDP 1970, p. 423 note Waline ; AJDA 1970, p. 430 concl. G. Braibant, pour la création d'une boulangerie militaire ; CE Sect. 10 février 1988, Mézy, p.53, D. 1988, S.C ; p. 263 obs. Llorens, pour la création d'un service de thanatopraxie. V. Sophie Nicinski, Les conditions de création d'un service public dans un environnement concurrentiel, AJDA 2005, p. 2130 ; V également, Joël Carbajo, Les activités accessoires au service public, in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 236

<sup>931</sup> CE 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, p.422, BJCP 2001, p. 105 concl. Catherine Bergeal ; AJDA 2001, p. 662 note Armelle Treppoz

<sup>932</sup> CE Sect. Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, préc.

<sup>933</sup> Ibid. Cet avis a donné lieu à une solution au fond, TA Dijon 20 février 2003, Jean-Louis Bernard consultants, AJDA 2003, p. 790 concl. B. Heckel et n. Jean-David Dreyfus ; DA 2003, j. n° 102, note Michel Bazex et Sophie Blazy

personnes publiques dans les domaines précédemment évoqués. Michel Bazex et Sophie Blazy précisent qu'« à partir du moment où la libre concurrence est admise comme principe d'organisation des activités économiques, il n'y a plus de raison *a priori* de s'opposer à l'initiative publique, la seule condition portant alors sur les conditions de cette intervention, qui doivent respecter l'égalité entre agents économique sur le marché »<sup>934</sup>. Cette considération démontre que c'est en raison de l'application du droit de la concurrence que l'interventionnisme économique de l'administration est dorénavant plus librement admis. Cette conception s'inscrit dans la droite ligne du droit communautaire dont le principe de neutralité interdit toute discrimination entre personne publique et privée.

**630.** Le Conseil d'Etat n'a pas exigé dans ces affaires récentes<sup>935</sup> la présence d'un intérêt public justifiant l'intervention de la personne publique. Pourtant le ministre de l'intérieur en a fait une condition dans une réponse publiée au Journal Officiel de l'Assemblée Nationale<sup>936</sup>. Il a rappelé les conditions sous lesquelles une collectivité locale ou un établissement public peut se porter candidat à un appel d'offre relatif à l'exécution d'un marché public ou à la délégation d'un service public. Il précise que l'activité concernée doit être d'intérêt général et doit respecter le principe de spécialité pour les établissements publics<sup>937</sup>. Dans une décision récente, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a logiquement repris ce point de vue<sup>938</sup>. Dans cette affaire, l'Ordre des avocats au barreau de Paris demande l'annulation d'un décret portant création de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat. Cet organisme public permet aux personnes publiques qui en font la demande d'être appuyées dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat public privé. L'ordre des avocats considérait notamment que la création de cet organisme portait atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de la concurrence. Avant de considérer que la mission n'intervenait pas sur un

---

<sup>934</sup> Michel Bazex et Sophie Blazy, note sous TA Dijon 20 février 2003, Jean-Louis Bernard consultants, préc.

<sup>935</sup> CE Sect. Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, préc. ; TA Dijon 20 février 2003, Jean-Louis Bernard consultants, préc. ; CE 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, préc.

<sup>936</sup> JOAN 16 mars 2004, p. 2081

<sup>937</sup> Ibid. V. également, Philippe Delelis, Principe de spécialité et droit de la concurrence, DA 2002 chron. 8

<sup>938</sup> CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, p.272, RJE 2006, p. 430 concl. Didier Casas ; AJDA 2006, p. 1595 ; DA Août-septembre 2006, p. 21 ctaire. Michel Bazex

marché et que donc ces différents principes ne lui étaient pas opposables<sup>939</sup>, la haute juridiction administrative, dans sa formation la plus solennelle, a tenu de façon fort didactique à préciser les règles d'organisation de l'action économique administrative. Après avoir indiqué classiquement<sup>940</sup> que l'action économique des pouvoirs publics doit respecter la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence, les juges du Palais Royal précisent que « pour intervenir sur un marché, elles [les personnes publiques] doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également **justifier d'un intérêt public**, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ». En d'autres termes, le principe même de l'action économique des personnes publiques doit respecter la liberté du commerce et de l'industrie qui nécessite la présence d'un intérêt public. Une fois admise, cette action doit ensuite respecter le droit de la concurrence dans son exercice<sup>941</sup>.

**631.** En effet, il paraît évident qu'un intérêt public doit être présent pour légitimer l'action économique d'une personne publique. Il peut être constitué par un complément normal de la mission déjà exercée par une personne publique<sup>942</sup>, des circonstances particulières de temps et de lieu<sup>943</sup> comme par exemple une carence de l'initiative locale<sup>944</sup>, par une volonté de la personne publique de produire elle-même les prestations dont elle a besoin<sup>945</sup>. De plus, la haute juridiction administrative a admis depuis longtemps qu'un

---

<sup>939</sup> Il y a beaucoup à dire sur cette conception restrictive du « marché » dans cette décision du Conseil d'Etat mais ce thème dépasse le cadre de cette thèse. Pour une approche critique, V. la note de Michel Bazex (préc.) sous cet arrêt.

<sup>940</sup> CE Sect. Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, préc. ; TA Dijon 20 février 2003, Jean-Louis Bernard consultants, préc. ; CE 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, préc.

<sup>941</sup> On notera ici l'intérêt particulier avec lequel le Conseil d'Etat, en s'appuyant sur les conclusions de son commissaire du gouvernement, dresse de façon objective et claire la différence évidente qu'il y a entre la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence. La première encadre l'action dans son principe même alors que le second encadre l'exercice de cette action. V. Didier Cassas concl. sur CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, p. 272, RJEP 2006, p. 430

<sup>942</sup> V. CE Sect. 10 février 1988, Mézy, p.53, D. 1988, S.C ; p. 263 obs. Llorens, pour la création d'un service de thanatopraxie.

<sup>943</sup> CE Sect. 30 mai 1930 Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, rec. p. 583 ; GAJA 15<sup>e</sup> édition, n°44

<sup>944</sup> CE Sect. 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, rec. p. 563

<sup>945</sup> CE 29 avril 1970, Société Unipain, Rec. p. 280 AJDA 1970, p. 340 concl. Guy Braibant

intérêt économique pouvait constituer un intérêt public justifiant l'action économique des pouvoirs publics. Ainsi, dans une décision *Zénard* de 1933<sup>946</sup>, les juges du Palais Royal ont considéré qu'une boucherie ouverte pendant la guerre pour des raisons d'absence d'initiative locale pouvait continuer à proposer des produits alors même que cette carence a disparu. Sa présence constitue un intérêt public dans la mesure où elle participe à une « meilleure adaptation des cours de détail aux conditions économiques et, par suite, la régularisation des prix d'une denrée de première nécessité ». L'intérêt économique peut donc justifier l'interventionnisme des pouvoirs publics. On peut alors légitimement s'interroger sur les limites de l'action économique des personnes publiques

**632.** Si l'interventionnisme est facilité, il n'est pas pour autant complètement libéralisé. Il sera intéressant d'observer l'utilisation que fera le Conseil d'Etat de cette notion d'intérêt public. Ira-t-il notamment jusqu'à prendre en compte la volonté de rentabiliser des services publics existants ? Il nous semble qu'une telle éventualité pourrait favoriser l'accomplissement et la pérennité de missions de services publics non rentables. En effet, l'opposition du droit commun aux activités économiques des services publics devrait permettre aux personnes publiques d'exercer des activités qui seraient considérées de service public car elles contribuent à financer d'autres activités non rentables. Cette position a été théorisée par le professeur Chapus dans sa présentation des activités de plus grand service et des activités de plus grand profit<sup>947</sup>. Pour cet éminent auteur, une personne publique ne peut agir dans le domaine économique que si l'activité exercée constitue un intérêt public. L'activité est alors considérée comme une activité de service public. Les personnes publiques ne peuvent agir dans le domaine industriel et commercial que sous couvert d'une activité de service public. L'absence de cette qualification entraîne l'interdiction de l'activité par le Conseil d'Etat sur le fondement de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>948</sup>. Or René Chapus considère que l'intérêt public peut être constitué par la volonté de financer des services publics non rentables. Le Conseil d'Etat ne distingue pas

---

<sup>946</sup> CE Ass. 24 novembre 1933, *Zénard*, Rec. p. 1100 ; S. 1934.3.33 concl. Detton, note Achille Mestre. Dans le même sens, V. CE Ass. 23 juin 1933, *Lavabre*, p.677, S. 1933.3.88 concl. Rivet

<sup>947</sup> V. René Chapus, *Le service public et la puissance publique*, RDP 1968, p. 235 ; René Chapus, *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001, p. 582 et s.

<sup>948</sup> V. pour une application à l'Etat, CE Sect. 13 novembre 1953, *Chambre syndicale des industries et du commerce des armes, munitions et articles de chasse*, p. 487 ; D. 1954, p. 553 note Reuter. Pour une application à une collectivité locale, CE 4 juillet 1984, *Département de la Meuse c/ Poilera*, RDP 1985, p. 199 note de Soto ; RFDA 1985, p. 58 note J.C. Douence

clairement ces deux catégories<sup>949</sup>, qui permettraient pourtant de développer un modèle de financement original des activités publiques. On peut imaginer que la haute juridiction considère, à juste titre, que libéraliser l'intervention économique des personnes publiques conduirait à déséquilibrer le marché économique en raison des pouvoirs spéciaux dont jouissent les personnes publiques. Celles-ci n'auraient en effet aucun mal à s'imposer dans les activités exercées en usant de ces pouvoirs. Mais, à partir du moment où ces prérogatives sont en partie « neutralisées » par la prise en compte de normes de droit commun par les juridictions administratives, il ne semble y avoir plus aucune raison de refuser aux personnes publiques l'intervention économique dans certains secteurs lucratifs afin de financer des activités de services publics non rentables<sup>950</sup>.

**633.** On aboutit presque à une inversion de la conception du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Celle-ci prohibait l'action économique des personnes publiques car elles jouissaient d'avantages pouvant leur assurer une domination économique. Dorénavant, si ces avantages disparaissent, il n'y pas de raisons qu'il n'y ait pas une plus grande liberté de prestation économique des personnes publiques. Martine Lombard démontre que le droit communautaire ne semble pas s'opposer à cette conception<sup>951</sup>. L'article 295<sup>952</sup> du Traité instituant la Communauté européenne pose ainsi un principe de neutralité vis-à-vis de la propriété publique ou privée des entreprises dans les Etats membres. Il en résulte qu'une activité d'entreprise exercée par une personne publique ne devrait pas être restreinte par rapport aux mêmes activités des personnes privées. Le droit communautaire exige pourtant un système de concurrence non faussé<sup>953</sup>. Les personnes publiques ne doivent donc pas exercer une concurrence déloyale en profitant des avantages dont elles peuvent bénéficier. Si ces privilèges ne favorisent pas la personne

---

<sup>949</sup> On peut cependant retrouver cette théorie dans la jurisprudence relative aux Casinos qui sont considérés comme des services publics lorsque les profits réalisés doivent contribuer des activités de « plus grand service » : V. CE 25 mars 1966, Ville de Royan, p. 237 ; CE Avis, 4 avril 1995, EDCE 1996, n°47, p. 414. En revanche, l'organisation de courses de chevaux et les activités d'organisation de loterie effectuées par la Française des jeux ne sont pas considérés comme des services publics alors même que l'argent récolté par ces activités permet à l'administration de financer des activités d'intérêt général : V. CE 24 février 1999, Wildenstein, n° 185113, 186421, 187621, 187659, publié aux Tables du Recueil Lebon ; CE Sect. 27 octobre 1999, Rolin, p. 327 concl. A. Daussun

<sup>950</sup> V. CJCE 19 mai 1993, Paul Corbeau, Rec. I, p. 2533, AJDA 1993, p. 865 note Hamon ; CJCE 27 avril 1994, Commune d'Almelo, D. 1995, p. 17 note Dutheil de le Rochère

<sup>951</sup> V. Martine Lombard, A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés, D. 1994, p. 163

<sup>952</sup> Ancien article 222 du Traité de Rome

<sup>953</sup> CJCE 19 mars 1991, République française c/ Commission, Rec. CJCE, I, p. 1223, point 51

publique, il ne semble pas que la liberté d'entreprendre de ces dernières puisse être remise en cause par le droit communautaire. Bien évidemment, cette possibilité d'interventionnisme serait limitée à des situations particulières afin de ne pas concéder aux personnes publiques un rôle trop prééminent dans l'économie. Cette possibilité offerte à ces dernières pourrait être une hypothèse parmi d'autres de financement des services publics<sup>954</sup>. Une ouverture limitée de l'activité économique des personnes publiques pour financer les services publics ne serait qu'un juste retour des choses. La réduction des monopoles publics et la concurrence exercée par les personnes privées dans ces secteurs entraînent une réduction des activités publiques qui se limitent de plus en plus à des activités non rentables que les personnes privées ne veulent pas exercer. Cette charge pour les personnes publiques doit bien être financée et elle ne peut l'être, par définition, par le résultat d'exploitation de l'activité. Il paraît donc logique d'offrir la possibilité à ces dernières d'exercer, de façon limitée, des activités rentables afin de financer ces services publics non lucratifs. En quelque sorte, à l'ouverture des anciens monopoles publics à l'initiative privée répondrait une ouverture du marché privé aux opérateurs publics<sup>955</sup>.

**634.** Il ne paraît pas souhaitable d'aller au-delà de cette hypothèse de financement de certains services publics. En forçant le trait, on pourrait considérer que les personnes publiques pourraient jouir totalement de la liberté d'entreprendre à partir du moment où on leur applique les mêmes règles qu'à tous les autres opérateurs économiques. Il semble toutefois que cette possibilité ne s'inscrit absolument pas dans une perspective d'économie de marché<sup>956</sup>. L'évolution de la conception de la tâche étatique au sein de ce type d'économie tend davantage à une réduction de son activité plutôt qu'à une libéralisation totale de ces possibilités d'action dans le secteur économique. Mais la mise en place d'une

---

<sup>954</sup> Sur la question du financement des services publics, V. Gabriel Eckert, Les modes de financement du service public dans l'environnement concurrentiel, *in* Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché, Doc. Fr. 1998, T. II, p. 429 ; Dossier spécial, Le financement du service public face au droit communautaire, AJDA, 2004, p. 1011 ; Sébastien Bernard, La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif, Thèse, LGDJ, 2001 ; Robert Hertzog, Le prix du service public, AJDA 1997, p. 55

<sup>955</sup> Les personnes publiques ont toujours la possibilité d'intervenir indirectement sur le marché sans passer par la présence d'un service public. Il suffit pour cela de confier l'activité à une personne privée tout en restant propriétaire de tout ou partie du capital. Cette technique permet à l'Etat de gagner de l'argent afin par exemple de financer des activités publiques. V. Didier Truchet, Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre ?, D. Aff. 1996, p. 731, spéc. pp. 732-733

<sup>956</sup> Ibid., p. 732 : « Reconnaître aux personnes publiques une pleine liberté d'entreprendre serait déraisonnable. »

certaine tolérance par le Conseil d'Etat en matière d'action économique en vue de financer des activités de services publics non rentables ne paraît pas remettre en cause cette évolution, car elle s'inscrit dans un cadre d'amélioration des activités publiques offertes aux administrés. Une plus grande liberté d'entreprendre des personnes publiques doit se mettre en place, mais uniquement à condition d'être une activité de service public qui agirait dans un but d'intérêt général : le financement des services publics non rentables.

**635.** On voit bien ici que la bonne utilisation du droit de la concurrence transforme l'action administrative qui peut exercer des activités économiques afin de se procurer des ressources nécessaires au financement des activités non rentables. Cette vision du droit de la concurrence démontre que ce dernier peut conduire à améliorer l'action administrative<sup>957</sup>. Dans le même sens, il ne paraît pas non plus impossible que le droit de la consommation puisse bénéficier aux personnes publiques.

#### **B. L'attribution de nouveaux droits aux personnes publiques par le droit de la consommation.**

**636.** Le droit de la consommation n'a pas seulement pour conséquence d'opposer de nouvelles contraintes à l'action des pouvoirs publics. On peut également imaginer que l'administration puisse bénéficier directement de la prise en compte de ce droit. En effet, si cette dernière doit respecter le droit de la consommation, il est envisageable qu'elle puisse elle-même se prévaloir de ces règles si elle se trouve dans une position de consommateur en tant que personne morale. Pour ce faire, il est nécessaire qu'une personne publique puisse être considérée comme un consommateur au sens du Code de la consommation. Cette possibilité semble être ouverte au niveau de la législation sur les clauses abusives (1) mais également pour l'intégralité du Code de la consommation (2).

---

<sup>957</sup> Pour une opinion contraire, V. Sophie Nicinski, Les évolutions du droit administratif de la concurrence, AJDA 2004, p. 751, spéc. dernier paragraphe de la page 760

**1. Une personne publique comme consommateur au sens de la législation sur les clauses abusives.**

**637.** Le fait qu'une personne publique puisse se prévaloir du Code de la consommation n'est pas à exclure. L'exemple de la législation prohibant les clauses abusives en donne une bonne illustration. Rappelons que cette législation interdit la présence de certaines clauses dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Le Conseil d'Etat n'a pas hésité à qualifier une personne publique de professionnel afin de la sanctionner<sup>958</sup>. Peut-on imaginer que le Conseil d'Etat ou toute autre juridiction considère, inversement, qu'une personne publique soit un consommateur au sens de ces dispositions ?

**638.** La Cour de justice des Communautés européennes semble s'y opposer. Elle a, en effet, refusé qu'une personne autre qu'une personne physique puisse être regardée comme un consommateur<sup>959</sup>. Le fondement de cette exclusion semble reposer sur le fait qu'une personne morale détient une certaine compétence qui ne la place pas *a priori* en situation de désavantage par rapport au professionnel. Pour autant cette solution dégagée par la juridiction communautaire pourrait évoluer sous l'influence des juges du Palais Royal. La doctrine a déjà démontré clairement qu'il n'est pas, dans certaines situations, opportun d'exclure les personnes morales de cette protection offerte par le Code de la consommation<sup>960</sup>. Il semble évident que la qualité de personne morale ne donne pas *ipso facto* à un contractant une connaissance particulière du domaine concerné. La multiplication des différents types de contrats que doit signer toute administration ne fait que confirmer ce point de vue. Il ne faut alors pas hésiter à constater une certaine faiblesse des personnes publique dans certains contrats.

---

<sup>958</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G.Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurisp. P. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289, n. Jacques Fialaire

<sup>959</sup> CJCE 22 novembre 2001, Sté Cape Sncs et Idealservice srl (1ère espèce), Idealservice MN RE sas et OMAI (2nd espèce), CCC 2002, comm. 18 note G. Raymond ; LPA 22 mai 2002, n°102, p. 16 note C. Nourissat

<sup>960</sup> V. Monique Luby, Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence !, CCC 2002, chron. 14 ; Jacques Amar, Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?, CCC 2003, chron. 5 ; Pour une opinion contraire, V. G. Raymond, Une personne morale est-elle un consommateur ?, CCC 2002, ctaire. 18 ;



**639.** De plus, le Conseil d'Etat semble avoir évolué sur ce point. La décision *Société des eaux du Nord*<sup>961</sup> est tellement réputée pour son introduction du droit de la concurrence dans le contentieux de l'excès de pouvoir qu'on en oublie que ce sont des sociétés commerciales, et donc des personnes morales<sup>962</sup>, qui ont, dans cette décision, bénéficié de la qualité de consommateur au sens des dispositions prohibant les clauses abusives. On ne voit donc pas pourquoi la haute juridiction administrative exclurait de cette qualification une personne publique sous prétexte qu'elle est une personne morale.

**640.** Pour finir, il convient de préciser que le droit communautaire fixe une protection *a minima* et que tout Etat membre est libre d'élargir la protection offerte par les textes communautaires. Les textes nationaux prohibant les clauses abusives transposent une directive communautaire. On ne voit pas pourquoi une juridiction ne pourrait pas étendre les dispositions communautaires afin d'organiser une meilleure protection. De ce fait, il n'est absolument pas impossible que le Conseil d'Etat rende prochainement une décision qui reconnaisse à une personne publique la qualité de consommateur au sens des dispositions interdisant les clauses abusives.

**641.** On peut s'interroger sur la portée d'une telle avancée. Il ne fait aucun doute que les personnes publiques se trouveraient grandement avantagées par cette reconnaissance. Bon nombre de contrats conclus avec des personnes privées ou publiques pourraient être concernés par cette prohibition comme les contrats conclus par des collectivités territoriales et des professionnels pour des délégations de service public ou les contrats relatifs aux achats publics<sup>963</sup>.

**642.** La reconnaissance du fait qu'une personne publique puisse être un consommateur au sens des dispositions relatives aux clauses abusives aboutirait à faire une application équitable du Code de la consommation aux activités publiques. D'un côté l'administration se voit opposer de nouvelles obligations face à ses usagers consommateurs mais de l'autre, elle se verrait aussi reconnaître de nouveaux droits par le biais d'une prise en compte novatrice de ce code.

---

<sup>961</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, *Société des Eaux du Nord*, préc.

<sup>962</sup> Il s'agit des sociétés Damart Serviposte et Commercial Union

<sup>963</sup> V. Sylvande Perdu, *Le juge administratif et la protection des consommateurs*, AJDA 2004, p. 481, spéc. p. 489

**643.** La législation prohibant les clauses abusives ne constitue qu'une petite partie du Code de la consommation. La protection offerte aux personnes publiques pourrait dépasser ce cadre restreint afin de permettre une amélioration plus globale de la situation des personnes publiques qui se retrouvent dans une position de consommateur.

## **2. Une possible protection par l'ensemble du Code de la consommation.**

**644.** Le Code de la consommation ne fixe pas dans ses premiers articles son domaine général d'application comme peuvent le faire d'autres codes. En réalité, chaque principe contenu dans ce code définit son domaine d'application propre. Par exemple, si la législation sur les clauses abusives codifiée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation s'applique aux relations entre professionnels et consommateurs, il en est tout autrement en ce qui concerne la prohibition de la vente liée codifiée à l'article L.122-1 du code. Cette dernière s'applique aux activités de production, distribution et de services sans qu'il soit précisé si la personne qui bénéficie de ces prestations est ou n'est pas une personne morale. Ainsi, la réglementation consumériste ne protège pas uniquement les personnes physiques<sup>964</sup>. L'article L. 113-1 du code prévoit que les règles relatives à la détermination du prix sont également applicables aux activités de production, distribution et de services. Or les règles visées par cet article bénéficient au « consommateur » sans plus de détails. La notion de consommateur au sens de ces articles ne revêt pas le même contenu que la notion de consommateur contenue dans la législation sur les clauses abusives. Jacques Amar<sup>965</sup> cite également une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>966</sup> qui a jugé que la publicité de nature à induire en erreur ne saurait être limitée à la publicité faite directement auprès des consommateurs et doit s'étendre également à celle visant des commerçants.

**645.** On peut dire que les protections offertes par le Code de la consommation visent globalement les consommateurs sachant que cette qualification peut varier selon les articles du code. Il n'y a pas de raison que les droits accordés par ce code ne bénéficient

---

<sup>964</sup> V. Jacques Amar, Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?, CCC 2003, chron. 5, spéc. pp. 8-9

<sup>965</sup> Ibid.

<sup>966</sup> Cass. Crim. 2 octobre 1980, D. 1981, IR, 292

pas, au cas par cas, à des personnes morales et notamment à l'administration. Il n'est pas impossible que la prohibition de la vente liée ou l'interdiction de la vente sans commande préalable, qui ont déjà été appliquées par le juge administratif à l'encontre de l'administration, puissent également protéger l'administration. Comme le note Sylvande Perdu, « un souci de réalisme pourrait justifier des applications ponctuelles de certaines dispositions du Code de la consommation aux personnes publiques, notamment dans des situations où elles se trouvent en position de « consommatrices » liées par des contrats où leur marge de manœuvre, lors de leur conclusion, a été des plus réduites. »<sup>967</sup>. Cette mise en œuvre du droit de la consommation par le juge administratif contribuerait à une application équilibrée de ce droit qui serait à la fois source d'obligations mais aussi de droits pour l'administration.

**646.** La mise en place d'une telle conception du droit de la consommation par le juge administratif permettrait de considérer que l'application de normes de droit commun à l'action administrative peut parfaitement être bénéfique pour cette dernière. Le droit de la consommation tout comme celui de la concurrence semblent donc davantage transformer l'action administrative plutôt que de l'affaiblir. Nous avons même démontré que dans certains cas, ces normes pourraient attribuer de nouveaux droits à l'administration. L'extension du bloc de légalité administrative, facteur de transformation de l'action administrative, a également pour conséquence de faire évoluer largement le travail du juge administratif.

---

<sup>967</sup> Sylvande Perdu, *Le juge administratif et la protection des consommateurs*, préc.



## **Section II : La transformation du juge administratif.**

**647.** L'extension de la légalité administrative par le droit de la concurrence, de la consommation, le droit pénal et le droit des affaires entraîne une transformation évidente du juge administratif. Dans un premier temps, le droit de la concurrence et sa pratique originale ont pour conséquence d'obliger les juges de l'ordre administratif à devenir de véritables économistes. On peut donc parler d'affirmation du juge administratif dans le contentieux économique (I). Cette formulation démontre que si le juge avait déjà à connaître de ce type de contentieux, la prise en compte du droit de la concurrence développe encore davantage ces hypothèses. Dans un second temps, on constate que chaque nouvelle source de légalité évoquée a ses propres particularités qui entrent en confrontation avec les méthodes de travail du juge administratif. Ce dernier est alors amené à s'adapter à des sources de légalité qui ne sont pas classiquement appliquées par la juridiction administrative (II).

### **I- L'affirmation du juge administratif dans le contentieux économique.**

L'insertion du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative conduit indiscutablement à développer les compétences économiques du juge administratif. Les références régulières à ce droit obligent les juges à recourir à de nouvelles normes juridiques qui reposent sur des considérations économiques. On peut donc parler d'importation de raisonnements économiques en droit administratif (A). Pour autant, cette importation traduit-elle une appropriation de ces méthodes par la juridiction administrative ? Il apparaît que le juge administratif développe largement sa compétence économique en se référant au droit de la concurrence. Il semble en revanche difficile d'évoquer une appropriation de ces méthodes dans la mesure où le juge administratif est largement encadré par les positions des différentes autorités de la concurrence. On peut donc évoquer une affirmation nuancée de la compétence économique du juge administratif (B).

## A. L'importation de raisonnements économiques en droit administratif.

**648.** On a beaucoup écrit sur la transformation du rôle du juge et notamment sur ses compétences en matière économique<sup>968</sup>. Les études portant sur les nouvelles compétences du juge et dressant un tableau objectif des nouveaux pouvoirs du juge en la matière sont plus rares. Il paraît donc pertinent de faire une présentation des nouvelles méthodes employées par le juge de l'excès de pouvoir en matière de droit de la concurrence (1) pour constater que cette analyse économique de l'action publique s'étend à la majorité du contentieux administratif (2).

### 1. L'appropriation de nouvelles méthodes.

**649.** Le droit de la concurrence, qu'il soit interne ou communautaire, condamne les pratiques anticoncurrentielles qui résultent principalement **d'abus de position dominante et d'ententes**.

**650.** Selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, **l'entente** est le résultat d'une action concertée, à laquelle les entreprises ont librement et volontairement adhéré, en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché<sup>969</sup>. Cette pratique est condamnée par l'article 81 du traité CE et par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

**651.** Madame Picard, conseiller d'Etat, explique concrètement comment aborder la notion d'abus de position dominante. Elle précise que : « la détention d'une position dominante n'est pas en elle-même critiquable. Toutefois, dans la mesure où le degré de concurrence est affaibli en raison de la structure du marché, il incombe à la société en position dominante une responsabilité particulière pour ne pas affecter par son

---

<sup>968</sup> Philippe Terneyre, La compétence du juge administratif, AJDA 2000, p. 701 ; Laurent Richer, Le juge économiste ?, AJDA 2000, p. 703 ; Christine Brechon-Moulenes, La place du juge administratif dans le contentieux économique public, AJDA 2000, p. 679 ; Jean-Yves Cherot, Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, AJDA 2000, p. 687 ; Jean-François Calmette, L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif, DA juillet 2006, Etudes n° 14, p. 13 ; Frédéric Jenny, Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, Gaz. Pal. 1997, p. 260

<sup>969</sup> CA Paris 9 janvier 2001, SA d'études et d'Entreprises électriques, BOCCRF 2001, n°1

comportement le fonctionnement du marché »<sup>970</sup>. Cette pratique est condamnée par l'article 82 du traité CE et l'article L. 420-2 du Code de commerce.

**652.** Depuis que la juridiction administrative s'est reconnue compétente pour sanctionner ces pratiques anticoncurrentielles constituées par un acte administratif<sup>971</sup>, elle a à sa disposition un certain nombre de nouvelles méthodes principalement basées sur l'analyse économique afin de dénoncer ces pratiques.

- **Le marché pertinent :**

**653.** Les juges administratifs doivent d'abord se référer à la notion de **marché pertinent** afin de définir le cadre d'application d'une pratique présentée comme anticoncurrentielle. La première question qui se pose aux juges lors de l'application du droit de la concurrence est celle de la délimitation du marché. Quel marché faut-il prendre en considération ? La décision *Coca-Cola* rendue par le Conseil d'Etat en 1999<sup>972</sup> fournit un parfait exemple de ce nouveau travail. Dans cette affaire, la haute juridiction administrative devait se prononcer sur la légalité d'un arrêté du ministre de l'économie et des finances et du ministre de l'agriculture rendu sur le fondement de l'article L. 430-1 du Code de commerce qui prévoit un contrôle des concentrations. Cet arrêté enjoint au groupe Coca-Cola de renoncer à l'acquisition des actifs du groupe Pernod-Ricard relatifs aux boissons Orangina pour ce qui concerne la France. Les ministres considéraient que l'acquisition d'Orangina par le groupe américain conduirait à fausser le jeu de la concurrence. Afin de statuer sur la légalité de l'arrêté, le Conseil d'Etat devait donc définir un marché pertinent sur lequel raisonner. Les conclusions du commissaire du gouvernement Stahl donnent beaucoup d'informations sur le travail à accomplir pour déterminer un marché pertinent. Le Code de commerce prévoit que le contrôle ministériel d'une concentration n'a lieu qu'à la condition que « les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées ont réalisé ensemble plus de 25% des ventes, achats ou autres

---

<sup>970</sup> Marie Picard, Chronique annuelle de jurisprudence de droit interne de la concurrence, RJEP 2005, p. 165

<sup>971</sup> V. 349 et s.

<sup>972</sup> CE Sect. 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company, p.119, RFDA 1999, p. 777 concl. Jacques-Henri Stahl ; AJDA 1999, p. 614 note Michel Bazex et Bernard Thiry

transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché ».

**654.** Le Conseil d'Etat devait donc déterminer si Coca-Cola et Orangina détenaient plus de 25% de ce marché. Encore faut-il définir les contours de celui-ci. En l'espèce, le Conseil d'Etat retient un marché des boissons gazeuses sans alcool « hors colas », destinées à la consommation « hors foyers ». Pour parvenir à ce résultat, les juges du Palais Royal suivent le raisonnement suggéré par M. Stahl<sup>973</sup>. Ce dernier se réfère par exemple à un principe de « substituabilité » des différentes boissons afin de cerner au mieux le marché de référence. Il précise également que le marché pertinent est « une notion objective » qui prend en compte les « caractéristiques intrinsèques des produits, leur prix et le comportement des consommateurs ».

**655.** Dans cette même décision, afin de faire une application effective du droit de la concurrence, le Conseil d'Etat a été amené à utiliser la notion **d'effet portefeuille** ou **effet de gamme** ou encore **effet de levier**. Cet effet conduit à rapprocher deux marchés au point de constituer un marché unique au regard des règles de concurrence. Les positions de force sur ces deux marchés voisins seraient alors amenées à se renforcer mutuellement pour développer une position dominante et bloquer le marché<sup>974</sup>. Cette conséquence est sanctionnée par le Conseil d'Etat<sup>975</sup> lorsqu'elle conduit à entraîner une situation anticoncurrentielle. Cette notion est peu reprise par les juges du Palais Royal<sup>976</sup> et ne leur est utile que lorsqu'ils statuent sur des opérations de concentration comme dans l'affaire du rapprochement entre Coca-Cola et Orangina<sup>977</sup>. Le juge administratif y a recouru dans une décision récente concernant l'acquisition de la chaîne de télévision Télé-Monté-Carlo (TMC) par les sociétés TF1 et AB<sup>978</sup>.

**656.** Il est inutile d'insister sur le fait que nous sommes loin du travail classique du juge administratif opéré en matière de recours pour excès de pouvoir. Le droit de la concurrence

---

<sup>973</sup> V. conclusions Stahl préc.

<sup>974</sup> Dominique Brault, Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, 2004, n° 71

<sup>975</sup> CE Sect. 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company, préc.

<sup>976</sup> V. CE 27 juin 2007, Société métropole télévision, à paraître au Lebon ; CE 13 février 2006, Société De Longhi SPA, rec. p. 70

<sup>977</sup> CE Sect. 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company, préc.

<sup>978</sup> CE 27 juin 2007, Société métropole télévision, préc.



fait indéniablement évoluer le travail du juge qui doit se référer à des principes économiques pour effectuer son contrôle.

**657.** L'évaluation de pratiques anticoncurrentielles telles que l'abus de position dominante ou l'entente oblige les juges à effectuer un travail important sur les notions de prix et de coût.

- **Appréciation du prix et des coûts**

**658.** Un opérateur public peut pratiquer des prix qui sont susceptibles de fausser le jeu de la concurrence pour diverses raisons. La juridiction administrative est alors amenée à contrôler ce prix s'il résulte d'une prérogative de puissance publique. Encore une fois, les juges vont avoir à leur disposition de nouveaux outils afin d'évaluer si ce prix est constitutif d'une pratique anticoncurrentielle. L'évaluation du prix par le juge administratif a essentiellement lieu lorsque un prestataire propose directement un service sur le marché des consommateurs ou lorsque l'administration met une de ses ressources rares (domaine public, données publiques...) à la disposition d'un autre prestataire.

**659.** Le prix peut être constitutif d'un abus de position dominante ou d'une entente. Le Conseil d'Etat peut sanctionner les **prix abusivement bas** qui sont le fait d'un acte administratif s'ils sont constitutifs d'un abus de position dominante ou d'une entente tels que prévus aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Est qualifiable comme tel le prix effectivement pratiqué ou simplement offert qui est anormalement bas par rapport aux coûts de production et qui aurait pour objet ou pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits sous réserve de la possibilité de récupérer à terme et sous quelque forme que ce soit, les pertes accumulées délibérément<sup>979</sup>.

**660.** Dans le sens contraire, les prix peuvent être qualifiés **d'abusivement hauts**. Ces derniers sont qualifiés comme tels lorsqu'il apparaît une disproportion manifeste entre le prix et la valeur du bien ou du service sans que cela s'appuie sur une justification

---

<sup>979</sup> Cons. Conc. N° 04-D-17, 11 mai 2004, BOCC 6 septembre 2004, CCC 2004, n° 160, obs. Poillot-Peruzzetto pour les abus de position dominante ; CA Paris 3 novembre 1994, BOCC 9 décembre 1994, D. 1996, somm. 181 obs. Gavaldà et Lucas de Leyssac pour les ententes.

économique. De cette manière, les pouvoirs publics pourraient tout à fait fausser le jeu de la concurrence en proposant des ressources qu'ils détiennent à des prix très élevés. Ce problème est particulièrement évident dans le cadre des anciens services publics de réseaux et peut aboutir à constater une entente ou un abus de position dominante. Ce type de contrôle est effectué par les juridictions administratives qui se basent sur la théorie des **facilités essentielles**<sup>980</sup>. Cette notion désigne un actif économique, détenu par une entreprise en position dominante, non aisément reproductible et dont l'accès est indispensable aux tiers pour exercer leur propre activité<sup>981</sup>. L'accès à cette ressource étant essentiel, il doit se faire dans des conditions économiquement acceptables. Cette théorie est par exemple reprise par la juridiction administrative en matière de tarification de données publiques<sup>982</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Cegedim*<sup>983</sup>, le Conseil d'Etat s'est fondé sur cette théorie pour contrôler la légalité d'un arrêté établissant le tarif des publications de l'INSEE. Les juges du Palais Royal ont considéré que le répertoire SIREN constitue une ressource essentielle pour les sociétés qui commercialisent des données élaborées à partir de ce fichier. Or, selon le Conseil d'Etat, le tarif de cession des licences de rediffusion ne permettait pas aux diffuseurs de dégager un bénéfice, ce qui a pour conséquences de placer l'INSEE en position d'abuser automatiquement de sa position dominante. Cette notion qualifiée **d'abus automatique** s'inspire du droit communautaire<sup>984</sup>. Elle s'est appliquée à des mesures étatiques qui placent une ou plusieurs entreprises dans une situation telle qu'elles risquent fort d'en abuser.

**661.** Les tarifs pratiqués par un opérateur peuvent également créer un effet de « **ciseau tarifaire** ». Cette pratique, consistant pour un opérateur, généralement verticalement intégré, à fixer à la fois les tarifs de détail sur un marché et le tarif d'une prestation intermédiaire nécessaire pour l'accès au marché de détail, sans laisser entre les deux un espace suffisant pour la couverture des autres coûts encourus pour la fourniture de la prestation de détail, est considéré par le Conseil de la concurrence comme ayant pour objet

---

<sup>980</sup> Pour une étude exhaustive, V. Michel Glais, *Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence*, EDCE 2002 n°53, p. 403

<sup>981</sup> V. Georges Vlachos, *Droit public économique*, Armand Collin, 2<sup>e</sup> éd., 2001, p. 205

<sup>982</sup> V. Sophie Nicinski, *Le problème de la tarification des données publiques*, RJEP 2004, p. 432

<sup>983</sup> CE 29 juillet 2002, Sté Cegedim, p.280, DA 2002, Ctaire. N° 173 Muichel Bazex et Sophie Blazy ; CJEG 2003, p. 16 concl. Christine Maugué ; AJDA 2002, p. 1072 note Sophie Nicinski

<sup>984</sup> CJCE 5 octobre 1994, Société civile agricole du centre d'insémination de la Crespelle, aff. C-232/93, rec. I.2077

et pour effet de fausser le jeu de la concurrence, dès lors qu'elle peut conduire à évincer du marché les autres opérateurs<sup>985</sup>. Cette technique a été reprise par le Conseil d'Etat lors d'une application du droit communautaire de la concurrence à un décret homologuant des tarifs "forfait local" et "abonnement modéré" de France Télécom<sup>986</sup>. Il a également été question de cette pratique devant le juge des référés du Conseil d'Etat dans une autre affaire sur les télécommunications opposant l'Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunication à l'Autorité de régulation des télécoms<sup>987</sup>. L'association demandait la suspension d'une décision de l'ART qui n'imposait pas à France Télécom d'appliquer dès maintenant des prix non exécutifs en matière de dégroupage local. L'association faisait valoir que les prix pratiqués actuellement étaient constitutifs d'un ciseau tarifaire. Dans ces deux affaires, la haute juridiction administrative n'a jamais reconnu que cet effet de ciseau était caractérisé.

**662.** Afin de conclure qu'un prix constitue une pratique anticoncurrentielle, le juge doit se livrer à une évaluation de ce dernier. Pour cela, le juge se livre à une comparaison entre le prix du service proposé et son coût. L'évaluation de ces coûts conduit encore une fois la juridiction administrative à manier de nouvelles méthodes économiques. Les juges doivent ainsi évaluer les **coûts pertinents** du service, ce qui n'est pas aisé lorsque ce dernier est proposé par un opérateur de service public. Sophie Nicinski précise que le Conseil de la concurrence « relativise ainsi la méthode de comparaison des prix et des coûts, car les ressources qu'un opérateur public emploie peuvent le placer, pour des raisons liées à son statut ou à sa mission de service public, dans une situation plus défavorable que celle de ses concurrents. »<sup>988</sup>. En effet, le calcul des différents coûts d'un service proposé par un opérateur public doit aussi prendre en compte les charges inhérentes au service public. Un opérateur qui gère une telle mission ne bénéficie pas des mêmes charges qu'un opérateur strictement commercial. Cette méthode a été préconisée par le juge administratif dans son

---

<sup>985</sup> Cette définition est donnée par un communiqué de presse du Conseil de la concurrence relatif à la décision du Cons. Conc. 04-D-48 du 14 octobre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom, BOCCRF 2005, n° 1. Sur cette notion, V. également pour la même affaire, Cass. Com. 10 mai 2006, Bull. 2006 IV N° 115, p. 116

<sup>986</sup> CE 16 juin 2000, Cegetel, JurisData n°060672, Europe 2000, n°395

<sup>987</sup> CE 23 août 2005, AFORS Télécom, mentionné aux tables du recueil Lebon

<sup>988</sup> Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, LGDJ, 2005, p. 123

avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*<sup>989</sup>. Cet avis précise qu'un établissement public peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public s'il respecte certaines conditions au niveau du prix proposé. Celui-ci doit être « déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat » de plus, il faut vérifier « que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. »<sup>990</sup>.

**663.** Cette méthode préconisée par le Conseil d'Etat renvoie directement au calcul des **coûts incrémentaux**<sup>991</sup>. Il s'agit des coûts qui ne seraient pas engagés si l'activité concurrentielle n'était pas exercée. Cette technique est utilisée par le Conseil de la concurrence dans une décision du 23 décembre 2004<sup>992</sup>. Le point n° 98 de la décision précise que la commission européenne a considéré dans une décision du 20 mars 2001<sup>993</sup> que « le concept du coût pertinent à prendre en compte afin d'évaluer si le prix des prestations offertes en concurrence est abusif est celui du coût incrémental, c'est à dire le coût que l'entreprise ne supporterait pas si elle n'exerçait pas l'activité concurrentielle. En revanche, les coûts que l'entreprise est obligée d'engager pour assurer la mission de service public qui lui est confiée, et qu'elle serait obligée d'engager même si elle n'offrait pas de prestations en concurrence, n'ont pas à être pris en compte dans les coûts pertinents de l'activité concurrentielle et donc à être couverts par les recettes tirées de cette activité. Il en est notamment ainsi des coûts fixes communs à la mission de service public et à l'activité concurrentielle. ». Ce système tend à avantager l'opérateur public car l'ensemble des coûts fixes n'est pas pris en compte pour définir le coût incrémental. Sophie Nicinski préconise une relativisation ou une redéfinition des méthodes de comparaison des prix et

---

<sup>989</sup> CE Sect. Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, p.492, AJDA 2000, p. 987 chron. Guyomar et Collin,; CJGE 2001, p. 59 n. Michel Degoffe et Jean-David Dreyfus,; RFDA 2001, p. 112.concl. Catherine Bergeal

<sup>990</sup> Ibid.

<sup>991</sup> V. Arnaud Mazières, Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents, AJDA 2005, p. 1334 ; Christophe Barthelemy, Coûts incrémentaux et subventions croisées : une méthode d'analyse qui participe du rééquilibrage entre la libre concurrence et le service public, RJEP 2005, p. 225

<sup>992</sup> Cons. Conc. 23 décembre 2004, RJEP 2005, p. 225 note CH. Barthélemy, AJDA 2005, p. 470, note Laurent Richer ; DA 2005, note Michel Bazex et Sophie Blazy, comm. N°33

<sup>993</sup> Décision du 20 mars 2001, Deutche Post, 2001/354/C.E., JOCE 1. 125/27 du 5 mai 2001, Europe, juillet 2001, n° 228, obs. Laurence Idot

des coûts lorsqu'un opérateur public est en situation de concurrence avec un opérateur privé. Elle estime que la méthode des coûts incrémentaux vise « artificiellement » à établir une égalité entre opérateurs alors que cette égalité n'existe pas réellement<sup>994</sup>. Il semble que cette recherche d'égalité par un juste calcul des charges conduit à préserver la place des opérateurs publics dans le jeu de la concurrence afin qu'ils puissent par exemple gagner de l'argent dans le but de financer les missions de service public. Le Conseil d'Etat a déjà fait référence à cette technique notamment dans une décision relative au prix proposé par France Télécom en matière de dégroupage de la boucle locale<sup>995</sup>. Cette formule contribue, nous l'avons vu, à améliorer la position du secteur public dans le jeu de la concurrence. Il est certain que la juridiction administrative emploiera fréquemment cette méthode à l'avenir.

**664.** La haute juridiction administrative prend dorénavant en compte l'exception de « **l'entreprise défaillante** »<sup>996</sup>. Cette technique issue du droit américain et consacrée par une décision de la Cour de justice des communautés européennes<sup>997</sup> s'applique lors du contrôle des concentrations d'entreprises. Cette théorie permet d'admettre une concentration qui crée ou renforce une position dominante, lorsque ce résultat se produirait de toute façon du fait de la disparition de l'entreprise cible. Ce procédé, qui prend en compte des considérations économiques, vise à éviter la détérioration de la concurrence par la disparition d'une entreprise en difficulté<sup>998</sup>.

**665.** En dehors de l'entente et de l'abus de position dominante le juge peut conclure à d'autres pratiques anticoncurrentielles. On peut citer la notion de **prix prédateurs ou prix abusivement bas** **prohibé par l'article L. 420-5 du Code de commerce** qui commence à

---

<sup>994</sup> Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, LGDJ, 2005, p. 126

<sup>995</sup> CE Sect. 25 février 2005, France Télécom, p.86, AJDA 2005, p. 997, Chron. C. Landais, F. Lenica

<sup>996</sup> V. Dominique Brault, Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, 2004, n° 80

<sup>997</sup> CJCE 31 mars 1998, aff. C-68/94, République française c/ Commission, Aff. jointes C-68/94 et C-30/95, Rec. I-1375

<sup>998</sup> V. CE Sect. 6 février 2004, Sté Royal Philips Electronics, p.29, DA avril 2004, p. 15 citée. Michel Bazex et Sophie Blazy ; AJDA 2004, p. 647 chron. Francis Donnat et Didier Casas

faire son apparition dans la jurisprudence de l'ordre juridictionnel administratif<sup>999</sup>. Sont qualifiées comme telles les pratiques visant à fixer un prix inférieur à ses coûts moyens variables, accumulant ainsi délibérément des pertes qu'il pourrait éviter dans le but d'éliminer à terme les concurrents<sup>1000</sup>. Le prix prédateur ou abusivement bas sanctionné par l'article L. 420-5 du Code de commerce se distingue du prix abusivement bas ou prédateur retenu par la jurisprudence lorsqu'une entreprise est en position dominante ou dans une situation d'entente telles que prévues aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code. En d'autres termes, le champ d'application du prix abusivement bas sanctionné par l'article L. 420-5 est plus large car ce dernier ne nécessite pas une entreprise en position dominante ou dans une situation d'entente<sup>1001</sup>. Cet article sera certainement particulièrement utile au Conseil d'Etat à l'heure où bon nombre d'opérateurs publics agissent dans des domaines économiques très concurrentiels (gaz, électricité, courrier...).

**666.** L'ensemble de ces développements démontre clairement que le juge administratif est amené à appliquer de nouvelles méthodes et devient réellement un juge économiste. L'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative fait donc évoluer le travail du juge de l'excès de pouvoir. Cette transformation ne se limite pas au juge de la légalité mais concerne par ricochet plusieurs types de contentieux administratifs.

---

<sup>999</sup> CE Ord. 10 février 2006, Société Poweo, DA juin 2006, ctaire. N° 104 p. 35 note Géraud D'Albo ; V. CE 7 juillet 2006, Société Poweo, p. 325, AJDA 2006, p. 1416 ; RJEP 2007, p. 70 concl. Stéphane Vercllytte, au sujet d'un arrêté fixant le prix du gaz

<sup>1000</sup> V. Marie Malaurie-Vignal, transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, D. 1996, Chron. p. 361, pt. 16 et s. ; Nicolas Charbit, Le droit de la concurrence et le secteur public, L'Harmattan, 2002, p. 311 ; Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parleani, Droit du marché, PUF, 2002, pp. 542 et s. ; Guylain Clamour, Intérêt général et concurrence, Dalloz, 2006, n°892 ; Dominique Brault, Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, 2004, n° 995 ; Alain Guedj, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2006, n° 84

<sup>1001</sup> V. Cons. Conc. 04-D-10, 1<sup>er</sup> avril 2004, point 36, D. 2004, AJ. 1235 ; Marie Malaurie-Vignal, transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi n° 96-588 du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, préc.

## 2. Des méthodes influençant l'ensemble du contentieux administratif.

**667.** L'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative a des répercussions sur le juge de l'excès de pouvoir mais également sur d'autres types de contentieux administratif. L'évolution du contentieux de l'excès de pouvoir<sup>1002</sup> implique une adaptation du juge de la réparation (a) et du contentieux de l'urgence (b).

### a. L'évolution du contentieux de la responsabilité.

**668.** Le juge administratif a reconnu qu'un opérateur public qui fausse le jeu de la concurrence peut engager sa responsabilité. La Cour administrative d'appel de Paris estime qu'il en est ainsi lorsqu'une personne publique accorde une autorisation d'occupation du domaine public en méconnaissant les règles de concurrence<sup>1003</sup>. Cette décision marque la naissance d'un contentieux de la responsabilité relatif au droit de la concurrence. La Cour administrative d'appel a retenu une responsabilité pour faute simple. Les juges semblent retenir ce régime en se fondant sur le fait que l'activité concernée, à savoir la gestion du domaine public, n'est pas une activité complexe présentant une difficulté particulière. La cour exclut donc l'exigence d'une faute lourde. On peut toutefois imaginer qu'*a contrario*, si l'activité administrative présente une difficulté particulière, ce soit la faute lourde qui serait exigée. Mme Nicinski note qu'« il n'est pas à exclure que lorsque l'administration intervient sur le marché dans des conditions délicates eu égard à sa méconnaissance des stratégies et des éventuelles concertations des opérateurs, sa responsabilité ne puisse être engagée que sur le fondement de la faute lourde. »<sup>1004</sup>.

**669.** Mme Nicinski va jusqu'à imaginer la mise en place d'une responsabilité sans faute. Elle présente le cas dans lequel « l'administration prend une mesure qui n'encourt pas l'annulation car elle ne fausse le jeu de la concurrence qu'indirectement et de manière incertaine, ou du cas dans lequel l'administration est tenue informée d'une pratique anticoncurrentielle illicite qu'elle aurait l'occasion de réprimer, mais qu'elle ne sanctionne

---

<sup>1002</sup> V. 349 et s.

<sup>1003</sup> CAA de Paris, 4 décembre 2003, Société d'équipement de Tahiti et des îles (SETIL), AJDA 2005, p. 200 note Sophie Nicinski

<sup>1004</sup> Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, Op. Cit., p. 169

pas pour un motif d'intérêt général. »<sup>1005</sup>. On peut imaginer une situation où le juge admet implicitement la présence d'une pratique anticoncurrentielle constituée par l'attribution de droits spéciaux par un acte administratif à un opérateur de service public. Le juge pourrait considérer que ces droits sont nécessaires à l'opérateur pour assurer un service public de qualité. Dans cette situation, l'acte administratif ne serait pas annulé ; il serait donc impossible d'admettre l'existence d'une faute de l'administration. En revanche, une indemnisation d'un concurrent lésé sur le fondement d'une responsabilité sans faute du fait d'une rupture d'égalité devant les charges publiques est envisageable<sup>1006</sup>. Une telle pratique serait le **complément idéal** d'un développement des limites d'intérêt général prononcées par le juge et pas seulement en matière de droit de la concurrence. Le même type de raisonnement est envisageable pour l'intégralité des nouvelles sources de légalité que nous étudions. Si aucune décision de la juridiction administrative n'est venue confirmer cette thèse, elle n'en reste pas moins tout à fait souhaitable.

**670.** Au-delà de la responsabilité en elle-même, il est particulièrement intéressant de s'arrêter sur l'indemnisation et la méthode d'évaluation du préjudice mise en place par le juge administratif. Il n'existe pour l'instant qu'une seule décision de la juridiction administrative sur l'indemnisation d'un préjudice née d'une pratique anticoncurrentielle<sup>1007</sup>. Il est donc difficile de présenter une étude fournie des méthodes employées pour déterminer le montant de l'indemnisation. Dans sa décision *Société d'équipement de Tahiti et des îles*, la Cour administrative d'appel s'est fondée sur l'idée de la perte d'une chance. Cette technique rappelle la méthode d'indemnisation d'un candidat évincé d'un marché public<sup>1008</sup> où le montant de l'indemnisation dépend de l'évaluation que fait le juge de la chance qu'avait le candidat de remporter le marché. L'indemnisation est alors plus importante lorsque le candidat avait une chance très sérieuse d'emporter le marché, elle l'est moins lorsque la chance n'était que sérieuse. Madame le professeur Nicinski précise que la méthode employée dans la décision *Tahiti* est sensiblement la même que celle que nous venons de décrire. Le commissaire du gouvernement cite ainsi

---

<sup>1005</sup> Ibid.

<sup>1006</sup> V. par exemple, CE Sect. 22 février 1963, Commune de Gavarnie, rec. p. 113. Pour plus de détails sur ce type de responsabilité du fait d'actes administratifs réguliers, V. René Chapus, *Droit administratif général* T. 1, Op. cit., n° 1513

<sup>1007</sup> CAA de Paris, 4 décembre 2003, Société d'équipement de Tahiti et des îles (SETIL), préc.

<sup>1008</sup> CE 10 janvier 1986, Société des travaux du midi, D. 1986, IR, p. 422, obs. Philippe Terneyre



l'arrêt *Société des travaux du midi*<sup>1009</sup> dans ses conclusions mais ne fait pas référence à la distinction « chance très sérieuse » et « chance simplement sérieuse ».

**671.** Il est difficile d'envisager les différentes méthodes qui seront mises en œuvre par le juge administratif pour évaluer le préjudice qui découle d'une pratique anticoncurrentielle. La technique de la perte de chance peut être effective lorsqu'un candidat a été défavorisé par rapport à d'autres. Elle ne le sera pas toujours quand le juge devra indemniser la fixation d'un prix prédateur ou la surfacturation d'une facilité essentielle. Il semble que tout reste à faire en matière de contentieux de la responsabilité d'une pratique anticoncurrentielle. David Katz, auteur d'une thèse sur le juge administratif et le droit de la concurrence précise que « les actions en responsabilité engagées pour violation des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles ne sont pas plus abondantes devant le juge judiciaire que devant le juge administratif ; ces actions restent « rarissimes » »<sup>1010</sup>.

**672.** Un dernier point peut être évoqué en la matière. Le juge administratif, à la différence du Conseil de la concurrence, n'a pas la possibilité de sanctionner l'administration en lui infligeant des amendes. Avant que nous revenions plus longuement sur ce point<sup>1011</sup>, on peut s'interroger sur le point de savoir si le juge administratif ne va pas compenser cette incompétence par une hausse de l'indemnisation qui viendrait apporter le caractère dissuasif normalement dévolu à la sanction pécuniaire. David Katz s'est également penché sur cette question dans sa thèse<sup>1012</sup>. Il rappelle à juste titre que la responsabilité administrative est une responsabilité civile, réparatrice et non sanctionnatrice. Le montant de la réparation octroyée par le juge est équivalent au niveau du préjudice subi par la victime. L'auteur précise qu'il reste peu probable et souhaitable que la juridiction administrative apporte à la réparation civile un caractère dissuasif car elle s'attribuerait alors un pouvoir répressif qui n'est pas de son ressort. L'idée de sanctions pécuniaires peut paraître séduisante car elle conduirait à faire participer le juge administratif à la régulation de l'économie par le biais de sanctions visant à décourager les

---

<sup>1009</sup> Ibid.

<sup>1010</sup> David Katz, *Juge administratif et droit de la concurrence*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004, p. 410 ; V. également, Nicolas Charbit et Jean de Hauteclocque *in* *L'action en indemnité des victimes de pratiques anticoncurrentielles*, D. Affaire, 1999, p. 1063

<sup>1011</sup> V. 685 et s.

<sup>1012</sup> David Katz, *Juge administratif et droit de la concurrence*, Op. Cit., pp. 408-411

pratiques anticoncurrentielles. Nous verrons par la suite que ce point de vue ne nous paraît pas pertinent<sup>1013</sup>.

**673.** Si l'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative entraîne des évolutions dans le contentieux de la responsabilité, elle conduit également à une transformation du contentieux de l'urgence.

#### **b. L'évolution du contentieux de l'urgence.**

**674.** Le contentieux public de la concurrence a été enrichi par la reconnaissance par le juge que les effets anticoncurrentiels d'une décision administrative sont susceptibles de créer une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative<sup>1014</sup>. Lorsqu'il existe un doute sérieux sur la légalité d'une décision administrative, les juges administratifs peuvent suspendre ses effets en cas d'urgence. Un requérant peut ainsi associer à un recours pour excès de pouvoir une demande de suspension d'une décision qu'il estime anticoncurrentielle.

**675.** Cette évolution du contentieux permet au juge d'étendre ses pouvoirs en matière d'application du droit de la concurrence. En effet, cette faculté de suspension doit être rapprochée de la procédure des mesures conservatoires devant le Conseil de la concurrence, mais aussi des référés de droit commun qui sont également<sup>1015</sup> invocables devant les juridictions judiciaires en matière d'application du droit de la concurrence<sup>1016</sup> et enfin des pouvoirs de la Commission de la CJCE et du Tribunal de première instance en matière de contentieux communautaire de la concurrence<sup>1017</sup>. A la différence du juge de l'excès de pouvoir, le juge du référé suspension se place à la date du jugement et non de

---

<sup>1013</sup> V. 685 et s.

<sup>1014</sup> CE ord. 20 octobre 2003, Sté Louis Dreyfus Communication, n° 260477 ; CE ord. 19 janvier 2004, Sté T-Online, AJDA 2004, p. 1476 note Sophie Nicinski, DA mai 2004, ctaire. N°73 p. 17 note Michel Bazex et Sophie Blazy ; CE ord. 10 février 2006, Sté Poweo, DA juin 2006, ctaire. N° 104 p. 35 note Géraud D'Alboy

<sup>1015</sup> A ce sujet, V. Dominique Brault, Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, 2004, pp. 649 et s.

<sup>1016</sup> La cour d'appel de Paris a rappelé que « les pouvoirs du Conseil de la concurrence par application de l'article 12 de l'ordonnance de 1986 (devenu l'article L. 464-1 du Code de commerce) ne font pas obstacle à ceux, généraux, que le juge des référés tient des articles 872 et 873 du NCPC », CA Paris 13 juillet 2000, S.A France Telecom et S.A Wappup com, JurisData n°2000-116828

<sup>1017</sup> V. Dominique Brault, Op. Cit., p. 652

l'édiction de l'acte pour apprécier les effets anticoncurrentiels d'une décision. Cette position a pour avantage de permettre au juge d'évaluer l'atteinte concrète que produit une décision sur le marché au jour où il statue. Le juge de l'excès de pouvoir, nous y reviendrons<sup>1018</sup>, n'a pas cette faculté car il doit se placer au jour où est édictée la décision. Sophie Nicinski juge à juste titre que « le référé suspension vient en quelque sorte pallier cet inconvénient, puisqu'il permet au juge de pouvoir tenir compte des premiers effets réels et concrets sur la concurrence d'une décision administrative, là où, en contentieux du recours pour excès de pouvoir, il devait se contenter de supposer les conséquences futures et probables d'un acte. »<sup>1019</sup>. On voit aisément les avantages que peut procurer le développement d'un tel recours contentieux en matière de droit de la concurrence.

**676.** L'appréciation de l'urgence semble se faire au cas par cas ; le juge procède à un bilan des avantages et des inconvénients de la mesure contestée<sup>1020</sup>. Il contrôle que la décision contestée « préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il défend »<sup>1021</sup>, ou que la décision produit des effets « susceptibles d'affecter durablement la structure concurrentielle du marché en cause »<sup>1022</sup>.

**677.** On peut affirmer que le juge administratif bénéficie, pour ce qui est des pouvoirs de suspension d'une pratique anticoncurrentielle, des mêmes prérogatives que les autres organes compétents en matière d'application du droit de la concurrence. Ce constat nous amène à nous interroger sur les compétences globales du juge administratif en matière économique. L'étude du droit positif impose de conclure à une réelle affirmation de ses compétences.

---

<sup>1018</sup> V. 699 et s.

<sup>1019</sup> V. Note Sophie Nicinski sous CE ord. 19 janvier 2004, Sté T-Online, préc.

<sup>1020</sup> V. CE ord. 20 octobre 2003, Sté Louis Dreyfus Communication, n° 260477 ; CE ord. 19 janvier 2004, Sté T-Online, préc.

<sup>1021</sup> CE ord. 19 janvier 2004, Sté T-Online, préc.

<sup>1022</sup> CE ord. 20 octobre 2003, Sté Louis Dreyfus Communication, préc. ; CE ord. 10 février 2006, Sté Poweo, préc.

## **B. L'affirmation nuancée de la compétence économique du juge administratif.**

**678.** Les développements du droit de la concurrence affirment la compétence économique du juge administratif. On assiste à un renforcement de la capacité du juge à agir dans le domaine économique. Cette aptitude n'est pas complètement nouvelle car la juridiction administrative doit régulièrement recourir à des analyses économiques en dehors du droit de la concurrence. On peut donc affirmer que le juge développe une compétence déjà existante (1). L'affirmation de la compétence économique du juge administratif doit néanmoins être nuancée car l'action du juge, en matière de droit de la concurrence, est encadrée par diverses autorités (2).

### **1. Une compétence existante.**

**679.** La reconnaissance de la compétence de la juridiction administrative pour opposer le droit de la concurrence s'est rapidement heurtée à des critiques qui visaient à démontrer que le juge administratif n'est que peu compétent pour statuer sur du contentieux économique. L'analyse économique est, nous l'avons vu, différente des principes traditionnels du contrôle de légalité exercé par la juridiction administrative. Pourtant, il semble qu'elle soit apte à mener un procès économique (a). De plus, le juge administratif dispose de pouvoirs suffisants pour mener à bien sa mission de juge du droit de la concurrence (b).

#### **a. Un juge administratif apte.**

**680.** Pour certains, la dévolution de la totalité du contentieux de la concurrence au Conseil de la concurrence traduisait l'incapacité des juridictions de droit commun à trancher des questions relevant du droit économique. Ce raisonnement paraît tout à fait absurde car il ne concernerait que l'application de l'ordonnance de 1986. Or nous avons vu que la juridiction administrative était également amenée à appliquer le droit de la concurrence issu des dispositions du traité CE. La doctrine ne semble pas remettre en cause la compétence de la juridiction administrative pour appliquer ces dispositions. Or il

apparaît que les dispositions issues de l'ordonnance de 1986 et les dispositions issues du Traité, sans être exactement similaires, sont imprégnées d'une logique semblable. Si la juridiction administrative est apte et compétente pour appliquer le droit communautaire de la concurrence, elle l'est nécessairement pour appliquer le droit national de la concurrence.

**681.** De plus, l'analyse économique n'est pas étrangère à la juridiction administrative. Le contentieux administratif est bien souvent ancré dans des débats économiques. La théorie du service public industriel et commercial, la législation sur la délégation des services publics, le Code des marchés publics, le contentieux des concentrations ou la liberté du commerce et de l'industrie montrent bien que la juridiction administrative a souvent recours à des notions économiques. Sophie Nicinski démontre à ce sujet que, si le juge administratif procède à une évaluation du coût et du prix d'un service proposé par un opérateur public lorsqu'il applique le droit de la concurrence, il le faisait déjà en évaluant la proportionnalité entre ces mêmes coûts et prix du service dans un simple contrôle de légalité qui ne prend pas en compte le droit de la concurrence<sup>1023</sup>. Cet exemple démontre sans aucune ambiguïté que le juge administratif doit certes manier de nouveaux instruments économiques mais que ceux-ci ne lui sont pas complètement étrangers.

**682.** La remise en cause de la compétence des juges administratifs pour faire assurer le droit de la concurrence est même allée jusqu'à une critique de la formation des derniers. Il semblerait que l'Ecole nationale d'administration soit moins apte à former de bons juristes économistes que l'Ecole nationale de la magistrature<sup>1024</sup>. Il est inutile de s'attarder sur cette considération qui ne repose sur aucun fondement. La qualité des décisions rendues par les juridictions administratives en matière de contrôle d'arrêtés ministériels relatifs à des concentrations d'entreprises<sup>1025</sup> ou en matière d'aides publiques<sup>1026</sup> démontre à suffisance l'aptitude des juges administratifs à prendre en compte des notions purement économiques.

---

<sup>1023</sup> V. Sophie Nicinski, *Droit public de la concurrence*, Op. Cit., p. 134 au sujet de l'affaire Cegedim

<sup>1024</sup> Pour une synthèse, V. Christine Bréchon-Moulènes, *La place du juge administratif dans le contentieux économique public*, AJDA 2000, p. 679 ; Yves Gaudemet, *Monde économique et justice administrative : la mesure d'une critique*, *Justices* 1995, n°1, p. 15 ; Jean-François Calmette, *L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif*, DA juillet 2006, Etudes n° 14, p. 13

<sup>1025</sup> V. par exemple, les conclusions d'Emmanuel Glaser sur les décisions du CE 20 juillet 2005, *Société Fiducial Informatique*, CE 13 février 2006, *Société De Longhi*, CE 7 novembre 2005, *Compagnie générale des eaux*, p.490, RFDA 2006, p. 691

<sup>1026</sup> V. par exemple les conclusions de Marcel Pochard sur CE 18 novembre 1991, *Département des Alpes-Maritimes c/ Association « Agriculture 06 »*, RDP 1992, p.531

**683.** Le conseiller d'Etat Bertrand du Marais, auteur d'un ouvrage sur le droit public de la régulation note également qu'il n'y pas de raison que le juge administratif « soit plus incompétent en matière économique ou que cette incompétence technique soit plus dommageable que dans d'autres domaines entièrement spécialisés qui relèvent de sa compétence traditionnelle. La responsabilité hospitalière ou, pour prendre des analogies dans la sphère économique, le contentieux fiscal ou celui des « installations classées » polluantes sont tout autant techniques. [...] D'autre part, cette critique méconnaît profondément l'office du juge, qui est de dire le droit et non de se substituer à l'expert qui analyse les faits. »<sup>1027</sup>. Enfin, Jean-Yves Chérot rappelle à juste titre que les membres de la juridiction administrative peuvent participer aux travaux du Conseil de la concurrence soit en tant que membres<sup>1028</sup> soit en tant que rapporteurs du Conseil, ou encore en détachement dans ses services<sup>1029</sup>. Leur expérience pourra enrichir les différentes formations juridictionnelles administratives.

**684.** Le juge administratif est donc compétent pour assurer un contentieux économique de qualité mais on peut s'interroger sur le point de savoir s'il possède suffisamment de pouvoirs pour mener à bien sa mission en la matière.

#### **b. Un juge administratif aux pouvoirs suffisants.**

**685.** Là encore, il ne semble pas que le juge administratif soit dénué d'instruments juridiques pour faire respecter le droit de la concurrence. Nous l'avons dit, le juge peut suspendre un acte administratif qui serait à l'origine d'une pratique anticoncurrentielle<sup>1030</sup>. Il peut annuler un acte constitutif d'une telle pratique<sup>1031</sup> mais aussi prononcer des

---

<sup>1027</sup> Bertrand du Marais, *Droit de la régulation économique*, Dalloz 2004, pp. 176-177

<sup>1028</sup> Actuellement, Bruno Lasserre et ainsi Président du Conseil de la concurrence et Edmond Honorat est membre du Conseil de la concurrence.

<sup>1029</sup> Jean-Yves Chérot, *Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence*, AJDA 2000, p. 687, spéc. p. 694

<sup>1030</sup> CE ord. 20 octobre 2003, Sté Louis Dreyfus Communication, n° 260477 ; CE ord. 19 janvier 2004, Sté T-Online, préc. ; CE ord. 10 février 2006, Sté Poweo, préc.

<sup>1031</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire ; Sté Million et Marais ; Sté Interarbres (3 espèces), p.406, RFDA 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; RDP 1998, p.256 note Y. Gaudemet ; AJDA 1997, p. 945 chr. Girardot et Raynaud ; AJDA 1998, p. 247 note Guézou

astreintes ou des injonctions<sup>1032</sup> afin de faire cesser au plus vite les nuisances occasionnées. Précisons cependant que l'astreinte ne peut être prononcée par le juge que de manière accessoire afin de faire assurer l'exécution de la chose jugée, que cela soit à titre préventif<sup>1033</sup> ou répressif<sup>1034</sup>. Le prononcé d'une astreinte ne vise pas à proprement parler la violation du droit de la concurrence. Il ne peut pas être assimilé aux amendes prononcées par le Conseil de la concurrence, la Commission européenne<sup>1035</sup> ou le ministre de l'économie<sup>1036</sup>. Le juge administratif s'est également reconnu compétent pour indemniser une victime de pratique anticoncurrentielle<sup>1037</sup>. David Katz précise également, à juste titre, que le juge administratif est parfaitement compétent pour mettre en œuvre une procédure de répétition de l'indu lorsqu'une violation du droit de la concurrence par un acte administratif unilatéral ou contractuel a donné lieu au paiement d'une somme d'argent<sup>1038</sup>. La répétition concourt alors par principe à l'effacement rétroactif des effets résultant de l'acte non valide.

**686.** La juridiction administrative ne semble pas souffrir de carence par rapport aux autres autorités compétentes en matière de droit de la concurrence. Il existe pourtant bel et bien une différence importante entre ces autorités et la juridiction administrative : cette dernière n'a en effet pas la possibilité de prononcer des sanctions financières<sup>1039</sup>, c'est-à-dire des amendes, afin de dissuader les opérateurs publics de contrevenir aux règles posées par le Code de commerce en la matière. Il ne paraît pourtant pas que cette incompétence soit constitutive d'une limite en matière de contentieux administratif. Nous avons déjà précisé que ce procédé conduirait certes le juge administratif à participer à la régulation de l'économie par le biais de sanctions dissuasives<sup>1040</sup> mais il semble peu probable que cette

---

<sup>1032</sup> Art. L. 911-1 et 911-2 du CJA

<sup>1033</sup> Art. L. 911-3 du CJA

<sup>1034</sup> Art. L. 911-5 du CJA

<sup>1035</sup> A ce sujet, V. Marie Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Armand Colin, 3<sup>ème</sup> éd., 2005

<sup>1036</sup> V. article L. 430-8 du Code de commerce au sujet des concentrations d'entreprises

<sup>1037</sup> CAA de Paris, 4 décembre 2003, Société d'équipement de Tahiti et des îles (SETIL), AJDA 2005, p. 200 note Sophie Nicinski

<sup>1038</sup> V. David Katz, *Juge administratif et droit de la concurrence*, Op. cit. pp. 394-401

<sup>1039</sup> Articles L. 464-2 du Code de commerce accorde cette possibilité au Conseil de la concurrence

<sup>1040</sup> V. 672 et s.

possibilité soit pertinente lorsqu'elle conduit à faire payer des amendes importantes<sup>1041</sup> à des opérateurs de services publics qui visent à assurer l'intérêt général. Indirectement, ce serait les usagers et les contribuables qui se trouveraient pénalisés par ces sanctions.

**687.** De plus, précisons que les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence, la Commission européenne ou le ministre de l'économie ont le caractère de sanctions administratives et ne sont pas prononcées par des juridictions mais par des autorités administratives. David Katz rappelle à juste titre que lorsque le juge administratif « applique le droit de la concurrence, son office reste, en tout état de cause, celui d'un juge de droit commun. Comme le juge civil ou commercial, le juge administratif tranche des litiges. Il n'a pas pour mission de surveiller les marchés et de garantir, de manière active et continue, un régime de concurrence non faussé. Tel est, en revanche, le rôle des autorités de concurrence qui disposent pour cela du pouvoir d'infliger des amendes. »<sup>1042</sup>.

**688.** On pourrait alors objecter que l'impossibilité, pour le juge administratif, de sanctionner financièrement une pratique anticoncurrentielle ne permet pas au juge de faire respecter efficacement le droit de la concurrence et tend à procurer aux activités administratives une immunité de fait contraire à l'esprit même du droit de la concurrence<sup>1043</sup>. Tel ne semble pas être le cas. En effet, on peut rétorquer que les opérateurs publics peuvent toujours être sanctionnés par le Conseil de la concurrence si une pratique anticoncurrentielle provient d'une activité qui ne relève pas de prérogatives de puissance publique<sup>1044</sup>. De plus, il existe également des sanctions pénales pour les personnes physiques. L'article L.420-6 du Code de commerce prévoit des sanctions pénales pour toute personne physique qui prend frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'une entente frauduleuse ou d'un abus de position dominante visés aux articles L.420-1 et L.420-2 de ce même code<sup>1045</sup>. En dehors des pratiques anticoncurrentielles même, on peut envisager

---

<sup>1041</sup> Les amendes prononcées par le Conseil de la concurrence peuvent atteindre plusieurs millions d'euros. Sur ce point, V. Dominique Brault, Politique et pratique du droit de la concurrence en France, Op. Cit., pp. 664 et s. Au sujet des amendes prononcées par la Commission européenne, v. Le monde, 18-19 février 2007, p. 13 au sujet d'une entente entre fabricants d'ascenseurs.

<sup>1042</sup> David Katz, Juge administratif et droit de la concurrence, Op. Cit., p. 391

<sup>1043</sup> V. pour un exemple, Pierre Sargos, Le droit de la concurrence gravement malmené, Le Monde, 15 décembre 1999, p. 17

<sup>1044</sup> V. TC 18 octobre 1999, Préfet de la région Ile-de-France c/Cour d'appel de Paris, AJDA 1999, p.996 ; P. Terneyre, La compétence du juge administratif, AJDA 2000, p.701

<sup>1045</sup> V. David de Giles, Droit pénal de la concurrence en Europe, JCP E 2003 n°1, p. 20 et n° 2 p. 68



qu'une telle pratique constituée par un prix abusivement bas ou prédateur puisse, le cas échéant<sup>1046</sup>, être sanctionné devant le juge pénal sur le fondement de l'article L. 442-2 du Code de commerce qui prohibe la vente à perte<sup>1047</sup>. On peut également préciser qu'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif peut toujours être sanctionnée sur le fondement de l'article 432-14 du Code pénal si elle procure ou tente de procurer à autrui un avantage injustifié, par un acte contraire aux règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans ces marchés. On qualifie souvent cette infraction de « délit de favoritisme ». Cet article peut toujours viser une pratique qui est par ailleurs anticoncurrentielle comme une entrave à la concurrence lors de l'attribution d'une délégation de service public ou l'attribution d'un marché public. Dans le même sens, l'article 313-6 du Code pénal sanctionne « le fait, dans une adjudication publique, par dons, promesses, ententes ou tout autre moyen frauduleux, d'écartier un enchérisseur ou de limiter les enchères ou les soumissions »<sup>1048</sup>.

**689.** Précisons également que la réforme pénale du 9 mars 2004 entrée en vigueur le 31 décembre 2005 annule le principe de spécialité des infractions pénales opposables aux personnes morales<sup>1049</sup> ; on peut donc considérer que toutes ces condamnations pénales peuvent parfaitement être opposées à une collectivité locale ou toute personne publique sur le fondement de l'article 121-2 du Code pénal<sup>1050</sup>. Cependant, il semble difficilement envisageable que l'article L.420.6 du Code de commerce puisse être opposé à une personne morale. Rappelons que l'ordonnance de 1986 a souhaité dépénaliser le droit français de la concurrence. Il serait curieux que le juge pénal sanctionne une personne morale pour ce type de pratiques anticoncurrentielles alors que le Conseil de la

---

<sup>1046</sup> L'article L. 442-2 du Code de commerce s'applique aux « commerçant ». Une personne morale, publique ou privée, gestionnaire de service public peut se voir reconnaître la qualité de commerçant au sens de cet article. Pour plus de détails, V. Didier Linotte et Raphaël Romi, *Droit public économique*, Litec, 2006, pp. 347-348

<sup>1047</sup> V. Wilfried Jeandidier, *droit pénal des affaires*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. 2003, n° 376

<sup>1048</sup> V. Cass. Crim. 16 mai 2001, n° 99-83.467 et n° 97-80.888 Bull. crim. N° 124

<sup>1049</sup> Avant cette date et depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal le 1<sup>er</sup> mars 1994 les personnes morales pouvaient être responsables pénalement uniquement lorsqu'un article du code le prévoyait expressément. Depuis l'entrée en vigueur de la loi Perben II (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004) le 31 décembre 2005, ce principe de spécialité a été abandonné et l'intégralité du Code pénal peut être opposée à une personne morale. V. Alain Levy, *L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994*, DA juin 2004, p. 12 et spéc. pt. n° 5

<sup>1050</sup> L'article L. 442-3 du Code de commerce précise même expressément que les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal, de l'infraction prévue à l'article L. 442-2 du même code qui sanctionne la vente à perte.

concurrency peut déjà prononcer des amendes pour les mêmes pratiques sur le fondement des articles L.420-1 et L.420-2 du même code. Notons que dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales, l'Etat est exclu de cette responsabilité pénale car le législateur a considéré que l'Etat, qui est seul dépositaire du droit de punir, ne pouvait se sanctionner lui-même. L'article 121-2 du Code pénal opère de plus une distinction entre les collectivités locales et leurs groupements et les autres personnes publiques. Le second alinéa de cet article prévoit que « les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. ». Semblent ainsi exclues les activités qui ne peuvent être déléguées comme la police administrative par exemple<sup>1051</sup>. La jurisprudence judiciaire laisse apparaître toute l'ambiguïté de l'expression « activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ». Il est en effet plus difficile qu'il n'y paraît de cerner ce qu'est une telle activité au sens de l'article L.121-2 du Code pénal<sup>1052</sup>. La Cour de cassation semble s'être fixée sur le fait que constitue une activité « déléguable » au sens de cet article « toute activité ayant pour objet la gestion d'un tel service lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elle peut être confiée par la collectivité territoriale à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation »<sup>1053</sup>. La responsabilité pénale des collectivités locales et de leurs groupements est donc parfaitement envisageable lors d'une pratique anticoncurrentielle lorsque les différents critères évoqués ci-dessus sont réunis.

**690.** Ces possibilités de sanctions financières nous semblent suffisantes même si elles ne vont pas sans poser des problèmes d'éparpillement des recours<sup>1054</sup>. Il ne paraît pas que la juridiction administrative doive absolument bénéficier du pouvoir de prononcer des

---

<sup>1051</sup> V. Jean Claude Soyer, Droit pénal et procédure pénale, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd. 2006, n° 279

<sup>1052</sup> Alain Levy, L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, préc.

<sup>1053</sup> Cass. Crim. 3 avril 2002, JCP 2002. I. 155 obs. Véron

<sup>1054</sup> Le problème est le même lorsque le Conseil de la concurrence estime qu'une personne physique est susceptible d'être sanctionnée pénalement pour une pratique anticoncurrentielle sur la base de l'article L. 420-6 du Code de commerce. A ce sujet, V. David de Giles, Droit pénal de la concurrence en Europe, JCP E 2003 n°1, p. 20 et n° 2 p. 68, spéc. n° 1 p. 24

sanctions pécuniaires à l'encontre des gestionnaires de service public. Les juges ont déjà respecté un certain nombre de textes, y compris dans le domaine économique<sup>1055</sup>, sans recourir à des sanctions pécuniaires. Les juges de l'ordre administratif possèdent déjà des pouvoirs de suspension, d'injonction, d'astreintes, de réparation du préjudice et de répétition de l'indu afin d'agir efficacement. Si le juge administratif, à la différence du Conseil de la concurrence, n'a pas la possibilité de se livrer à des perquisitions ou à des saisies, il ne semble pas particulièrement en pâtir. Michel Bazex précise de plus que le juge a toujours la possibilité de s'appuyer sur « les possibilités découlant du droit à la communication des documents administratifs, ou de la récente réforme des procédures d'urgence. »<sup>1056</sup>. Finalement, le juge administratif continue à assurer efficacement son rôle lorsqu'il applique du droit de la concurrence dans la mesure où il tranche des litiges. Il laisse alors aux autorités administratives compétentes en matière de concurrence et au juge répressif le soin de sanctionner financièrement tout manquement au droit de la concurrence.

**691.** Ces constats démontrent que la juridiction administrative est compétente pour appliquer le droit économique qu'est le droit de la concurrence. Elle bénéficie, comme nous venons de le voir, de prérogatives suffisantes pour faire respecter efficacement ce droit par toute personne gestionnaire de service public. Elle doit dorénavant appliquer un droit public de la concurrence.

## **2. Une compétence encadrée.**

**692.** Si le juge administratif est, nous l'avons vu, clairement compétent pour appliquer le droit de la concurrence, peut-on pour autant parler de droit public de la concurrence comme le font déjà certains auteurs<sup>1057</sup>, notamment en matière d'interprétation de normes économiques ? Nous allons nous attacher à démontrer que l'application du droit de la concurrence par les juridictions administratives ne doit pas nécessairement passer par des

---

<sup>1055</sup> La liberté du commerce et de l'industrie notamment.

<sup>1056</sup> Michel Bazex, La libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative, Gaz. Pal. 2001, p. 1155

<sup>1057</sup> V. par exemple, Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, Op. Cit. ; Michel Bazex, Le droit public de la concurrence, RFDA 1998, 781 ; Sophie Nicinski, Les évolutions du droit administratif de la concurrence, AJDA 2004, p. 751

raisonnements économiques autonomes. Le fait que l'ordre administratif soit doublement encadré en matière de droit de la concurrence ne semble pas problématique.

**693.** On peut s'interroger sur l'application que fait le juge administratif des notions propres au droit de la concurrence que nous avons détaillées ci-dessus<sup>1058</sup> : peut-on dire que le juge s'affranchisse de la vision du droit de la concurrence qui est développée par les autres autorités compétentes pour le faire respecter ?

**694.** Rappelons que dès 1999 le juge administratif a commencé à saisir le Conseil de la concurrence pour avis<sup>1059</sup>. Cette procédure prévue par l'article L. 462-3 du Code de commerce ne semble pas aller dans le sens d'un affranchissement de la juridiction administrative pour l'appréciation du droit de la concurrence issu du Code de commerce. Pour autant, Sophie Nicinski<sup>1060</sup> précise qu'il arrive au Conseil d'Etat de ne pas suivre complètement l'avis donné par le Conseil de la concurrence. Elle reprend une décision de la haute juridiction administrative du 16 juin 2004<sup>1061</sup> où cette dernière ne reprend pas l'appréciation portée en matière de marché pertinent par le Conseil qu'elle avait pourtant saisi pour avis<sup>1062</sup>. Néanmoins nous ne pensons pas qu'une application spécifique du droit de la concurrence passe nécessairement par des divergences d'appréciation entre le Conseil de la concurrence et le Conseil d'Etat. Il paraît tout à fait normal que les juges du Palais Royal demandent de temps à autre un avis au Conseil de la concurrence<sup>1063</sup> afin d'avoir des précisions sur telle ou telle notion. En outre, on peut comparer ce recours au Conseil de la concurrence à un avis sollicité par la juridiction administrative auprès d'un expert dans des

---

<sup>1058</sup> V. 649 et s.

<sup>1059</sup> CE Sect. 26 mars 1999, Sté Hertz ; Sté EDA, p. 96, RDP 2000 p. 1545 ; JCP E 1999, n°27-28, p. 1170 obs. Rouault ; D. 2000, p. 204 note Markus

<sup>1060</sup> V. Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, Op. Cit., pp. 187-188

<sup>1061</sup> CE 16 juin 2004, Mutuelle générale des services publics, AJDA 2004, p. 1509 note N. Charbit ; DA octobre 2004, comm. N° 140, note M. Bazex et S. Blazy

<sup>1062</sup> Cons. Conc. Avis n° 03A-21, 31 décembre 2003, Position de la mutualité fonction publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics, non publié au BOCC

<sup>1063</sup> Le nombre d'avis sollicités sur la base de l'article L. 462-3 du Code de commerce se limitent à ce jour à 3 : CE Sect. 26 mars 1999, Sté Hertz ; Sté EDA, préc. ; CE 15 janvier 2000, Sté Cegedim, req. N° 235176 ; CE 13 janvier 2003, Mutuelle générale des services publics, LPA 27 octobre 23, p. 6 note Saillard. Le Conseil d'Etat a également saisi le Conseil de la concurrence pour avis en matière de concentration d'entreprises : CE ord. 19 mai 2005, Société Fiducial Informatique et société Fiducial Expertise, p.334, AJDA 2005, p. 2167

matières techniques<sup>1064</sup>. La faiblesse du nombre d'avis sollicités par rapport au nombre de décisions rendues en matière de droit de la concurrence par la juridiction administrative démontre que cette dernière n'a pas besoin du Conseil de la concurrence pour statuer. Il est vrai que la juridiction administrative n'a pas forcément besoin de l'avis des juges de la concurrence pour reprendre leur vision des choses car elle peut s'inspirer de leur jurisprudence. Encore une fois, il ne nous paraît pas choquant que le Conseil d'Etat s'inspire de la jurisprudence de l'autorité chargée d'appliquer le droit de la concurrence interne aux activités purement privées. Il est évident qu'il y aura toujours des différences d'appréciation entre les juges des deux ordres comme il peut en y en avoir d'ailleurs entre deux formations du même ordre. Il ne semble pas que la démarcation de la juridiction administrative doive se faire à ce niveau. Le rôle du juge administratif n'est pas de donner par principe un point de vue différent du juge judiciaire. Il doit en revanche prendre en considération le fait qu'il n'a pas le même domaine de compétence. L'ordre administratif est compétent pour appliquer le droit de la concurrence aux activités qui constituent ou qui sont indétachables d'une prérogative de puissance publique<sup>1065</sup>. Les juges doivent donc prendre en compte l'activité de la personne qui est à l'origine de cette prérogative et qui gère par définition un service public. Le juge doit effectuer ce que le Conseil de la concurrence ne fait pas, c'est-à-dire assurer l'intérêt général et la bonne exécution du service public. C'est à ce niveau qu'il faut attendre une autonomisation des juges administratifs afin de donner naissance à un véritable droit public de la concurrence. Malheureusement, nous avons déjà longuement expliqué que cette évolution n'en est qu'à ses balbutiements<sup>1066</sup>.

**695.** La solution n'est pas la même lorsqu'on évoque le droit communautaire de la concurrence. En la matière, le juge doit suivre la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes en vue d'assurer une harmonisation de l'application du droit communautaire sur l'ensemble du territoire des Etats membres. La marge de manœuvre de la juridiction est alors bien mince car elle ne peut s'affranchir de la vision des juges

---

<sup>1064</sup> Dans ce sens, V. Bertrand du Marais, *Droit de la régulation économique*, Dalloz 2004, pp. 176-177 ; Christine Bréchon-Moulènes, *La place du juge administratif dans le contentieux économique public*, AJDA 2000, p. 679, spéc. p. 684

<sup>1065</sup> V. TC 18 octobre 1999, *Préfet de la région Ile-de-France c/Cour d'appel de Paris*, préc. ; P. Terneyre, *La compétence du juge administratif*, préc.

<sup>1066</sup> V. 274 et s.

communautaires, que cela soit pour l'interprétation de notions juridiques économiques ou pour les limites d'application aux services publics. Pour autant, cette position ne semble pas problématique car le droit communautaire de la concurrence fournit plusieurs exemples vertueux d'application de ce droit aux activités des opérateurs publics<sup>1067</sup>.

**696.** Il semble difficile de parler d'affranchissement du juge administratif en matière économique. Le Conseil de la concurrence et la Cour de justice des communautés européennes encadrent largement les décisions de l'ordre administratif. Jean-Yves Chérot note que « l'expertise du juge administratif en matière de théorie et d'analyse économique se résout souvent ici en une expertise juridique puisqu'il lui suffit de prendre en considération les théories développées par les instances compétentes, différentes selon qu'il s'agit du droit communautaire de la concurrence ou de l'application de l'ordonnance de 1986. »<sup>1068</sup>. L'émancipation de l'ordre administratif ne semble pas être nécessaire ou fondamentale en matière d'interprétation économique. On ne peut pas reprocher au juge de s'inspirer de raisonnements économiques développés par des autorités particulièrement compétentes en la matière. On pourra cependant lui reprocher de ne pas défendre l'intérêt général et le service public face à des normes purement économiques. C'est sur ce point essentiel, et non sur l'analyse économique, que le juge doit s'affranchir<sup>1069</sup>. Jacques-Henri Stahl note ainsi dans ses conclusions sur l'affaire EDA : « nous croyons qu'il vous faut prendre garde à ne pas développer en jurisprudence administrative une conception par trop autonome des notions de droit de la concurrence. S'il faut concilier la prise en considération du droit de la concurrence avec les autres intérêts publics dont l'administration a la charge, nous pensons que cette conciliation doit avoir lieu en aval et ne doit pas emprunter la voie d'une traduction administrative des concepts du droit de la concurrence [...]. Nous vous invitons à observer une stricte orthodoxie dans le maniement des concepts de la concurrence et à vous entourer, à cet égard, des plus solides garanties. »<sup>1070</sup>. Au-delà du développement de la compétence économique du juge

---

<sup>1067</sup> V. 783

<sup>1068</sup> Jean-Yves Chérot, Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, AJDA 2000, p. 687, spéc. p. 693

<sup>1069</sup> V. 383 et s.

<sup>1070</sup> Concl. J.-H. Stahl sur CE 26 mars 1999, Sté EDA, AJDA 1999, p. 427

administratif, l'incorporation de normes de droit privé dans le bloc de légalité administrative oblige le juge à s'adapter au droit privé.

## **II- L'adaptation du juge administratif à ces nouvelles sources.**

**697.** Les droits de la concurrence et de la consommation, le droit pénal et le droit des affaires sont composés de normes qui sont à l'origine appliquées par les juridictions judiciaires. En décidant de reprendre ces normes, la juridiction administrative est confrontée à des règles qui n'ont pas été conçues pour être efficaces en matière de contentieux administratif. L'objet de cette thèse est l'étude de la légalité administrative, il est donc intéressant d'étudier l'application de ces règles par le juge de l'excès de pouvoir. L'étude de la jurisprudence enseigne que l'application de ces normes par les juges administratifs dans le cadre du contentieux de la légalité entraîne une évolution du contentieux de l'excès de pouvoir (A). Il est de plus manifeste que la reprise de ces normes par les juridictions administratives entraîne ces dernières à faire preuve d'une réelle exigence dans l'application de ces règles (B).

### **A. Une évolution du contentieux de l'excès de pouvoir.**

**698.** L'extension du bloc de légalité administrative oblige le juge de l'excès de pouvoir à s'adapter à des méthodes de travail différentes. Ainsi, le droit de la concurrence et le droit pénal présentent des originalités qui pourraient troubler le travail des juges administratifs. La jurisprudence démontre qu'il n'en est rien. En effet, si les juges sont amenés à apprécier des comportements dans le cadre du contrôle des actes administratifs (1), cette tendance ne semble pas leur poser de problème car les juges administratifs s'adaptent naturellement à ces situations (2).

## 1. L'appréciation de comportements à travers des actes.

**699.** Le droit de la concurrence et le droit pénal sanctionnent des comportements. L'article L. 420-2 du Code de commerce prohibe ainsi « *l'exploitation abusive* par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. ». L'article 82 du traité de Rome fait également référence à *l'exploitation abusive* d'une position dominante<sup>1071</sup>. C'est donc bien *l'exploitation* de la position dominante qui est sanctionnée et non la position dominante en elle-même<sup>1072</sup>. L'application de ces articles impose aux juges d'apprécier des comportements. Le droit pénal fonctionne sur la même logique. Le Code pénal prohibe un certain nombre de comportements qu'il convient aux juges de prendre en compte.

**700.** Le juge de l'excès de pouvoir paraît bien éloigné de ce type d'interprétation. Edouard Laferrière enseigne que le domaine de l'excès de pouvoir répond à une logique objective basée sur la confrontation d'actes<sup>1073</sup>. Il précise qu'en matière de recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat est seulement le juge du droit, il ne lui appartient pas de « discuter l'existence ou la gravité des faits »<sup>1074</sup>. Le Conseil d'Etat dans son célèbre arrêt *Dame Lamotte* définit le recours pour excès de pouvoir comme étant « le recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »<sup>1075</sup>. Laferrière le définit comme « un procès fait à un acte »<sup>1076</sup>. Le juge annulera l'acte s'il est illégal au vu d'un critère objectif : la légalité administrative. Il est ainsi procédé à un contrôle de la légalité de l'acte administratif à la date de son édicton.

---

<sup>1071</sup> Pour une définition de cette pratique, V. 649 et s.

<sup>1072</sup> La solution peut-être différente en cas d'abus automatique. Sur cette notion V. 660, 706 et s.

<sup>1073</sup> Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, édition de 1886 rééditée en 1989 ; Pascale Gonod, Edouard Laferrière, un juriste au service de la république, LGDJ, 1997 ; Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, LGDJ, 2001 ; David Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ 2002.

<sup>1074</sup> Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc. T. 2, p. 540 et T.1 p. 17

<sup>1075</sup> CE Ass. 17 février 1950, *Dame Lamotte*, p. 110, RDP 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline

<sup>1076</sup> Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, préc.



**701.** L'opposition entre le droit de la concurrence et le droit pénal, qui impliquent l'appréciation de comportements, et le travail du juge de l'excès de pouvoir, qui repose sur l'appréciation de la légalité à un moment déterminé, est évidente. Jean-Bernard Auby note que le mouvement qui tend à la subjectivisation du droit administratif est frappant : « Jusqu'à maintenant, le droit administratif se présentait comme un droit essentiellement objectif : largement indifférent aux mobiles des individus comme à leur attitude morale, il faisait dépendre la réalisation de son projet –l'Etat de droit en matière administrative- du respect de normes objectives. Corrélativement, le contentieux administratif était, au moins dans son jardin personnel de l'excès de pouvoir, un contrôle de norme à norme. La tendance actuelle est au contraire à une invasion des subjectivités. [...] Le contentieux administratif, de son côté, devient de plus en plus un contentieux des intérêts, personnels et subjectifs, des administrés, de moins en moins une affaire de discipline objective de l'administration. »<sup>1077</sup>. Il paraît en effet difficile pour cette formation juridictionnelle administrative d'apprécier des comportements qui ne découlent pas directement de textes. Il est facile pour le juge de l'excès de pouvoir de déterminer si un texte favorise une position dominante au sens du droit de la concurrence mais il sera plus compliqué d'annuler un acte au vu de l'exploitation d'une position dominante, c'est-à-dire au en prenant en compte un comportement effectif. Le juge ne doit plus alors raisonner en termes de compatibilité d'un acte avec un autre acte supérieur mais doit prendre en compte les éventuels comportements qui peuvent en découler. Christine Bréchon-Moulènes rappelle que « le droit économique n'est pas un droit formel mais matériel. Il exige de réfléchir en termes d'effets plus que de sources. Il s'agit de juger de comportements d'entreprises et non de raisonner en termes de « logiques étatiques ». D'où les interrogations qui vont surgir lorsque le juge administratif accueille, dans le cadre du contrôle de la légalité des actes, le droit de la concurrence, qu'il chausse, en quelque sorte, des « lunettes à double foyer ». »<sup>1078</sup>.

**702.** Michel Bazex s'interroge pour sa part sur le fait de savoir si « l'effectivité de la règle de droit public de la concurrence ne passe pas par une redéfinition du rôle du juge administratif »<sup>1079</sup> ? Il note que « l'autolimitation que s'impose le juge dans le contentieux

---

<sup>1077</sup> Jean-Bernard Auby, La bataille de San Romano, AJDA 2001, p. 912

<sup>1078</sup> Christine Bréchon-Moulènes, La place du juge administratif dans le contentieux économique public, AJDA 2000, p. 679, spéc. p. 681

<sup>1079</sup> Michel Bazex, Le droit public de la concurrence, RFDA 1998, p. 781, spéc. p. 799

de l'excès de pouvoir lui interdit de procéder à l'analyse économique indispensable pour se prononcer sur l'atteinte à la concurrence de nature à établir l'illégalité de l'acte, puisque cette analyse suppose une constatation ou une appréciation des éléments de fait qui caractérisent la situation du marché. »<sup>1080</sup>.

**703.** Le même type de raisonnement peut être développé lors de l'utilisation de certaines normes pénales par le juge de l'excès de pouvoir : certains actes administratifs peuvent être annulés sur le fondement du Code pénal alors même qu'ils ne sont pas directement constitutifs d'une infraction mais conduisent à la commission de cette dernière. Didier Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot notent qu'« il y a loin de l'annulation d'un acte à la condamnation d'une personne. »<sup>1081</sup>. Avant de prononcer une peine, le juge répressif est amené à ce prononcer sur la nature des faits, déterminer s'ils sont constitutifs d'une infraction et s'ils sont imputables au prévenu. Le juge de l'excès de pouvoir est « pour sa part appelé à se prononcer sur le seul point de savoir si l'acte attaqué a pour objet de permettre ou d'ordonner un agissement qui, s'il se réalisait, devrait être regardé comme constituant une infraction au point de vue matériel. »<sup>1082</sup>. Ces difficultés ont été apprivoisées par les juges administratifs.

**704.** Le juge de l'excès de pouvoir n'est pas forcément confronté à ce type de difficultés lorsqu'il applique du droit de la concurrence. En effet, un acte administratif peut avoir en lui-même un effet anticoncurrentiel **direct**. Il n'y a pas à apprécier l'éventuel comportement futur de l'opérateur. L'acte peut fixer un prix qui sera considéré comme excessivement haut ou abusivement bas<sup>1083</sup>. Il peut s'agir également d'un acte conférant à un opérateur un droit excessif ou des prérogatives faussant le jeu de la concurrence<sup>1084</sup>.

---

<sup>1080</sup> Ibid.

<sup>1081</sup> Chron. D. Chauvaux et Thierry-Xavier Girardot, sous CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, AJDA 1997, p. 152

<sup>1082</sup> Ibid.

<sup>1083</sup> Pour le détail de ces pratiques, V. 659 et s.

<sup>1084</sup> V. CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski, au sujet de l'accès privilégié offert à un opérateur de service public à l'utilisation d'ouvrages portuaires. CE 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurances, AJDA 1997, p. 142 chron. D. Chauvaux et T. Girardot, au sujet de la gestion en monopole d'un régime complémentaire d'assurance vieillesse par la caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole.

**705.** Les juridictions administratives doivent en revanche faire évoluer leur contrôle lorsque l'acte n'entraîne pas directement une rupture avec le droit de la concurrence. Une méthode a été mise en œuvre afin d'exercer un contrôle effectif. Le juge peut estimer que l'effet anticoncurrentiel de l'acte administratif qui lui est soumis, bien qu'**indirect** est pourtant **certain**. Le juge considère alors que l'acte dont il a à connaître est le point de départ d'un manquement aux obligations de libre concurrence. Ainsi, l'acte en lui-même n'est pas **directement** anticoncurrentiel, **il ne l'est qu'indirectement** mais il conduit **obligatoirement** à mettre en place une telle pratique. Par exemple, un acte administratif peut conduire à placer un opérateur en position dominante sans nécessairement le conduire à abuser de cette dernière. L'acte ne constitue donc pas la pratique anticoncurrentielle mais il va la faciliter ce que l'on peut qualifier de relation indirecte entre l'acte administratif et la pratique anticoncurrentielle. Le juge de l'excès de pouvoir doit, lorsqu'il rend une décision, se placer au jour où est édictée la décision. Or, comme nous l'avons déjà exposé, le droit de la concurrence, tant communautaire qu'interne, condamne l'exploitation abusive d'une position dominante. Le juge administratif peut donc avoir du mal à constater un abus de position dominante si l'acte administratif se contente de placer un opérateur dans une situation où il risque simplement d'abuser de celle-ci.

**706.** Face à cette difficulté, le Conseil d'Etat est conduit à anticiper les effets de l'acte dont il a à connaître. Il peut alors mettre en place la théorie de **l'abus automatique** qui vise à conclure qu'un opérateur est placé dans une situation telle qu'il risque fort d'en abuser. Cette théorie prétorienne<sup>1085</sup> a déjà été appliquée par les juges de Palais Royal dans une décision *Cegedim*<sup>1086</sup>. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêté établissant le tarif des publications de l'INSEE au motif qu'il place cet organisme en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante sur le marché de certains fichiers de prospection commerciale. Le juge considère que le comportement anticoncurrentiel est

---

<sup>1085</sup> CJCE 5 octobre 1994, Société civile agricole du centre d'insémination de la Crespelle, préc.

<sup>1086</sup> CE 29 juillet 2002, Sté Cegedim, p.280, DA 2002, Ctaire. N° 173 Michel Bazex et Sophie Blazy ; CJEG 2003, p. 16 concl. Christine Maugué ; AJDA 2002, p. 1072 note Sophie Nicinski ; V. également pour un raisonnement sur l'abus automatique les conclusions du commissaire du gouvernement Schwartz sur CE 30 juillet 2003 SA Caen Distribution, AJDA 2003, p. 2036. M. Schwartz évoque ainsi un risque présumé d'abus de position dominante (non retenu par le CE en l'espèce). Dans le même sens, le Conseil d'Etat évoque un « risque » d'abus de position dominante : CE 11 juin 2003 EDF, N° 240512 mentionné aux tables du recueil Lebon.

imputable à l'opérateur public. Michel Bazex et Sophie Blazy notent que cet arrêt « permet d'envisager un contrôle plus étendu des décisions de politique économique »<sup>1087</sup>.

**707.** Rappelons que, si la juridiction administrative décide de ne pas annuler l'acte administratif en se fondant sur cet abus automatique, il reste que l'opérateur peut toujours être **lui-même** sanctionné s'il abuse excessivement de cette position dominante. Le fait que le recours pour excès de pouvoir ne soit pas accueilli au fond ne vaut pas dire que l'opérateur peut agir à sa guise. L'acte administratif n'aura pas été annulé mais l'opérateur peut être condamné car la pratique anticoncurrentielle découle du comportement autonome de l'opérateur<sup>1088</sup> **et non de l'acte administratif**. La décision du Conseil d'Etat *Mutuelle générale des services publics*<sup>1089</sup>, où l'abus automatique n'est pas retenu, et sa comparaison avec l'arrêt *Cegedim* illustrent bien la position de la juridiction administrative sur la distinction entre responsabilité de l'opérateur et implication de l'acte administratif. A cet effet, Madame Nicinski note à juste titre qu'il appartient alors au requérant de choisir avec soin le type de recours qu'il décide d'exercer et la pratique qu'il entend voire censurée<sup>1090</sup>.

**708.** Cependant, le professeur Nicinski considère que le juge administratif ne va pas assez loin dans l'annulation des actes administratifs permettant des pratiques anticoncurrentielles. Elle note que le juge communautaire est plus audacieux et n'hésite pas à censurer une réglementation qui n'« oblige pas un opérateur à se rendre coupable d'une pratique anticoncurrentielle mais se borne à simplement lui en donner le droit [...] la possibilité de renoncer au comportement anticoncurrentiel est purement théorique »<sup>1091</sup> et encourt alors la censure<sup>1092</sup>. La relation entre la réglementation publique et la pratique anticoncurrentielle serait ainsi **indirecte** c'est-à-dire que la réglementation n'est pas **en elle-même** anticoncurrentielle mais peut conduire à mettre en place des comportements de ce type. Cependant, l'exemple repris par Mme Nicinski et commenté par le professeur Chérot laisse apparaître que le lien entre la mesure étatique et la pratique

---

<sup>1087</sup> Michel Bazex et Sophie Blazy note sous CE 29 juillet 2002, Sté Cegedim, préc.

<sup>1088</sup> Sur cette répartition du contentieux, V. Michel Bazex et Sophie Blazy citée sous CE 16 juin 2004, *Mutuelle générale des services publics*, DA octobre 2004, citée n° 140, p. 27

<sup>1089</sup> CE 16 juin 2004, *Mutuelle générale des services publics*, DA octobre 2004, p. 27 citée n° 140 M. Bazex et S. Blazy ; AJDA 2004, p. 1509 note N. Charbit ; BJDCEP 2004, p. 367 Concl. J.-H. Stahl et p. 374 note Ch. Maugüé

<sup>1090</sup> V. Sophie Nicinski, *Droit public de la concurrence*, Op. Cit., pp. 163-164

<sup>1091</sup> *Ibid.*, p. 162

<sup>1092</sup> CJCE 10 février 2000, *Deutsche Post*, aff. C-147 et 148/97, rec. p. I-825. V. également l'analyse de Jean-Yves Chérot in *Droit public économique*, *Economica*, 2002, n° 75 p. 133

anticoncurrentielle n'est pas si **indirect**. Quand bien même la CJCE constate un abus automatique dans l'affaire *Deutsche Post*<sup>1093</sup>, ce qui inclut un lien **indirect**, la lecture des faits laisse à penser que la relation est quasi **directe**. Dans cette affaire, la loi allemande **n'obligeait** pas l'entreprise publique postale Deutsche Post à renvoyer le courrier international entrant ou à le soumettre à des taxes postales discriminatoires, mais se bornait à lui en **donner le droit**. On ne voit pas en effet pourquoi l'entreprise aurait renoncé à cette facilité. Le lien entre la pratique discriminatoire et la mesure étatique peut certes être qualifié d'indirect mais la différence avec un lien direct paraît bien subtile et ténue et ne semble pas si éloigné du point de vue développé par le Conseil d'Etat dans l'affaire *Cegedim* analysée plus haut<sup>1094</sup>. De plus, rappelons encore une fois que l'absence de censure d'un acte administratif n'implique pas «*absolution*»<sup>1095</sup>, les abus peuvent toujours être sanctionnés s'ils sont imputables à l'opérateur par le Conseil de la concurrence, voire les juridictions administratives s'ils relèvent de prérogatives de puissance publique<sup>1096</sup>.

**709.** Le Conseil d'Etat pourrait, il est vrai, se livrer à une politique offensive en matière de droit de la concurrence visant à censurer massivement tous les actes administratifs qui sont susceptibles de placer un opérateur dans une situation d'abuser de sa position dominante. Ce parti pris aurait pour avantage de «*vider dans l'œuf*» bon nombre de comportements anticoncurrentiels ayant un rapport avec une décision des pouvoirs publics. Il aurait toutefois pour inconvénient majeur de mettre en place une répartition faussée du contentieux en la matière. De plus, quelle serait alors la position des juges administratifs en matière de responsabilité ? Un acte administratif annulé par le juge de l'excès de pouvoir en raison du fait qu'il est susceptible d'entraîner un opérateur à user de sa position dominante pourrait conduire à une responsabilité de l'administration alors même que l'acte n'a qu'un lointain rapport avec l'abus de position dominante. Il paraît plus logique de condamner l'opérateur qui se livre à une pratique anticoncurrentielle. La position actuelle de la haute juridiction administrative qui découle de la jurisprudence *Mutuelle générale des services publics*<sup>1097</sup> et qui exige que l'abus soit la conséquence directe de la mise en œuvre

---

<sup>1093</sup> Ibid.

<sup>1094</sup> CE 29 juillet 2002, Sté Cegedim, préc.

<sup>1095</sup> Le mot est le M. Bazex et S. Blazy citaire sous CE 16 juin 2004, Mutuelle générale des services publics, préc.

<sup>1096</sup> TC 18 octobre 1999, Préfet de la région Ile-de-France c/Cour d'appel de Paris, AJDA 1999, p.996

<sup>1097</sup> CE 16 juin 2004, Mutuelle générale des services publics, préc.

de l'acte administratif pour pouvoir procéder à son annulation nous paraît être une situation réaliste et respectueuse de la répartition du contentieux.

**710.** On peut résumer l'état du droit de la façon suivante : un acte administratif qui entraîne de façon **directe** ou **indirecte mais certaine** une pratique anticoncurrentielle encourt la censure du juge. En revanche, un acte administratif qui est simplement **susceptible** d'entraîner un comportement anticoncurrentiel de la part d'un opérateur économique ne sera pas censuré par le juge mais c'est l'opérateur qui peut être sanctionné s'il met en œuvre une telle pratique.

**711.** Il résulte de ces constatations que le juge de l'excès de pouvoir s'accommode très bien de l'obligation de se placer au jour où est édictée la décision dont il a à connaître. Il peut, comme nous l'avons vu, anticiper les effets de cette décision et, si la pratique anticoncurrentielle n'est pas suffisamment liée avec l'acte administratif, le droit de la concurrence pourra toujours être appliqué *a posteriori*, c'est-à-dire en attaquant directement la pratique de l'opérateur. L'effectivité du droit de la concurrence ne semble donc pas pâtir des règles encadrant le recours pour excès de pouvoir car le juge à su s'adapter efficacement aux différents défis posés par le droit de la concurrence. Le juge s'est tout autant adapté aux particularités du droit pénal.

**712.** Le droit pénal suit la même logique que le droit de la concurrence car il impose au juge de prendre en compte des éléments factuels et l'oblige à dépasser un simple contrôle de norme à norme. Comme en matière de droit de la concurrence, le juge de l'excès de pouvoir devra, lorsqu'il décide de connaître d'un recours fondé sur une incompatibilité avec le Code pénal, prendre en compte le lien qui peut exister entre l'acte administratif et l'accomplissement d'une infraction. Cet aspect ne semble pas faire obstacle à une bonne application du Code pénal par le juge de l'excès de pouvoir. Si le lien entre la décision administrative et la violation de la norme répressive est **direct**, le juge administratif procède à l'annulation de l'acte. En revanche, si ce lien est trop distendu, il ne semble pas que le juge administratif se reconnaisse le pouvoir d'annuler l'acte. Ainsi, la jurisprudence ne laisse pas apparaître, comme en matière de droit de la concurrence<sup>1098</sup>, de cas où le juge

---

<sup>1098</sup> CE 29 juillet 2002, Sté Cegedim, p.280, DA 2002, Ctaire. N° 173 Michel Bazex et Sophie Blazy ; CJEG 2003, p. 16 concl. Christine Maugué ; AJDA 2002, p. 1072 note Sophie Nicinski. V. 706 et s.

annule une décision car une violation de la norme pénale paraît être **certaine** au vu du contenu de l'acte administratif contesté.

**713.** Lors d'une annulation d'un acte administratif sur le fondement du droit pénal, le lien entre la décision et la norme répressive peut presque toujours être regardé comme **direct**. Il en est ainsi dans une décision *Bertrand* où le Conseil d'Etat annule comme contraire à l'article 378 – qui punit la violation du secret professionnel par le personnel médical – des mesures imposant aux médecins de préciser le diagnostic de la maladie des patients bénéficiant de l'aide médicale gratuite<sup>1099</sup>. Il en est de même lorsqu'un arrêté municipal ordonnant la visite des véhicules des nomades est annulé, parce qu'il méconnaissait l'inviolabilité du domicile consacrée par l'article 184 du Code pénal<sup>1100</sup>. La célèbre décision *Canal, Robin et Godot* de 1962<sup>1101</sup>, témoigne de la même préoccupation lorsque le Conseil d'Etat estime que la création d'une juridiction d'exception par le Président de la République porte une atteinte injustifiée aux principes généraux du droit pénal en excluant notamment toute voie de recours.

**714.** Les applications de l'article 175 (aujourd'hui art. 432-16) du Code pénal, qui interdit à tout fonctionnaire chargé du contrôle d'une entreprise privée d'occuper un emploi dans la dite entreprise, suivent la même logique. Par un arrêt de 1969, le Conseil d'Etat annule un arrêté interministériel de détachement d'un inspecteur d'une direction régionale de sécurité sociale en considérant que cet acte est contraire à l'article 175 du Code pénal. La haute juridiction a considéré que l'inspecteur en question avait exercé un contrôle direct sur une caisse primaire ; sa nomination était donc contraire aux dispositions du Code pénal<sup>1102</sup>. La même censure a frappé la nomination d'un inspecteur des lois sociales en agriculture en qualité de directeur d'une caisse de mutualité sociale agricole sur laquelle il exerçait auparavant un contrôle direct du fait de ses fonctions<sup>1103</sup>. Dans sa décision *Lambda*<sup>1104</sup>, le Conseil d'Etat consacre également ce caractère direct entre

---

<sup>1099</sup> CE Sect. 9 novembre 1928, *Bertrand*, rec. p. 1149 ; D. 1929, p. 26 concl. Dayras

<sup>1100</sup> CE 2 décembre 1983, *Ville de Lille*, rec. p. 470

<sup>1101</sup> CE Ass. 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, p.552, AJDA 1962, p.612 chron. A. De Laubadère ; JCP 1963, II. p. 13068 note Ch. Debbasch.

<sup>1102</sup> CE Ass. 24 janvier 1969, *Ministre du travail contre syndicat national des cadres des organismes sociaux*, p.39, RA 1970, p. 170 conclusions Baudoin ; AJDA 1969, p. 158 chron. Dewost et R. Denoix de Saint Marc ; D. 1969, p. 440 note J. Dutheil de la Rochère.

<sup>1103</sup> CE 31 janvier 1975, *Syndicat national des directeurs de la mutualité sociale agricole*, rec. p. 73

<sup>1104</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, *Sté Lambda*, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoyne de

l'infraction et l'acte administratif en annulant un décret du Président de la République portant nomination en position de détachement de M. Beaufret au poste de sous-gouverneur du Crédit foncier de France. Le Conseil d'Etat a considéré que M. Beaufret, qui occupait précédemment les fonctions de chef du service des affaires monétaires et financières au Ministère des finances, avait eu à contrôler directement les activités du Crédit foncier. L'application de cet article par le juge administratif fait tout de même apparaître une certaine originalité. En effet, l'article 175 du Code pénal vise à sanctionner un individu qui s'est mis en position de contrevenir à cet article. Or le juge administratif annule un acte administratif ; son rôle et son but ne sont donc pas de sanctionner la personne susceptible de commettre l'infraction. En ce sens, le juge ne respecte pas à la lettre les dispositions du Code pénal. Cependant, l'action du juge de l'excès de pouvoir peut être analysée comme une volonté de faire respecter la légalité dans son ensemble en condamnant un texte qui implique de façon quasi certaine qu'une infraction soit commise. A ce titre, comme en matière de droit de la concurrence<sup>1105</sup>, les juges du Palais royal cherchent à prévenir l'exercice d'une pratique prohibée, à la différence qu'en l'espèce le lien entre l'infraction et la mesure étatique nous paraît plus direct qu'en matière de droit de la concurrence<sup>1106</sup>.

**715.** La logique est toujours la même lorsque la juridiction administrative sanctionne un acte administratif constitutif d'une prise illégale d'intérêt sur le fondement de l'article 432-12 du Code pénal. Le juge annule la décision uniquement lorsque celle-ci s'oppose directement au Code pénal. Par exemple, le fait pour un adjoint au maire d'employer le fils du maire de la commune à un poste d'agent communal après que le maire ait employé le fils de cet adjoint sans publicité à un poste de même type « était de nature à exposer ces élus à l'application de l'article 432-12 du Code pénal »<sup>1107</sup>. Encore une fois la haute juridiction administrative cherche à prévenir une pratique prohibée par le Code pénal mais le lien entre l'infraction et l'acte administratif annulé est direct<sup>1108</sup>.

---

Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

<sup>1105</sup> CE 29 juillet 2002, Sté Cegedim, préc. V. supra pour une analyse en matière de droit de la concurrence.

<sup>1106</sup> V. 706 et s.

<sup>1107</sup> V. CE 27 février 2005, Ministre de l'outre mer c/ Cne. de hitia'a O Te Ra, JCP A 2005, n° 531

<sup>1108</sup> Dans le même sens, v. CE 7 avril 1999, n° 149208, Cne de la Crau, Rec. 1999, tables, p. 660 ; TA Nice 8 décembre 2006, Mme Jehanne Arnaud c/ Cne. de Sainte Maxime, Lamy Coll. Terr., janvier 2007, p. 14 note Frédéric Dieu



**716.** Pourtant, il est déjà arrivé au juge administratif d'annuler un acte administratif en partie parce qu'il **pourrait** être contraire à une disposition du Code pénal. Ainsi, dans un arrêt *Association Promouvoir*<sup>1109</sup>, l'Assemblée du contentieux a annulé une décision du ministre de la culture accordant un visa d'exploitation au film « Baise-moi » assortie d'une interdiction aux mineurs de moins de seize ans au motif que ce film « pourrait relever des dispositions de l'article 227-24 du Code pénal<sup>1110</sup> ». Cette position de la haute juridiction administrative, qui conduit à annuler un acte administratif en partie parce qu'il est susceptible d'entraîner une infraction prévue par le Code pénal, nous semble pouvoir être rapprochée de ce que pratique le juge en matière de droit de la concurrence : lorsque le juge décide d'annuler un acte administratif qui place une entreprise dans une situation où elle serait susceptible d'abuser de sa position dominante<sup>1111</sup>, il se place dans une même approche. Pourtant, la position de l'Assemblée du contentieux dans la décision *Association Promouvoir* paraît être différente de celle développée en matière de droit de la concurrence. En effet, dans l'arrêt *Promouvoir*, et à la différence du droit de la concurrence, le lien entre l'acte administratif le comportement prohibé n'est ni **direct**, ni **indirect et certain**<sup>1112</sup>, mais il est simplement **probable**. L'utilisation du verbe pouvoir à la forme conditionnelle démontre que le lien entre l'acte administratif d'interdiction et l'infraction n'est que probable. En matière de droit de la concurrence, le Conseil d'Etat n'a jamais annulé un acte administratif sur la base d'une probabilité ; il a toujours besoin de davantage de certitude<sup>1113</sup>. Cette solution qui, à notre connaissance, reste le seul exemple en la matière montre parfaitement que le Conseil d'Etat peut adopter des positions atypiques afin de prévenir un contentieux devant le juge judiciaire. Ce constat doit toutefois être nuancé. Si l'assemblée du contentieux argue que le film « baise-moi » pouvait relever de l'article 227-24 du Code pénal, ce n'était qu'un élément parmi d'autres qui ne faisait que renforcer les arguments en faveur de l'annulation du visa d'exploitation. Ainsi, le Conseil d'Etat relève également dans son arrêt que ce film « constitue un message

---

<sup>1109</sup> CE Ass. 30 juin 2000, *Association Promouvoir*, M. et Mme Mazaudier et autres, rec. p. 265 concl. Honorat, AJDA 2000, p. 609 chron. Guyomar et Collin, RFDA 2000 p. 182 note Canedo et p. 1311 note J. Morange

<sup>1110</sup> « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. »

<sup>1111</sup> V. 706 et s.

<sup>1112</sup> Pour la présentation de ces deux notions, V. 708 et s.

<sup>1113</sup> V. 706 et s.

pornographique et d'incitation à la violence susceptible d'être vu ou perçu par des mineurs »<sup>1114</sup>. Il nous paraît peu probable et risqué qu'une juridiction administrative en vienne à annuler un acte administratif uniquement parce qu'il serait **susceptible** d'entraîner une infraction au Code pénal. La décision *Promouvoir* démontre en revanche que ce type d'argumentation peut venir appuyer une démonstration.

**717.** Les particularités de l'office du juge de l'excès de pouvoir obligent ce dernier à adopter parfois des raisonnements originaux lorsqu'il prend en compte le droit de la concurrence et le droit pénal. La notion d'abus automatique et l'originalité du contentieux pénal de l'excès de pouvoir en fournissent l'exemple. Ce positionnement du juge n'est pourtant pas isolé, ce qui conduit à considérer que ces appréciations sont exercées de façon naturelle.

## **2. Une appréciation « naturelle ».**

**718.** Le fait de prendre en compte des comportements et des éléments de fait dans le contentieux de l'excès de pouvoir n'est pas une nouveauté pour les juges administratifs. L'étude du contentieux laisse apparaître que le contrôle de légalité des actes administratifs peut reposer sur l'appréciation d'éléments de fait. Ainsi, les juges sont régulièrement amenés à effectuer ce travail lorsqu'ils décident de moduler leur degré de contrôle. Le juge de l'excès de pouvoir peut se livrer à une qualification juridique des faits<sup>1115</sup>. Cet examen de légalité peut devenir maximum si la qualification juridique des faits est poussée à un point tel que le juge réclame une véritable adéquation entre la décision prise et les faits justifiant la décision<sup>1116</sup>. Faire rentrer des considérations factuelles dans le cadre d'un contrôle de légalité d'un acte administratif n'est donc pas une originalité pour le juge de l'excès de pouvoir. De plus, il convient de préciser que la conception française du droit administratif vise à objectiver le contentieux, c'est-à-dire à le dépersonnaliser. Sabino Cassese note dans son étude de droit comparé sur la construction du droit administratif en

---

<sup>1114</sup> CE Ass. 30 juin 2000, Association Promouvoir, M. et Mme Mazaudier et autres, préc.

<sup>1115</sup> CE 4 avril 1914, Gomel, rec. p. 488

<sup>1116</sup> CE Ass. 28 mai 1971, Ville nouvelle Est, rec. p. 409 concl. Braibant

France et au Royaume-Uni que « dans un système comme celui de la France, on trouve au centre du droit administratif l'acte administratif, celui-ci joue un rôle mineur dans le droit administratif anglais. La raison [...] en est que la justice administrative française, ne pouvant frapper le fonctionnaire, à cause de son immunité (relative) initiale, a développé la théorie de l'acte comme objet de son intervention. Le contrôle judiciaire de l'administration anglaise, par contre, s'est vu pendant longtemps interdire la possibilité d'attaquer la Couronne, et a donc exclu de son centre la théorie de l'acte administratif, qui est le grand absent du droit administratif anglais. »<sup>1117</sup>. Cette réalité fait bien comprendre que, derrière un acte administratif, il y a souvent un comportement. Les critiques qui affirment que le contrôle de légalité du juge administratif est incompatible avec le droit de la concurrence ou le droit pénal, qui traitent essentiellement de comportements, à la différence du contentieux de l'excès de pouvoir qui s'arrête lui sur des actes, perdent alors toute leur valeur lorsque l'on regarde la construction historique du droit administratif français que l'on vient d'exposer.

**719.** Enfin, la position du juge administratif, qui vise à annuler des actes administratifs susceptibles de façon plus ou moins certaine de conduire à une pratique prohibée par le droit de la concurrence ou par le droit pénal, n'est pas non plus une originalité propre à ce type de contentieux. On peut ainsi évoquer l'application par le juge administratif du **principe de précaution**. Ce principe, notamment appliqué par le juge administratif en matière environnementale, vise à prévenir des risques dont on ne sait pas encore s'ils existent réellement. Lorsque le juge administratif établit un lien certain entre une mesure étatique qui accorde un droit et un comportement anticoncurrentiel exercé par le bénéficiaire de ce droit, la logique n'est pas similaire à celle retenue lors d'une application du principe de précaution. Dans le cadre de ce dernier, une mesure est sanctionnée car l'on ne connaît pas précisément les risques qu'elle peut engendrer, alors qu'en matière de droit de la concurrence le risque est connu. Il semble que dans ce dernier cas, l'office du juge doit davantage être rapproché d'un **travail de prévention**. Pour Jean-Marie Pontier, « l'objectif de la prévention est d'éviter la survenance d'un événement source de dommages, de souffrances et de traumatisme pour une partie de la population, de coût pour les finances publiques, de perte de confiance dans les dirigeants. Il s'agit, en prévenant, de se prémunir, de se garantir contre des conséquences désastreuses. Prévenir, c'est chercher à

---

<sup>1117</sup> Sabino Cassese, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Montchrestien, 2000, p. 126

prévoir, à partir d'une connaissance ou d'une expérience que l'on a du passé, les effets indésirables et/ou calamiteux (pour reprendre un terme qui figure toujours dans nos textes) d'un fait, et c'est prendre les devants, en cherchant à faire obstacle à la survenance de l'événement et de ses effets. »<sup>1118</sup>. En matière de prévention, les risques sont connus ou partiellement connus ; ce n'est pas le cas en matière de précaution<sup>1119</sup>. En matière d'abus automatique de position dominante<sup>1120</sup>, le juge cherche à **prévenir** une violation du droit de la concurrence qu'il considère comme devant intervenir de façon certaine. Lors de l'application du droit pénal, la juge administratif va jusqu'à considérer que l'infraction est probable<sup>1121</sup>. Les risques sont donc connus par le juge qui cherche à les **prévenir**. Ce travail n'est pas éloigné du contrôle que le juge est amené à effectuer en matière de police administrative<sup>1122</sup> ou en matière de droit de l'environnement<sup>1123</sup>. Dans tous ces cas de figure le juge est amené à évaluer une menace et à définir la mesure la plus adéquate pour l'éviter.

**720.** Le juge administratif est donc amené à travailler de façon particulière en élargissant le bloc de légalité administrative. Il est notamment conduit à inclure des comportements et des notions factuelles dans ses raisonnements afin de s'adapter à ces nouvelles sources. Pour autant, cette adaptation du juge ne l'oblige pas à mettre en place une véritable révolution dans ses méthodes de travail car elle peut être rapprochée de certaines techniques traditionnelles du contrôle de légalité des actes administratifs. Au-delà de ces évolutions, on constate que le juge développe une attitude commune face à ces nouvelles sources de légalité : l'exigence.

---

<sup>1118</sup> Jean-Marie Pontier, Prévenir pour se prémunir, AJDA 2006, Chron. p. 729

<sup>1119</sup> Gilles J. Martin, Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ?, AJDA 2005, Chron. p. 2222 ; V également, Aude Rouyère, L'exigence de précaution saisie par le juge, RFDA 2000, p.266 ; du même auteur, Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques, D. 2007, p. 1537

<sup>1120</sup> V. 706 et s.

<sup>1121</sup> CE Ass. 30 juin 2000, Association Promouvoir, M. et Mme Mazaudier et autres, préc.

<sup>1122</sup> Yves Jegouzo, Le maire ne peut utiliser ses pouvoirs de police générale pour interdire la culture en plein champ des espèces végétales génétiquement modifiées, AJDA 2002, p. 1351

<sup>1123</sup> V. Yves Jegouzo, De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité, AJDA 2005, Chron. p. 1164

## **B. Un juge administratif exigeant.**

**721.** L'étude de l'application des nouvelles sources de légalité administrative fait clairement apparaître que le juge développe une certaine exigence visant à appliquer ces dernières de façon large et extensive (1). L'attention particulière que le juge porte à ces règles s'explique aisément : le fait que ces normes soient également appliquées par les juridictions judiciaires oblige le juge à faire preuve d'une réelle sévérité quant à leur application (2).

### **1. Une sévérité systématiquement constatée.**

**722.** L'extension du bloc de légalité administrative aux normes étudiées dans la deuxième partie<sup>1124</sup> de cette thèse amène à constater que le juge fait systématiquement preuve d'une réelle sévérité dans l'application de ces règles. Ce constat doit être dressé dès le domaine d'application de la règle puis dans la mise en œuvre de la norme même.

**723.** Le domaine d'application du droit de la concurrence est sans conteste relativement large ; on a, par exemple, constaté que le domaine de la police administrative n'était pas exclu du respect du droit de la concurrence<sup>1125</sup> alors qu'en la matière le droit communautaire ne retient pas un champ d'application si large<sup>1126</sup>. Le droit de la consommation suit le même mouvement : le Conseil d'Etat n'a pas hésité à considérer qu'une société commerciale pouvait être assimilée à un consommateur au sens de la législation sur les clauses abusives et pouvait ainsi bénéficier de la protection qu'offre ce texte<sup>1127</sup>. La Cour de cassation<sup>1128</sup> et le droit communautaire<sup>1129</sup> ne retiennent pas cette

---

<sup>1124</sup> Chaque exemple évoqué dans ce 1) est détaillé plus précisément dans la partie II.

<sup>1125</sup> CE Sect. Avis 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, p.526, D. 2001, n°26 p.2110, note Nathalie Albert ; RFDA 2001, concl. S. Austray ; RDP 2001, p. 393 note C. Guettier ; AJDA 2001, p. 198 note M.-C. Rouault ; CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houllgate, p.138, AJDA 2006, p. 752 note Jean-David Dreyfus ; BJCP 2006, p. 203 concl. Didier Casas ; Lamy coll. Terr., mai 2006, n° 13 obs. E. Glaser ; V. également, Jean-Pierre Jouguelet, Remarques sur la passation des délégations de service public et les atteintes au droit de la concurrence, RJEP 2007, p. 288

<sup>1126</sup> CJCE 19 Janvier 1994, SAT Fluggesellschaft Mbh c/ Eurocontrol, Rec. I 1994, p. 43

<sup>1127</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G.Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et

assimilation. Le droit pénal n'échappe pas à la règle : le Conseil d'Etat a considéré que l'article 432-13 du Code pénal devait s'appliquer à une situation de détachement<sup>1130</sup> alors même que le texte évoque une situation de cessation de fonction et que la Cour de cassation n'a jamais retenu une telle conception<sup>1131</sup>. Enfin, dans le domaine du droit du travail, le juge administratif s'inspire souvent du Code du travail pour consacrer des principes généraux du droit qui par définition ont une portée plus large et générale que le code lui-même<sup>1132</sup>. On peut de plus répéter que le juge administratif ne s'est jamais trouvé dans l'obligation d'appliquer ces normes qui sont traditionnellement appliquées par la juridiction judiciaire. La décision même de sélectionner telle ou telle règle et de l'opposer à l'action administrative traduit une volonté du Conseil d'Etat.

**724.** La logique est rigoureusement similaire dans l'application même de la règle. Ainsi, que cela soit en droit de la concurrence, de la consommation ou en matière de droit pénal ou de droit du travail, le juge fait très rarement échec à l'application d'une norme en se basant sur l'intérêt général, l'ordre public, la bonne exécution du service public. Il évoque constamment le fait qu'il peut y avoir des limites à l'application de ces normes mais il ne les met en œuvre que très rarement. On ne dénombre à ce jour que trois réelles limites d'intérêt général qui ont effectivement conduit à la non application d'une source de droit privé<sup>1133</sup>. La bonne exécution du service public, sa qualité et sa continuité ainsi que la

---

Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurispr. P. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages

<sup>1128</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 janvier 1996, D. 1996, p. 228 note G. Paisant

<sup>1129</sup> CJCE 22 novembre 2001, JCP, 2002. II. 10047, note G. Paisant ; CCC. 2002, commentaires 18, note Raymond

<sup>1130</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoyne de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

<sup>1131</sup> V. 408 et s.

<sup>1132</sup> V. 555 et s.

<sup>1133</sup> V. CE 21 février 2003, Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières, p.47, DA avril 2003, p. 23 note GLC en matière d'application du droit du travail ; CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n°1712 note M.-C. Rouault ; DA 2004, comm. 161 note Michel Bazex et Sophie Blazy pour une application en matière de droit de la concurrence ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006 p. 1289 note Jacques Fialaire pour une application en matière de droit de la consommation.

notion de sécurité ont permis de faire prévaloir l'intérêt général sur les normes évoquées<sup>1134</sup>.

**725.** Il est impossible d'ignorer cette sévérité du Conseil d'Etat lorsqu'il applique ces sources de légalité. Comment peut-on interpréter cette exigence ? Le fait que les règles appliquées soient toutes des normes qui sont aussi appliquées par les juridictions judiciaires explique certainement cette réalité.

## **2. Une sévérité volontaire.**

**726.** Le droit pénal, le droit de la concurrence et de la consommation et le droit du travail viennent élargir la légalité administrative. Ces quatre sources ont pour point commun de ne pas être appliquées exclusivement pas la juridiction administrative et sont même appliquées à l'origine par la juridiction judiciaire. On peut sans aucun doute relier ce constat au fait que ces normes soient appliquées de façon exigeante par la juridiction administrative. La reprise de ces normes par le Conseil d'Etat porte atteinte à la répartition traditionnelle droit privé-droit public. L'adage qui veut que la compétence d'un ordre juridictionnel suive le fond du droit applicable, c'est-à-dire sa nature privée ou publique, est rendu inapplicable par cette extension de la légalité administrative. Or nous avons déjà indiqué que la répartition du contentieux entre les ordres judiciaire et administratif conduit inévitablement à des critiques lorsqu'une juridiction reprend un droit qui n'est traditionnellement pas considéré comme faisant partie de sa sphère naturelle de compétence<sup>1135</sup>. Certains évoquent la privatisation du droit public ou au contraire la publicisation du droit privé. D'autres estiment que l'application par la juridiction administrative de normes considérées comme de droit privé traduit une perversion que l'on doit soigner en transférant le contentieux concerné au juge judiciaire, plus à même d'appliquer à bon escient du droit privé<sup>1136</sup>. Nous avons déjà exposé dans la première partie de cette thèse que ces critiques ne sont pas justifiées car elles reposent sur un constat erroné de la répartition droit public-droit privé. Il est pourtant difficile de nier que le juge

---

<sup>1134</sup> Pour des développements plus complets sur la matérialité de ces limites d'intérêt général, V. 833 et s.

<sup>1135</sup> V. par exemple 522 et s.

<sup>1136</sup> Ibid.

judiciaire applique beaucoup plus souvent et depuis beaucoup plus longtemps que l'ordre administratif les sources que nous avons retenues pour notre étude. Il est évident que nul ordre n'est propriétaire de ses sources de légalité et que les ordres judiciaire et administratif sont tous deux gardiens de la légalité au sens large sans que l'on puisse la découper de par sa nature privée ou publique<sup>1137</sup>. Pour autant, et pour les raisons que l'on vient d'évoquer, l'ordre judiciaire apparaît comme le juge naturel du droit privé. On peut donc imaginer que la juridiction administrative a toujours en tête cette idée lorsqu'elle applique ces sources. D'une part, le Conseil d'Etat se sait observé par la Cour de cassation lorsqu'il reprend des droits qui sont originellement appliqués par le juge judiciaire. D'autre part, la doctrine qui a pour habitude de s'intéresser exclusivement à l'application du droit privé par le juge judiciaire regarde parfois d'un mauvais œil ce qu'elle estime être une incursion injustifiée de la juridiction administrative dans la sphère de compétence traditionnelle de l'ordre judiciaire. En d'autres termes, chacun de ces acteurs surveille la juridiction administrative en attendant une application inappropriée. Dans ce sens, Jean-Pierre Bizeau précise que « juge de la puissance publique, le juge administratif est un juge sous surveillance. A ce titre, le contentieux de bon nombre d'activités de service public lui échappe d'ores et déjà et le mouvement est susceptible de s'accroître »<sup>1138</sup>.

**727.** C'est certainement pour ces raisons que le juge applique rigoureusement et surtout sévèrement ces sources de légalité. Le juge administratif ne peut se permettre aucun laxisme dans cette application, ce qui le conduit à être tout particulièrement vigilant lorsqu'il se réfère à ces normes. Cette attention ne conduit pas le juge à calquer sa jurisprudence sur celle de la Cour de cassation car cela ne ferait qu'alimenter les critiques qui considèrent qu'il n'y a pas besoin de deux ordres juridictionnels pour appliquer une même norme. Néanmoins il paraît évident que cette vigilance conduit à une rigueur qui amène le juge à faire preuve de sévérité pour appliquer ces sources de légalité. Les juges administratifs ne souhaitent pas être accusés de faire une application édulcorée du droit privé. De plus, cette sévérité peut être regardée comme une spécificité de l'ordre administratif par rapport à l'ordre judiciaire, ce qui conduit à justifier le dualisme juridictionnel. En quelque sorte, le juge administratif a tout à gagner de cette application

---

<sup>1137</sup> V. Jean Rivero, Le juge administratif : Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?, Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public, tome II, LGDJ, 1974

<sup>1138</sup> V. Jean-Pierre Bizeau, Le juge administratif n'est-il plus le juge que de la puissance publique ?, AJDA 1992, p. 179, spéc. pp. 185



rigoureuse : il se met à l'abri des critiques, il oppose sa propre particularité à un droit appliqué originellement par les juridictions judiciaires et il démontre que ces normes ont réellement un effet « utile » dans la mesure où leur domaine d'application est large sans que l'intérêt général ou une référence à la bonne exécution du service public y fasse constamment échec.

**728.** Cette sévérité volontaire du Conseil d'Etat peut être perçue comme stratégique, ce qui fait ressortir un désir d'émancipation de l'ordre administratif vis-à-vis de son homologue judiciaire. Cette application « large » de ces sources de légalité conduit nécessairement à une transformation importante du droit administratif.



## **Conclusion du premier Chapitre :**

**729.** Les différents acteurs du droit administratif évoluent en raison de l'enrichissement de la légalité administrative. Pour autant, l'état du droit positif ne permet pas encore de répondre à toutes les questions relatives à ces évolutions.

**730.** La banalisation de l'action administrative implique une réduction de la particularité du droit applicable à l'action administrative. Elle est souvent critiquée par la doctrine qui dénonce une réduction des droits spécifiques reconnus à l'administration pour exercer ses missions d'intérêt général. Nous avons ainsi constaté que la banalisation du droit applicable à l'action économique des pouvoirs publics tend à encadrer l'action de ces derniers, mais peut également conduire à les protéger, notamment en recourant au Code de la consommation. L'avenir nous dira si l'extension du bloc de l'égalité administrative vers ces droits classiquement appliqués par la juridiction judiciaire a également permis à l'administration de bénéficier de nouveaux droits. Cette évolution conduirait à équilibrer les nouvelles charges encourues par l'action administrative par la prise en compte de ces nouveaux droits. L'enrichissement de la légalité administrative pourrait alors être qualifiée d'évolution harmonieuse l'apparition de nouvelles obligations serait compensée par la reconnaissance de nouveaux droits.

**731.** L'extension du bloc de légalité entraîne une évolution du travail de la juridiction administrative riche d'enseignements. Le juge de l'excès de pouvoir s'adapte naturellement aux obligations que lui imposent des droits qui sont conçus pour être appliqués par la juridiction judiciaire. Néanmoins, on peut souhaiter que les impératifs d'exigence que s'impose le juge jusqu'à présent s'amenuisent pour faire prévaloir plus généreusement les exigences d'intérêt général propres à la tâche administrative.

**732.** La prise en compte du droit de la concurrence a conduit à une multiplication des nouveaux outils de travail offerts au juge administratif afin qu'il puisse appliquer ce droit de manière efficace. Ces développements démontrent que le juge évolue aisément dans le domaine du contentieux économique. L'appropriation de ces méthodes de raisonnement par le juge administratif amène à s'interroger sur des questions qui n'ont pas encore été résolues dans le droit positif. Dans un premier temps, il sera intéressant de se pencher sur

l'avenir du contentieux de la réparation d'une pratique anticoncurrentielle par la juridiction administrative. Il semble que les impératifs de concurrence non faussée entre les opérateurs exigés par le traité de Rome et le Code de commerce impliquent une évolution importante de ce type de contentieux. Dans un second temps, l'impossibilité pour une juridiction administrative de prononcer des sanctions financières peut être constitutive d'une certaine limite en matière de droit de la concurrence. Nous avons certes considéré qu'il ne paraissait pas nécessaire qu'un gestionnaire de service public soit condamné par le biais d'une amende. L'intégralité du droit administratif semble efficacement appliquée par les juges sans que ceux-ci aient, pour l'instant, recours à ce type de sanction. Il est pourtant tout à fait possible que l'efficacité de l'opposition du droit de la concurrence aux opérateurs publics passe obligatoirement par le prononcé de telles sanctions. Il pourra alors être pertinent de faire évoluer les compétences de la juridiction administrative de manière à lui ouvrir cette possibilité afin d'assurer l'effectivité de ce droit économique.

**733.** En définitive, il n'apparaît pas que l'extension contemporaine du bloc de l'égalité administrative s'effectue au désavantage des acteurs du droit administratif. Il semble au contraire que le juge et l'administration peuvent tirer parti de ces nouvelles sources. Il faut maintenant déterminer si la même conclusion peut être livrée plus généralement en matière d'évolution du droit administratif.

## Chapitre II : La transformation bénéfique du droit administratif.

734. L'enrichissement de la légalité administrative conduit indéniablement à transformer le droit administratif. Les droits de la concurrence et de la consommation, le droit du travail et le droit pénal sont devenus des sources de travail régulières du juge de l'excès de pouvoir qui n'hésite pas à opposer ces normes classiquement appliquées par les juridictions judiciaires aux activités administratives. Or chaque étudiant en droit administratif a un jour appris que le droit administratif est un droit exorbitant du droit commun, c'est-à-dire différent du droit privé. Pour justifier cette affirmation, les auteurs ont pour habitude de présenter le droit administratif comme l'ensemble des règles qui sont opposées à l'administration mais uniquement les règles qui sont différentes du droit privé. Dans leur esprit, cela exclut le droit appliqué par les juges judiciaires aux différentes activités de service public. Où doit-on alors placer les normes qui sont traditionnellement prises en compte par l'ordre judiciaire mais qui sont reprises par l'ordre administratif ? Nous avons déjà démontré<sup>1139</sup> que ces règles devaient être considérées pleinement comme du droit administratif. On peut donc affirmer qu'au contact de ces nouvelles normes de légalité, le droit administratif se trouve progressivement transformé en un droit que certains qualifient de droit « métissé » ou droit « hybride »<sup>1140</sup> voire « hermaphrodite »<sup>1141</sup>. Il est essentiel d'étudier ces mutations car elles contribuent à une présentation moderne du droit administratif. Ainsi, les notions fondamentales de ce droit que sont la puissance publique et le service public s'adaptent respectivement à l'opposition des nouvelles normes de légalité. On peut en conséquence parler d'adaptation des fondements idéologiques du droit administratif (Section I). La doctrine a souvent tendance à porter un regard inquiet sur cette transformation. Il semble au contraire que nous assistions à une étape essentielle et nécessaire dans l'évolution du droit administratif qui participe, tout comme d'autres changements, à une revitalisation du droit opposé à l'administration. Il semble opportun de replacer cette ouverture opérée par le juge administratif dans un contexte plus global afin

---

<sup>1139</sup> V. 91 et s.

<sup>1140</sup> V. par exemple, Jacques Caillosse, *L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?*, in François Lacasse et Jean-Claude Thoening (dir.), *L'action publique*, L'harmattan, 1996, p. 307 ; Agathe Van Lang, *Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif*, RDP 2004, p. 1016, spéc. p. 1042

<sup>1141</sup> Jean-François Lachaume, *La compétence suit la notion...*, AJDA 2002, p. 77

de démontrer que l'enrichissement de la légalité administrative marque une nouvelle évolution de notre droit administratif (Section II).

### **Section I : L'adaptation des fondements idéologiques du droit administratif.**

**735.** Le droit administratif vise à permettre au service public et à la puissance publique d'évoluer dans un cadre adapté afin de répondre à des exigences d'intérêt général. L'enrichissement de la légalité administrative conduit à une transformation du droit administratif opposable à ces deux notions fondamentales que sont la puissance publique et le service public. Les capacités d'action de ces derniers changent en fonction du droit qui leur est opposé. Il est donc intéressant de s'interroger sur les évolutions que font subir les nouvelles normes de légalité à ces deux piliers de l'action administrative. Il est toujours délicat d'opposer strictement ces deux notions. En effet, ces deux éléments se justifient l'un par l'autre : sans service public pas de puissance publique et sans puissance publique pas de service public<sup>1142</sup>. Il apparaît néanmoins qu'il est possible de les étudier distinctement afin de cerner clairement les conséquences de l'extension du bloc de légalité. Nous étudierons dans un premier temps la transformation de la notion de service public, c'est-à-dire l'administration qui cherche à satisfaire un besoin d'intérêt général par l'exercice d'une prestation de service (I). Nous nous arrêterons dans un second temps sur l'évolution nuancée de la notion de puissance publique c'est-à-dire l'administration qui impose sa vision de la société par des sujétions exorbitantes (II).

#### **I- L'évolution du service public.**

**736.** Le service public est le premier secteur concerné par l'extension de la légalité administrative. L'évolution de la notion même de service public marquée par une intervention administrative accrue dans la sphère économique et par une pression internationale oblige la juridiction administrative à faire évoluer le droit applicable à cette activité. Le service public doit apprendre à agir avec des concurrents tout en respectant ses

---

<sup>1142</sup> V. notamment, Jacques Chevallier, *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, tome 2, PUF, 1979, p. 3.

usagers et ses agents. Le juge administratif participe à cette évolution notamment par l'enrichissement de son bloc de légalité. Ainsi, l'incorporation de nouvelles normes dans ce bloc de légalité administrative démontre l'exigence de modernisation du service public (A). On pourrait considérer que cette évolution illustre le fait que le juge administratif prend dorénavant moins en compte les exigences d'intérêt général symbolisées par un droit exorbitant du droit commun pour faire prévaloir les intérêts particuliers en appliquant des normes considérées comme de droit privé. Il apparaît, au contraire, que la reprise de ces normes et leur opposition aux activités de service public s'inscrit dans une logique d'intérêt général qui ne s'oppose pas forcément aux intérêts des particuliers (B).

#### **A. L'exigence de modernisation du service public.**

**737.** La notion de service public est considérée comme la pierre angulaire du droit administratif. Elle englobe toute activité regardée par la puissance publique comme étant d'intérêt général et pouvant jouir à ce titre d'un régime exorbitant du droit privé sous le contrôle de personnes publiques<sup>1143</sup>. Le service public constitue la grande majorité des activités exercées par les différentes personnes publiques ; il est en quelque sorte la raison d'être de ces dernières. Cette notion a toujours été en perpétuelle évolution afin de s'adapter aux différentes évolutions de la société et aux besoins des usagers. L'enrichissement de la légalité administrative participe de ce mouvement. L'intégration des droits de la consommation et de la concurrence entraîne indéniablement un certain nombre de changements dans l'exercice même du service public. On constate ainsi une adaptation large de ces services aux règles du marché (1). Ce mouvement est cependant difficile à théoriser si l'on se fonde, par exemple, sur la distinction actuelle entre le « service public industriel et commercial » et le « service public administratif ». Il apparaît qu'aucune détermination du domaine d'application des nouvelles sources de légalité n'est envisageable si l'on se base sur le critère classique de service public (2).

---

<sup>1143</sup> CE Sect. 28 juin 1963, Nancy, rec. p. 401 ; RDP 1963, p. 1186 note Marcel Waline. Sur l'exigence du critère de l'exorbitance, V. CE Sect. 22 février 2007, APREI, RFDA 2007, p. 803 note C. Boiteau

## 1. L'adaptation large du service public aux évolutions de la société.

**738.** Les différentes évolutions de la société contraignent les services publics à s'adapter. Laurent Cohen-Tanugi précise que « moins d'Etat ne peut se réduire à davantage de marché, mais doit également signifier plus de droit. L'économie de marché, en effet, ne se conçoit pas sans une régulation juridique : plus de marché signifie *de facto* davantage de droit. »<sup>1144</sup>. Trois grandes tendances peuvent être analysées. Premièrement, le droit de la concurrence impose aux gestionnaires de ces services de s'adapter à un climat où plusieurs opérateurs entrent en concurrence. Deuxièmement, le droit de la consommation redéfinit les relations entre l'utilisateur et le prestataire de service. Troisièmement, la prise en compte du Code du travail réorganise les relations entre le service public et certains de ses agents.

### - Le service public face à la concurrence :

**739.** L'objet du droit de la concurrence est d'instituer une concurrence non faussée entre les différents opérateurs économiques afin d'instaurer une saine compétition entre ces derniers. Nous ne reviendrons pas sur la limitation des activités de service public qui peut être constatée sur le territoire français et communautaire car cette réduction ne découle pas de l'extension du bloc de légalité administrative mais de l'ouverture des marchés imposée par l'Union européenne<sup>1145</sup>. Le droit de la concurrence interne qui vient enrichir notre bloc de légalité administrative intervient pour organiser le déroulement même des activités de service public. Il ne fait qu'accompagner la fin des monopoles ; il n'en est pas directement responsable. L'interdiction des abus de position dominante, de prix prédateurs ou

---

<sup>1144</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *La révolution juridique et judiciaire*, in *Notre justice*, Daniel Soulez Larivière et Hubert Dalle (dir.), Robert Laffont, 2002, p. 63

<sup>1145</sup> V. notamment, Claude Blumann, *Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'union européenne*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 45 ; Louis Dubouis, *Service public et droit de l'union européenne : un perpétuel débat*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 293 ; G. Henaff, *Concurrence et service public : enjeux et perspectives*, Rennes, PUR, 2002 ; N. Belloutet-Frier, *Service public et droit communautaire*, AJDA 1994, p. 270 ; E. Cohen, C. Henry, *Service public, Secteur public*, La doc. Fr. 1997 ; EDCE n° 46, *Service public, services publics : Déclin ou renouveau ?*, La doc. Fr., 1995 ; Marceau Long, *Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire*, RFDA 2001, p. 1161 ; Stéphane Rodrigues, *Services publics et services d'intérêt économique général dans la Communauté européenne*, Thèse, Paris I, 1999 ; N. Marcon, *Service public et droit de la concurrence*, Thèse, Paris XIII, 1999



d'ententes doit permettre aux différents prestataires de services de s'opposer à armes égales dans le cadre des règles du marché afin qu'une concurrence vertueuse puisse s'établir entre eux. C'est donc sur les conséquences des règles organisant la concurrence que nous allons nous interroger.

**740.** En exposant les services publics au droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986, le Conseil d'Etat<sup>1146</sup> a obligé ces derniers à tenir compte des règles du marché lorsqu'ils sont constitutifs d'une activité de distribution, de production ou de services. Plus concrètement, l'attribution même du service public ne doit pas placer son gestionnaire dans une situation où il serait susceptible d'abuser de sa position dominante ou d'effectuer toute autre pratique anticoncurrentielle mentionnée dans le Code de commerce et le Traité CE. A ce titre, le Conseil d'Etat contrôle notamment les modalités de délégation du service public et l'attribution éventuelle d'avantages susceptibles de constituer un abus de position dominante. Est ainsi prohibée la confusion entre opérateur sur un marché et régulateur de ce même marché<sup>1147</sup>. De plus, dans l'exercice même du service, le gestionnaire ne doit pas se placer dans une situation anticoncurrentielle. Le Conseil d'Etat préconise la transparence comptable et insiste sur les modalités de contrôle des prix pratiqués par les opérateurs publics et des avantages dont ils pourraient bénéficier<sup>1148</sup>. A ainsi été condamné par les juges du Palais Royal, l'accès privilégié à l'utilisation d'ouvrages portuaires<sup>1149</sup> offert à un opérateur de service public. Dans le même sens, l'attribution privilégiée de droit sur le domaine public par un opérateur de service public peut être sanctionnée sur le fondement du droit de la concurrence<sup>1150</sup>.

---

<sup>1146</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire ; Sté Million et Marais ; Sté Interarbres (3 espèces), p.406, RFDA 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; RDP 1998, p.256 note Y. Gaudemet ; AJDA 1997, p. 945 chr. Girardot et Raynaud ; AJDA 1998, p. 247 note Guézou

<sup>1147</sup> CE 28 juillet 2000, Association Premier janvier, rec. p. 793

<sup>1148</sup> CE Sect. Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, p.492, chron. Guyomar et Collin, AJDA 2000, p. 987 ; note Michel Degoffé et Jean-David Dreyfus, CJGE 2001, p. 59 ; concl. Catherine Bergeal, RFDA 2001, p. 112

<sup>1149</sup> CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n°1712 note M.-C. Rouault ; DA 2004, comm. 161 note Michel Bazex et Sophie Blazy

<sup>1150</sup> CE Sect. 26 mars 1999, Sté Hertz ; Sté EDA, p. 96, RDP 2000, p. 1545

- **Le service public face à l'utilisateur :**

**741.** Le droit de la consommation oblige les services publics à s'orienter vers une prise en compte accrue de l'utilisateur qui tend de plus en plus à être considéré comme un consommateur<sup>1151</sup>. Sous réserve qu'une activité de service public traite avec un consommateur, le gestionnaire est alors amené à respecter de nouvelles obligations afin de ne pas porter atteinte aux droits de l'utilisateur consommateur. Ce sont, encore une fois, de nouvelles contraintes qui viennent peser sur l'exercice du service public.

**742.** Le droit de la concurrence tend également à améliorer la situation de l'utilisateur dans la mesure où le Conseil de la concurrence et le Conseil d'Etat sont amenés à contrôler les prix des différentes prestations fournies par les services publics<sup>1152</sup>.

- **Le service public et son personnel :**

**743.** L'intégration de plusieurs normes et principes issus du Code du travail restreint la liberté des gestionnaires de service public en matière de gestion des ressources humaines. En reprenant des droits classiquement reconnus aux salariés de droit commun, la juridiction administrative encadre plus largement les initiatives d'un employeur gestionnaire de service public vis-à-vis de son personnel. Le droit de la concurrence peut sanctionner l'organisation du personnel par un opérateur de service public. Le Conseil d'Etat a ainsi reconnu que la différence existant entre le régime des agents publics et celui des salariés du privé n'engendre pas *nécessairement* un avantage concurrentiel en faveur de l'opérateur public<sup>1153</sup>. S'il n'est pas *nécessairement* à l'origine d'une pratique anticoncurrentielle, il peut néanmoins l'être. Cette possibilité ne semble cependant pas défavorable aux gestionnaires de service public. Il ressort, par exemple, d'une étude menée par le Conseil de la concurrence<sup>1154</sup> et reprise par Mme Nicinski<sup>1155</sup>, que le coût d'un agent

---

<sup>1151</sup> V. 497 et s.

<sup>1152</sup> Ibid.

<sup>1153</sup> CE Sect. Avis, 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, préc.

<sup>1154</sup> Cons. Conc. Avis n° 97-A-20, 4 novembre 1997, disponible sur le site Internet du Conseil de la concurrence à l'adresse suivante : <http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/97a20.pdf>

<sup>1155</sup> V. Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, LGDJ, 2005, p. 105

de la RATP est le double de celui d'un salarié du secteur privé. Il semble donc difficile de considérer que l'emploi d'agents publics soit constitutif d'une entorse au droit de la concurrence.

**744.** Il est aisé de saisir immédiatement le sens de ces évolutions. Les mots que nous avons le plus utilisés pour résumer les conséquences de l'extension du bloc de légalité sur le service public sont « **obligation** », « **interdiction** », « **restriction** ». L'enrichissement de la légalité administrative tend donc à encadrer d'avantage le service public. Face à ces nouvelles obligations, que reste-il de la notion de service public ? Si l'on considère qu'une activité de service public est une activité d'intérêt général gérée par ou pour une personne publique dans un régime exorbitant de droit commun<sup>1156</sup>, il peut être intéressant de revenir point par point sur cette définition. Il convient pour expliciter notre démonstration d'inverser les termes de cette définition. Face à ces évolutions, il paraît difficile d'affirmer que le service public est exercé dans le cadre d'un régime exorbitant du droit commun. Comme chacun sait, cette expression vise à affirmer que le service public est exercé dans un régime différent du droit privé. Or, nous l'avons vu, le droit opposé aux opérateurs d'activités purement privées est de plus en plus appliqué aux gestionnaires de services publics. Ce constat n'est pas nouveau, il n'est que le prolongement de ce qui s'est déjà produit depuis la multiplication des services publics industriels et commerciaux<sup>1157</sup> et le développement de la gestion privée des services publics<sup>1158</sup>. Dorénavant, le juge judiciaire n'est plus le seul à opposer le droit commun aux activités de service public ; le juge administratif participe aussi à ce mouvement. Est-ce pour autant qu'il faut maintenant considérer que les services publics ne jouissent plus de l'opposition d'un droit différent du droit privé ? La réponse est sans aucun doute négative : la théorie de l'acte administratif unilatéral, les particularités du contrat administratif, du domaine public et la diversification des différentes personnes publiques pouvant gérer un service public attestent de la vitalité du droit administratif comme ensemble différent du droit privé. La pénétration de plusieurs normes qui sont classiquement appliquées par le juge judiciaire n'entraîne pas une

---

<sup>1156</sup> V. CE Sect. 28 juin 1963, Narcy, rec. p. 401 ; RDP 1963, p. 1186 note Marcel Waline. Sur l'exigence du critère de l'exorbitance, V. CE Sect. 22 février 2007, APREI, RFDA 2007, p. 803 note C. Boiteau

<sup>1157</sup> TC 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, D. 1921-3, p. 1 concl. Matter

<sup>1158</sup> CE Ass. 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », p.417, RDP 1938, p. 830 concl R. Latournerie

« privatisation » du droit administratif. Il ne fait en réalité que s'adapter aux évolutions de la société. Marceau Long note qu'« aujourd'hui, le concept de service public est confronté à l'évolution de la société française, qui n'est plus celle d'avant la première guerre mondiale, comme aux exigences de la Communauté européenne. »<sup>1159</sup>.

**745.** La prise en compte de ce droit exorbitant est justifiée par la présence d'une mission d'intérêt général qui impose la présence d'une personne publique pour contrôler la bonne exécution de cette activité. Il ne semble pas que l'extension du bloc de légalité qui entraîne de nouvelles obligations à respecter pour les gestionnaires de service public soit telle qu'elle empêche le bon déroulement de la mission de service public. Face aux droits de la concurrence, de la consommation et du travail, le service public a toujours les moyens d'exercer sa mission. Le faible nombre de décisions qui viennent poser une limite à l'application d'une de ses normes pour des raisons de bonne exécution du service public en est la parfaite illustration. Il semblerait que ces nouvelles normes reprises par le Conseil d'Etat aillent parfaitement dans le sens de l'intérêt général et du service public, car la juridiction administrative, à qui incombe la défense de ces notions, n'oppose que de rares réserves à leur pleine application ; nous y reviendrons<sup>1160</sup>. Pour finir, aucune nouvelle norme du bloc de légalité administrative ne vise à empêcher les personnes publiques d'exercer ou de contrôler les activités de service public. L'article 295 du Traité de Rome précise que « le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres ». Certains auteurs<sup>1161</sup> ont pourtant démontré qu'indirectement, en recourant aux dispositions sur la concurrence ou sur les aides d'Etat, l'Union pouvait inciter les Etats à privatiser certains gestionnaires de services publics. Pour autant, ces incitations ne visent pas à empêcher les personnes publiques d'exercer un contrôle sur les missions qu'elles considèrent de service public mais davantage à privilégier une privatisation du gestionnaire de service public. Or la qualité du service ne dépend pas de la nature (publique ou privée) du gestionnaire mais peut découler du degré de sujétion imposé par la personne publique sur le délégataire du service.

---

<sup>1159</sup> Marceau Long, *Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire*, RFDA 2001, p. 1161

<sup>1160</sup> V. 774 et s.

<sup>1161</sup> V. Michaël Karpenschif, *La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire*, RFDA 2002, p. 95 ; V. également le dossier spécial de l'AJDA : *Intérêt général, concurrence et service public*, AJDA 2006, p. 67 à 90 ; V. Extraits du colloque « *Concurrence publique, bilan et perspectives contentieuses* » in RJEJ 2004, pp. 403 à 436

**746.** Ainsi, dans un premier temps, l'efficacité du concept de service public est garantie si le gestionnaire a les moyens d'exercer sa mission. Or il nous apparaît que l'enrichissement de la légalité administrative, bien qu'imposant de nouvelles obligations aux gestionnaires, ne semble pas aller à l'encontre de l'intérêt général mais s'inscrit au contraire naturellement dans le sens de l'intérêt général. Ainsi, respecter la concurrence, les droits des usagers et des agents ne semble pas nuire gravement à la bonne exécution du service public. Nous verrons qu'au contraire ces évolutions conduisent à la performance<sup>1162</sup>.

**747.** Dans un second temps, la qualité du service public est également fonction du degré de sujétions que la personne publique peut imposer au délégataire du service. Or il ne s'avère pas que ces possibilités soient amoindries par l'extension de la légalité administrative. Ces sujétions ont toujours été encadrées par le droit administratif général sans faire appel au droit de la concurrence, de la consommation ou au droit du travail. Il semble que la personne publique a toute liberté pour contraindre le délégataire d'un service à en assurer une bonne gestion. L'exemple récent de la privatisation des sociétés d'autoroutes en fournit l'exemple. Avant de procéder à cette privatisation, l'Etat a pris soin de modifier les cahiers des charges conclus avec les différents concessionnaires afin de renforcer les obligations de service public de ces derniers.

**748.** A l'avenir, l'évolution du droit applicable aux services publics pourrait être davantage déterminée par le droit international. Didier Truchet note que « l'idée d'un corps de règles commun aux services publics s'imposera » non seulement au niveau communautaire mais également par le biais de l'Organisation mondiale du commerce<sup>1163</sup>.

**749.** L'enrichissement de la légalité administrative ne conduit pas à porter atteinte au concept même de service public dans la mesure où ce dernier conserve malgré les évolutions, sa définition traditionnelle d'activité d'intérêt général exercée par ou pour la personne publique dans un régime exorbitant du droit commun<sup>1164</sup>. Les mutations de la légalité administrative ne font qu'accompagner les évolutions nécessaires du service public

---

<sup>1162</sup> V. 856 et s.

<sup>1163</sup> V. Questions à Didier Truchet, AJDA 2004, p. 116 ; Didier Linotte et Raphaël Romi, Services publics et droit public économique, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2001, pp. 91 et s.

<sup>1164</sup> Dans le même sens, V. Jean-François Lachaume, Réflexions naïves sur l'avenir du service public, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 519, spéc. pp. 532-535

et permettent à ce dernier de garder toute la cohérence de son concept. Il paraît pourtant difficile de délimiter clairement ces évolutions dans la mesure où la distinction française entre le « service public administratif » et le « service public industriel et commercial » ne permet pas de dresser distinctement le domaine d'application de ces nouveaux droits.

## **2. L'impossible détermination d'un domaine d'application fondé sur la notion de service public.**

**750.** Si le service public est en pleine évolution, il est difficile de cerner dans quel domaine ces mutations se produisent. Les nouvelles sources de légalité reprises par le juge administratif s'appliquent de façon large de telle façon qu'il est impossible de se fonder sur la dichotomie classique opposant le « service public administratif (SPA)» au « service public industriel et commercial (SPIC)» pour déterminer le cadre d'application de ces règles. Le droit de la concurrence et le droit de la consommation ont chacun leur domaine d'application qui ne repose pas sur la distinction SPA-SPIC. Le droit de la concurrence interne s'applique aux activités de production, distribution et service, et le droit de la consommation, nous l'avons vu, a un domaine d'application différent pour quasiment chaque article contenu dans le Code de la consommation. Ces différents domaines d'application ont pour caractéristique de ne pas reposer sur la distinction SPA-SPIC et on ne peut donc plus dire que le SPIC reste la seule référence pour déterminer l'application du droit privé. Dès lors, ne serait-il pas possible d'imaginer une nouvelle catégorie de service public qui permettrait de déterminer de façon plus pertinente l'application de ces nouvelles normes ?

**751.** Marceau Long expose tout l'intérêt qu'il y a à rechercher un critère d'application unique des nouvelles sources de légalité : « Il faut, pour clarifier la situation et accroître la sécurité juridique des acteurs, notamment publics, confrontés aux difficultés d'application des règles de concurrence, identifier plus précisément les notions de service universel<sup>1165</sup>, de service public, à moins que l'on ne trouve un concept unique et fédérateur, si recherché en France. »<sup>1166</sup>. Ce raisonnement, qui porte sur les difficultés d'application du droit de la

---

<sup>1165</sup> Pierre Esplugas, Le service universel, DA décembre 2002, p.6

<sup>1166</sup> Marceau Long, Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire, préc., p. 1168

concurrence, peut être étendu au droit de la consommation. Les imperfections de la distinction des SPA et des SPIC ainsi que la montée en puissance de la notion de service d'intérêt économique général, laissent à penser qu'il existe une place pour une nouvelle catégorie de service public.

**752.** La méthode de distinction jurisprudentielle visant à déterminer la présence de SPIC souffre de grandes imperfections. Cette méthode exposée par le commissaire du gouvernement Laurent dans l'arrêt *Union syndicale des industries de l'aéronautique*<sup>1167</sup> recueille depuis de nombreuses années tout l'intérêt des étudiants et des enseignants en deuxième année de droit. Cette méthode vise à attribuer une présomption d'administrativité aux services publics qui peut être renversée si trois critères, en théorie cumulatifs, sont réunis. Ainsi, l'objet de l'activité exercée, les conditions de fonctionnement et les ressources du service doivent correspondre à une logique d'entreprise pour être qualifiés de SPIC. Or la jurisprudence a toujours fait preuve de flottements dans l'application de ces critères. Les activités de rédaction et de publication de la revue « 50 millions de consommateurs » effectuées par l'Institut national de la consommation (INC) ont été qualifiées successivement de service public administratif<sup>1168</sup> puis de service public industriel et commercial<sup>1169</sup> sans que ces activités aient réellement évolué. Le Tribunal des conflits a également considéré qu'un service d'eau qui pratique une police d'abonnement forfaitaire inférieur au coût réel du service exerce, contre toute attente, une mission de service public industriel et commercial<sup>1170</sup>. On comprend mal comment une telle pratique tarifaire se rapproche d'une activité d'entreprise. Il existe en effet peu d'entreprises qui facturent leurs services à un coût inférieur à leur coût de revient. Cette pratique pourrait par ailleurs se voir opposer l'article L. 420-5 du Code de commerce qui prohibe les prix abusivement bas. Pour finir, le Tribunal des conflits a estimé il y a peu que les services de distribution d'eau étaient, par nature, des SPIC sans prendre en compte les critères posés par Laurent<sup>1171</sup>.

---

<sup>1167</sup> CE Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, p. 434, D. 1956, p. 759 concl. Laurent

<sup>1168</sup> TC 23 octobre 1989, Marescaux, AJDA 1990, p. 196 obs. X. Prétot

<sup>1169</sup> CAA Paris 3 décembre 1996, *SARL Agriver c/ INC*, JCP 1997, jurisp. n° 22856 note Victor Haïm

<sup>1170</sup> TC 19 février 1990, *M. Thomas c/ Commune de Francazal*, AJDA 1990, p. 558 note Jean-Pierre Théron

<sup>1171</sup> TC 21 mars 2005, *Alberti-Scott*, AJDA 2005, p. 964

**753.** A la lecture de ces jurisprudences byzantines, on comprend aisément qu'il est impossible de se fonder sur cette dichotomie pour déterminer dans quelle mesure les services publics se voient opposer les nouvelles sources de légalité administrative que sont les droits de la concurrence et de la consommation. D'une part, le champ d'application de ces normes dépasse la distinction opérée au sein des services publics<sup>1172</sup>. D'autre part, la frontière entre ces deux types de services repose sur une méthode de distinction qui laisse largement à désirer.

**754.** On pourrait alors tout simplement penser qu'une plus juste détermination des services publics industriels et commerciaux fondée sur une application plus rigoureuse des critères Laurent permettrait de dégager un meilleur facteur d'application du droit de la concurrence et de la consommation. Il n'en est rien. En effet, un service public agissant dans un domaine économique qui pratiquerait des prix inférieurs au coût réel du service ne pourrait pas être qualifié de SPIC si l'on applique rigoureusement les critères précités. Ce service ne se verrait donc pas appliquer les droits de la concurrence et de la consommation alors même qu'il agit dans un domaine économique. Or si ce service agit dans un domaine concurrentiel il pourra parfaitement mettre en place des pratiques anticoncurrentielles sans pour autant se voir opposer le droit de la concurrence. Dans le même sens, il suffirait au législateur de qualifier certains services d'administratifs pour les soustraire volontairement à l'application du droit de la concurrence ou de la consommation.

**755.** Ces exemples démontrent que, quelle que soit la méthode de détermination du caractère du service public, il est impossible de faire reposer le fondement de l'application des nouvelles sources de légalité sur ce critère. De manière plus générale, certains auteurs évoquent une érosion de la distinction SPA-SPIC<sup>1173</sup>.

**756.** La prise en compte de la notion communautaire de service d'intérêt économique général (SIEG) n'est pas d'une plus grande utilité, car le Traité de Rome prévoit justement que ces services échappent au droit de la concurrence posé par le traité si son application

---

<sup>1172</sup> Pour un point de vue plus détaillé, V. 349 et s. pour le droit de la concurrence et 441 et s. pour le droit de la consommation

<sup>1173</sup> V. Jean-Bernard Auby et Stéphane Braconnier, Service publics industriels et commerciaux : questions actuelles, LGDJ, 2006 ; Bertrand Seiller, L'érosion de la distinction SPA-SPIC, AJDA 2005, p. 417 ; Bertrand Seiller, Evolution de la conception française et de son dualisme, JCP A, 16 avril 2007, p. 21



fait échec à la mission particulière qui leur est impartie<sup>1174</sup>. De plus, la Cour de justice des communautés européennes considère qu'échappent à la qualification de SIEG les activités par lesquelles s'exercent des prérogatives de puissance publique<sup>1175</sup>. Il est donc impossible de dire que la qualification de SIEG est pertinente pour définir un cadre d'application aux nouvelles normes du bloc de légalité administrative.

**757.** On peut finalement s'interroger sur l'utilité de cette démarche. Est-il réellement nécessaire de partir du concept classique de service public pour déterminer un critère commun d'application ? Cette méthode aurait pour inconvénient de partir d'un concept propre au droit administratif (le service public) et de l'adapter à des normes économiques (concurrence, consommation). Ce sont les nouvelles normes de la légalité administrative qui devraient s'adapter à un concept purement administratif et non le contraire. Cette solution ne nous paraît pas souhaitable.

**758.** Didier Truchet, dans une étude concernant le droit économique public<sup>1176</sup> faisait valoir l'urgence de sortir de nos méthodes classiques de classification qui reposent notamment sur les critères traditionnels du droit administratif, quand on aborde le domaine économique. Les droits de la concurrence et de la consommation sont des droits profondément économiques. Les notions de consommation et de concurrence sont les facteurs centraux d'une économie de marché. Il semble alors peu judicieux de chercher à trouver des critères d'applicabilité fondés sur un des thèmes les plus anciens du droit administratif, à savoir le service public. Il paraît préférable d'inverser le raisonnement et de partir non du service public mais des nouvelles sources de légalité. On peut dire qu'une activité, qu'elle soit de service public ou pas, se voit opposer le droit de la concurrence interne lorsqu'elle constitue une activité économique, que le Code de commerce qualifie de distribution, de production ou de services. Le droit communautaire s'appuie, pour sa part, sur la notion d'activité d'entreprise<sup>1177</sup>. Pour ce qui est du droit de la consommation, nous avons déjà exposé nos conclusions en la matière : il trouve à s'appliquer dès lors qu'une

---

<sup>1174</sup> V. Art. 86-2 du Traité de Rome

<sup>1175</sup> CJCE 19 janvier 1994, SAT, aff. C-364/92, rec. 1992, p. I-43

<sup>1176</sup> Didier Truchet, *Réflexions sur le droit économique public en droit français*, RDP 1980, p. 1009

<sup>1177</sup> Sur la conception large de cette notion par le juge communautaire, V. 359

activité administrative a des répercussions sur un consommateur, c'est-à-dire un acquéreur de biens de consommation<sup>1178</sup>.

**759.** L'impossibilité de partir de la notion de service public pour déterminer le cadre d'application des nouvelles sources de légalité démontre clairement que le droit administratif et ses notions de base doivent s'adapter à l'économie et aux normes juridiques qu'elle impose et non le contraire. On retrouve ainsi les préconisations de Didier Truchet qui notait fort justement que « le droit public économique est toujours conçu comme un sous-ensemble du droit public. Inversant les termes, on évoquera le droit économique public. C'est alors le droit économique qui est conçu comme un tout : les rapports économiques induisent des règles particulières, ou l'infléchissement des règles traditionnelles provoquant ainsi la formation d'un droit particulier »<sup>1179</sup>.

**760.** L'enrichissement de la légalité administrative entraîne une évolution de la notion de service public. Nous avons vu qu'il était difficile de clarifier la situation en déterminant un domaine d'application fondé sur la notion de service public et notamment sur la distinction entre le service public administratif et l'industriel et commercial. Il semble bien que cela soit le service public dans sa globalité qui se voit opposer de nouvelles obligations. L'étude de la jurisprudence fait apparaître que ces exigences ne semblent pas nuisibles à la bonne exécution de ce service : on peut ainsi parler d'évolution conforme à l'intérêt général.

## **B. Une évolution conforme à l'intérêt général.**

**761.** On pourrait craindre que l'évolution que connaît actuellement le service public ne s'inscrive pas dans le sens de l'intérêt général. La prise en compte par le juge administratif de droits classiquement appliqués par la juridiction judiciaire peut laisser à penser que le droit administratif tend à faire une place trop importante à ces normes et donc à perdre de sa spécificité par rapport au droit privé. Cette évolution conduirait le juge à opposer des normes qui ne recherchent pas l'intérêt général mais la satisfaction des intérêts particuliers. Les différentes missions de service public exercées par l'administration ne seraient alors

---

<sup>1178</sup> Sur l'incertitude de la définition et pour une étude complète de cette notion, V. 470 et s.

<sup>1179</sup> Didier Truchet, *Réflexions sur le droit économique public en droit français*, Op. Cit., p. 1010

plus exercées dans un but d'intérêt général, travestissant l'objet principal d'une mission de service public. Ces craintes ne paraissent pas fondées car il semble que l'enrichissement de la légalité administrative s'effectue dans un cadre conforme à l'intérêt général et manifeste l'évolution perpétuelle de cette notion (1). Ce point de vue est confirmé par le fait que, si une de ces nouvelles normes de légalité en vient à porter atteinte à l'intérêt général sous l'une de ces diverses formes, le juge se réserve la possibilité de prononcer une réserve d'intérêt général afin de permettre à l'administration d'exercer sa mission principale. Le faible nombre de décisions où le juge est contrant à en faire usage démontre que l'extension de la légalité administrative s'inscrit dans une logique d'intérêt général (2).

### **1. Une extension dans le sens de l'intérêt général.**

**762.** L'extension de la légalité administrative atteste que le droit classiquement appliqué par le juge judiciaire et repris par le juge administratif peut favoriser l'intérêt général. Il semble en effet que le droit opposé à l'action des services publics comme le droit de la concurrence, le droit de la consommation ou le droit du travail ne contrarient pas les exigences de l'intérêt général. Reconnaître plus de droits aux usagers, respecter les droits des concurrents et accorder des droits fondamentaux aux salariés paraît bien au contraire s'inscrire dans cette dynamique. Ces différentes obligations sont ainsi absorbées par l'intérêt général qui subit une nouvelle mutation nécessaire<sup>1180</sup>.

**763.** Deux conceptions de l'intérêt général peuvent en effet être opposées<sup>1181</sup>. L'approche utilitariste vise à le définir comme la somme des intérêts particuliers. Le marché se révèle alors le véritable régulateur des relations sociales dans la mesure où les relations entre l'offre et la demande aboutissent à la satisfaction du plus grands nombre. Cette conception, qui prévaut dans les pays anglo-saxons, est théorisée par Adam Smith notamment au travers de la fameuse image de la « main invisible »<sup>1182</sup>. L'approche volontariste s'appuie, pour sa part, sur une conception de l'intérêt général qui dépasse les intérêts particuliers. La puissance publique doit déterminer ce qui est d'intérêt général afin

---

<sup>1180</sup> V. par exemple, Guylain Clamour, Intérêt général et concurrence, Op. Cit., pp. 346 et s.

<sup>1181</sup> V. Rapport public du Conseil d'Etat 1999, L'intérêt général, EDCE n° 50, 1999, spéc. pp. 253 et s.

<sup>1182</sup> Adam Smith, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, 1776, *Economica*, réédition 2000

de satisfaire le bonheur du plus grand nombre. Cette conception, qui s'inspire de la notion de contrat social de Jean-Jacques Rousseau, a été développée en France. Elle est censée pallier les inconvénients de la première méthode en évitant de faire primer les intérêts des particuliers<sup>1183</sup>. Ces deux méthodes ne semblent pas incompatibles lorsque l'on étudie l'évolution de la légalité administrative.

**764.** Les nouvelles normes de légalité administrative qui viennent s'opposer à l'action des services publics ont une particularité commune : ces normes visent à protéger des intérêts individuels. Le droit du travail protège le salarié, le droit de la consommation le consommateur et le droit de la concurrence le concurrent. On pourrait penser qu'en intégrant ces normes dans le bloc de légalité, le droit administratif accorde une place privilégiée aux intérêts particuliers et néglige alors l'intérêt général. Cette position est erronée dans la mesure où elle prend pour postulat l'opposition marquée entre intérêt individuel et intérêt général. Guylain Clamour auteur d'une thèse sur l'intérêt général et la concurrence, précise que « les évolutions largement perceptibles du système juridique invitent à se détacher d'une conception par trop abstraite de l'intérêt général, d'une dialectique par trop manichéenne entre intérêt public et intérêts privés. »<sup>1184</sup>. Didier Truchet résume la situation par la formule suivante : « l'intérêt général ne s'oppose pas à l'intérêt privé, mais il s'impose à lui »<sup>1185</sup>.

**765.** La jurisprudence du Conseil d'Etat démontre depuis longtemps qu'il n'y a pas d'opposition entre ces deux notions. Le professeur Truchet ajoute qu'« il peut être d'intérêt général de satisfaire des intérêts privés : c'est notamment le cas des autorisations administratives (qui sont instituées dans l'intérêt général et dont l'octroi satisfait les intérêts des bénéficiaires) ou de certaines déclarations d'utilité publique ou opérations d'aménagement, répondant clairement aux besoins d'une entreprise mais aussi à un but de développement économique ou d'aménagement du territoire »<sup>1186</sup>. La célèbre décision

---

<sup>1183</sup> V. Rapport public du Conseil d'Etat 1999, L'intérêt général, Op. Cit., spéc. pp. 247 et s. ; Guylain Clamour, Intérêt général et concurrence, Op. Cit., n° 295

<sup>1184</sup> Guylain Clamour, Intérêt général et concurrence, Op. Cit., p. 243

<sup>1185</sup> Didier Truchet, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre, EDCE n°50, 1999, p. 361

<sup>1186</sup> Didier Truchet, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre, préc. P. 371. V. pour les décisions évoquées par l'auteur, CE 23 mars 1992, M. Martin et a., Rec. p. 70,

*Ville de Sochaux*<sup>1187</sup> est à rapprocher des exemples cités par monsieur Truchet. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a reconnu qu'était conforme à l'intérêt général la déclaration d'utilité publique d'un projet de construction de rocade autoroutière visant à desservir les usines Peugeot de la ville. Le considérant de principe de cette décision est particulièrement parlant : « Considérant enfin que si la déviation de la route en question procure à la société Automobiles Peugeot un avantage direct et certain, il est conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale ». Dans le même sens, la haute juridiction administrative a considéré que l'avantage tiré par une entreprise d'une opération de réaménagement d'un quartier ne suffit pas à retirer à celle-ci son caractère d'intérêt général<sup>1188</sup>.

**766.** Ces exemples démontrent que les intérêts individuels peuvent être parfaitement en conformité avec l'intérêt général<sup>1189</sup>. Il convient donc de vérifier si le même type de conclusion peut être tiré à propos des nouvelles normes qui viennent enrichir la légalité administrative et s'imposer aux activités de service public.

**767.** Pour commencer, le droit de la concurrence a provoqué une mutation de l'intérêt général. En incorporant de façon volontariste<sup>1190</sup> le droit de la concurrence dans le bloc de légalité, le Conseil d'Etat a-t-il agi dans le sens de l'intérêt général ? Une réponse positive s'impose. Ce droit permet certes d'assurer le droit des concurrents, ce qui vise indéniablement à la satisfaction des intérêts individuels de ceux-ci. Mais quelle est la finalité fondamentale du droit de la concurrence ? S'il recherche la préservation des intérêts des concurrents, c'est avant tout dans le but d'assurer une saine concurrence, afin de privilégier les consommateurs en tant que groupe tout en assurant une offre économique dynamique et diversifiée. Ne peut-on pas voir derrière cet objectif la recherche de l'intérêt général ? Le droit de la concurrence et sa régulation, notamment par les normes intégrées dans le bloc de légalité administrative, ne visent pas à établir une concurrence sauvage et

---

AJDA 1995, p. 403 note Broussolles, à propos de Euro-Disneyland ; CE 26 mars 1997, Société Elf-Antargaz, Rec. p. 111

<sup>1187</sup> CE 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, p. 561

<sup>1188</sup> CE 9 novembre 1983, Pandajopoulos, Rec. p. 609

<sup>1189</sup> Dans le même sens, V. Didier Truchet, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, LGDJ, 1977, p. 308 ; Guylain Clamour, Intérêt général et concurrence, Op. Cit., pp. 225 et s.

<sup>1190</sup> V. 312 et s.

violente mais justement à domestiquer celle-ci en préservant les droits des différents opérateurs. Le Conseil d'Etat lui-même relève dans son rapport public consacré à la concurrence en 2002 que «le libre jeu de l'offre et de la demande ne permet pas toujours d'assurer [une police des marchés] de façon naturelle et stable. La concurrence apparaît ainsi, en tant que garantie de la meilleure efficacité dans l'allocation des ressources, être un élément de l'intérêt général. »<sup>1191</sup>. Il ajoute que la concurrence est « une composante de l'intérêt général qu'il appartient aux collectivités publiques de protéger et le cas échéant de cantonner, dans l'exercice de leur mission de mise en œuvre des droits fondamentaux »<sup>1192</sup>. Dominique Berlin note pour sa part que « la préservation d'une concurrence non faussée procède également d'une conception de l'intérêt général aussi respectable que peut l'être celle d'assurer un service public. »<sup>1193</sup>.

**768.** Prenons l'exemple d'un opérateur qui pratique dans un secteur déterminé des prix inférieurs aux coûts de revient du produit proposé sur un marché ouvert à la concurrence. Quel intérêt peut-il avoir à perdre de l'argent sur un marché ? Un opérateur puissant qui peut se permettre de perdre de l'argent pendant une période plus ou moins longue peut attirer à lui bon nombre de consommateurs par l'attrait du prix proposé. Les concurrents financièrement moins solides que cet opérateur en viendraient alors à ne plus proposer d'offre sur le marché ou tout simplement à cesser leur activité faute de clientèle. Une fois la concurrence disparue, l'opérateur restant qui a pu se permettre de pratiquer ces tarifs aura tout le loisir, faute de concurrence, de hausser ses prix. Cette possibilité est condamnée par le droit de la concurrence qui sanctionne les prix abusivement bas ou prix prédateurs, qu'ils soient l'œuvre d'une entreprise en position dominante<sup>1194</sup> ou pas<sup>1195</sup>. Cette logique qui vise à assurer une éthique humaniste et sociale du droit du marché vise nécessairement l'intérêt général. Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parléani notent plus globalement que le droit du marché tend à imposer à l'économie de marché « des valeurs sociales et humaines »<sup>1196</sup>. A ce titre, le droit de la concurrence semble trouver sa place dans les normes de référence qu'oppose le juge administratif à l'action des services

---

<sup>1191</sup> Collectivités publiques et concurrence, Rapport public du Conseil d'Etat 2002, EDCE n° 53, p. 219

<sup>1192</sup> Ibid., p. 389

<sup>1193</sup> Dominique Berlin, Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence, AJDA 1995, p. 259

<sup>1194</sup> Art. L. 420-2 du Code de commerce

<sup>1195</sup> Art. L. 420-5 du Code de commerce

<sup>1196</sup> Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parléani, Droit du marché, PUF, 2002, p. 118

publics. Sophie Nicinski note que « le Conseil d'Etat qualifiait les règles de la concurrence de « but d'intérêt général »<sup>1197</sup> et qu'il avait jugé que « l'existence d'une situation de concurrence effective sur le marché « était d'intérêt public » »<sup>1198</sup>. Il ne nous semble donc pas que les missions d'intérêt public assurées par ces services aient à pâtir d'une application large de ce droit. La conclusion nous paraît similaire en matière de droit de la consommation.

**769.** Les droits de la concurrence et de la consommation tendent à une même logique visant à assurer aux consommateurs un service de qualité<sup>1199</sup>. Agathe Van Lang précise que la rigueur juridique « commande d'assurer un traitement semblable au droit de la concurrence et au droit de la consommation, généralement présentés comme les deux faces d'une même médaille, le droit du marché. »<sup>1200</sup>. Nous venons de démontrer que le droit de la concurrence s'inscrit harmonieusement dans la logique de l'intérêt général car ce droit tend à un objectif d'amélioration du marché. L'objectif du droit de la consommation étant rigoureusement le même, nous ne pouvons que répéter ce que nous avons déjà exposé en matière de concurrence. Si, dans un premier temps, le droit de la consommation tend à satisfaire l'intérêt du consommateur pris en tant qu'individu, il tend également dans un second temps à assurer un ordre économique viable en corrigeant les abus des prestataires de services qui peuvent être en situation de force et ainsi imposer leurs propres règles aux consommateurs. En leur reconnaissant des droits et en imposant des obligations aux professionnels, le droit de la consommation vise à rétablir une certaine égalité faussée encore une fois par les règles de l'économie de marché. Le Doyen Paisant définit le droit de la consommation comme « un droit de protection d'un faible présumé-le consommateur- contre le présumé fort-le professionnel »<sup>1201</sup>. Comment voir derrière cette dynamique des objectifs en complète contradiction avec l'intérêt général assuré par

---

<sup>1197</sup> CE 10 avril 2002, SARL Somatour, JCP G 2002 I p. 169 note Stéphane Braconnier

<sup>1198</sup> V. Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, Op. Cit., p. 201. V. pour la décision évoquée par l'auteur, CE 21 février 2005, Fédération nationale UFC Que Choisir, n° 277442 inédit au Recueil Lebon

<sup>1199</sup> V. par exemple, Marie-Stéphane Payet, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Thèse, Dalloz, 2001 ; Pierre Delvolvé, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, DA octobre 1993, p. 3

<sup>1200</sup> Agathe Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, p. 1015 et spéc. p. 1020

<sup>1201</sup> G. Paisant, A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née du critère du rapport direct, JCP 2003-I, p. 121

l'administration ? Il paraît au contraire tout à fait cohérent que le juge administratif, après avoir intégré à la légalité le droit de la concurrence, y intègre également des règles visant à la protection du consommateur. S'il est vrai que le service public se voit opposer de nouvelles obligations lorsque son usager peut être assimilé à un consommateur, ce mouvement ne paraît pas aller à l'encontre de l'intérêt général. Il paraît en effet difficile d'affirmer qu'accorder des droits de base aux usagers de services publics qui proposent une prestation économique entraîne une paralysie de l'action des services publics. Là encore l'évolution du bloc de légalité administrative ne semble pas s'opposer à une action efficace du service public et à une réduction de ses objectifs d'intérêt général. Le même type d'analyse peut être porté sur l'intégration de certaines normes de droit du travail dans la légalité.

**770.** Il est également difficile d'estimer que le Code du travail vise uniquement à la protection des intérêts individuels. S'il en est sans aucun doute le protecteur, il vise aussi à l'accomplissement d'un certain ordre social. Ainsi lorsque le juge administratif applique directement le Code du travail ou en extrait un principe général du droit, il vise à protéger une partie faible -le salarié- contre son employeur en lui accordant des droits de base qui ne lui étaient pas accordés. L'interdiction de licencier une femme enceinte<sup>1202</sup>, l'interdiction de payer un agent communal en dessous du salaire minimum de croissance<sup>1203</sup>, l'interdiction des amendes et sanctions pécuniaires<sup>1204</sup>, vont clairement dans le sens de la protection individuelle, mais qui pourrait considérer qu'elles ne vont pas dans la plupart des cas également dans le sens de l'intérêt général ? Certes, ce ne sont pas les activités de service public qui se trouvent favorisées mais la situation des agents. Ce n'est pas pour autant que cela s'inscrit à l'encontre de l'intérêt général et que cela nuit à la bonne exécution du service public. Nous verrons par la suite que le juge a de toute façon la possibilité de prononcer une réserve d'intérêt général fondée par exemple sur la bonne exécution du service public.

---

<sup>1202</sup> CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours

<sup>1203</sup> CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, rec. p. 152 et les concl. D. Labetoulle p 152 ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre

<sup>1204</sup> CE Ass. 1 juillet 1988, Billard et Volle, rec. p. 268, Dr. Soc. 1988, p. 775 concl. O. Van Ruymbeke



**771.** Le lecteur critique pourra objecter que notre démonstration conduit à affirmer que l'intégralité des normes juridiques peut alors être considérée comme protégeant l'intérêt général. Jean Rivero résumait en effet la situation de la façon suivante : «l'utilité publique, à bien y réfléchir, n'est-elle pas l'unique fondement du Droit tout entier ? Lorsque le législateur décide de soustraire tel rapport ou telle situation au jeu de la pure force, et de les soumettre à une règle que le juge public et la force publique devront faire respecter, quelle raison l'y pousse, sinon le sentiment que l'intérêt général le veut ainsi ? Alors même que la règle est permissive, alors même qu'elle fait la part la plus large à la libre action des individus, elle témoigne, par sa seule existence, qu'aux yeux de son auteur, la permission accordée, la liberté consacrée, sont, dans leur domaine, les moyens les plus propres à assurer le bien commun.[...] L'intérêt public est le ressort, non du seul droit public, mais du Droit tout entier.»<sup>1205</sup>.

**772.** Nous pensons que cette conception doit être nuancée. Si toute règle de droit peut être envisagée comme présentant un intérêt public elle ne va pas forcément dans le sens d'une protection effective de l'intérêt général. L'existence même d'un droit administratif différent du droit privé repose sur la théorie que certaines règles de ce droit ne doivent pas être appliquées parce qu'elles ne prennent pas en considération l'intérêt général. Le droit administratif des biens, les dispositions spécifiques visant à ne pas opposer les voies d'exécutions de droit privé aux personnes publiques<sup>1206</sup> démontrent toute la nuance qu'il peut y avoir entre intérêt particulier et intérêt général. Toutes les règles de droit privé ne peuvent pas être considérées comme servant l'intérêt général. Par exemple, il ne semble pas opportun de détruire une bibliothèque municipale qui aurait empiété de quelques mètres sur une propriété privée. Le droit privé des biens pourrait y conduire alors que le droit administratif des biens rend cette situation impossible. Toutefois, reprendre des règles visant à protéger des individus en position de faiblesse (le concurrent, le consommateur, l'agent) sans pour autant nuire à la bonne exécution de l'intérêt général peut s'avérer opportun, comme nous l'avons démontré dans nos développements. C'est au juge de prendre en compte ce qui peut enrichir la légalité sans pour autant porter atteinte à l'intérêt du plus grand nombre. Ainsi, comme le note Jacques Caillosse, l'intégration du droit de la concurrence dans la légalité administrative constitue « une reconnaissance de l'économie

---

<sup>1205</sup> Jean Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953, p. 279

<sup>1206</sup> V. notamment, C. Cass. 21 décembre 1987, BRGM, RFDA 1988, concl. Charbonnier et note Pacteau

de marché comme voie d'accès privilégiée à l'intérêt général, au même titre que le service public »<sup>1207</sup>.

**773.** Ces observations conduisent à s'interroger sur l'évolution de la conception de l'intérêt général. Celle-ci laisse plus de place aux intérêts individuels<sup>1208</sup> sans toutefois négliger la vision volontariste. La conception de l'intérêt général français serait à mi-chemin entre la conception visant à se fonder entièrement sur la somme des intérêts particuliers et entre notre conception historique visant à privilégier une vision transcendant ces intérêts. L'évolution de la légalité administrative, et donc du droit opposable à une partie des services publics, participe à une nouvelle transformation de l'intérêt général qui, pour pouvoir répondre aux attentes contemporaines de la population et à l'évolution de la société, intègre des objectifs qui visent à protéger les parties faibles. Cette nouvelle conception ne traduit pas la mort de l'intérêt général mais uniquement une évolution nécessaire. Le fait que le juge administratif ne prononce que très rarement des limites à l'application de ces nouvelles normes démontre que ces dernières répondent bel et bien à des objectifs d'intérêt général assurés par l'ordre administratif.

## **2. Une conformité démontrée.**

**774.** Nous nous sommes efforcés de démontrer que les nouvelles normes opposées à l'action des services publics s'inscrivaient dans une logique d'intérêt général et à ce titre n'empêchaient pas la bonne exécution des missions exercées. Cette démonstration se vérifie dans la lecture des décisions rendues par les juridictions administratives.

**775.** Qu'il s'agisse de droits de la concurrence et de la consommation et de droit du travail, nous avons déjà démontré que le juge se garde toujours explicitement la possibilité de prononcer une réserve d'intérêt général<sup>1209</sup>. Le juge commence par affirmer que telle ou

---

<sup>1207</sup> Jacques Caillosse, *Le droit administratif saisi par la concurrence ?*, AJDA 2000, p. 99

<sup>1208</sup> Dans ce sens, V. Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence*, préc., p. 421 ; Patrick Fraisseix, *La « subjectivisation » du droit administratif*, LPA 15 octobre 2004, p. 12 ; François Beroujon, *L'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics*, Thèse, Grenoble II, 2005, pp. 399-403

<sup>1209</sup> Pour une étude au cas par cas, V. 383 et s. pour le droit de la concurrence et 515 et s. pour le droit de la consommation

telle règle est opposable à l'action administrative et précise que cette règle est applicable dans la mesure où elle ne s'oppose pas à l'intérêt général. François Burdeau précise que « le Conseil d'Etat demeure dans un rôle qui fut toujours le sien : concilier les intérêts publics les mieux établis avec le respect dû aux droits de chacun. »<sup>1210</sup>. L'intérêt général peut être par exemple constitué par la volonté d'assurer une bonne exécution du service public<sup>1211</sup> ou l'ordre public<sup>1212</sup>. Jacques-Henri Stahl précise qu'« il faut concilier la prise en considération du droit de la concurrence avec les autres intérêts publics dont l'administration a la charge »<sup>1213</sup>. Ce constat peut être étendu à l'intégralité des droits enrichissant la légalité administrative.

**776.** On pourrait être tenté de considérer que le fait même d'envisager cette limite illustre l'incompatibilité entre ces nouveaux droits qui sont classiquement appliqués par le juge judiciaire et l'esprit du droit administratif qui est, lui, proprement attaché à l'intérêt général. Cette vision des choses appelle une double critique.

**777.** Dans un premier temps, le juge administratif n'évoque pas cette limite uniquement lorsqu'il applique des droits que l'on peut présenter comme privés. Il lui arrive fréquemment d'opposer cette limite alors même qu'il applique une règle de droit administratif pur, différente du droit privé, et qui est donc censée assurer d'elle-même l'intérêt général. Citons par exemple la jurisprudence développée à propos du principe d'égalité opposé aux activités de service public. Le Conseil d'Etat considère qu'il peut y être dérogé notamment pour des raisons d'intérêt général<sup>1214</sup>. La liberté du commerce et de

---

<sup>1210</sup> François Burdeau, *Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire*, EDCE 2002, p. 391. V également, Didier Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977

<sup>1211</sup> CE, 21 février 2003, Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières, p.47, DA avril 2003, p. 23 note GLC en matière d'application du droit du travail ; CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n°1712 note M.-C. Rouault ; DA 2004, comm. 161 note Michel Bazex et Sophie Blazy pour une application en matière de droit de la concurrence ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006 note Jacques Fialaire en matière de droit de la consommation

<sup>1212</sup> CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houlgate, p.138, DA juin 2006, p. 23 ctaire. Alain Ménéménis ; AJDA 2006, p. 751 note. Jean-David Dreyfus ; BJCP 2006, p. 203 concl. D. Casas ; Lamy coll. Terr., mai 2006, n° 13 obs. E. Glaser ; V. également, Jean-Pierre Jouguelet, *Remarques sur la passation des délégations de service public et les atteintes au droit de la concurrence*, RJEP 2007, p. 288

<sup>1213</sup> Conclusions sur CE 26 mars 1999, Sté EDA, AJDA 1999, p. 427

<sup>1214</sup> CE Sect. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, p. 274 ; AJDA 298 chr. Franc et Boyon ; RDP 1975, p. 467 note Waline ; CE Sect. 29 décembre 1997, Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre, p. 499 ; RFDA 1998, p. 539 note Jacques-Henri Stahl ; CAA Lyon 13 avril 2000, Commune de Saint-Sorlin-d'Arves, AJDA 2002, p. 849 concl. F. Bourrachot

l'industrie impose une justification d'intérêt général pour permettre à une personne publique d'intervenir dans un domaine économique<sup>1215</sup>. Les règles relatives au contentieux des contrats administratifs peuvent également être contournées si un intérêt général est prépondérant<sup>1216</sup>. L'intangibilité des ouvrages publics<sup>1217</sup> et le caractère rétroactif de l'annulation<sup>1218</sup> peuvent également être remis en cause pour des raisons d'intérêt général.

**778.** Dans un second temps, nous ne pouvons que constater de nouveau que le juge n'oppose que très rarement ces limites aux nouvelles règles de légalité administrative. On ne recense que trois limites d'intérêt général qui ont permis de faire échec à l'application de ces nouvelles normes. L'une concerne le droit de la consommation pour lequel le juge considère que des dispositions qui « ont pour objet de garantir la qualité et la continuité du service ne présentent pas un caractère abusif »<sup>1219</sup>. Une autre se rapporte au droit de la concurrence pour lequel le Conseil d'Etat a estimé que les droits spéciaux offerts aux vedettes vendéennes permettaient à cette régie départementale de bénéficier de « l'appui nécessaire à l'exploitation du service public dont elle a la charge »<sup>1220</sup>. Et la dernière traite du droit du travail à propos duquel la haute juridiction administrative a considéré que des dispositions du Code du travail « n'étaient pas compatibles avec les exigences qui s'attachaient à la bonne exécution par la Banque de France des missions de service public »<sup>1221</sup>.

**779.** Le juge n'a appliqué que rarement le droit de la consommation mais applique régulièrement le droit de la concurrence et le droit du travail. Le fait qu'il n'ait trouvé que si peu de limites fondées sur l'intérêt général pour mettre en échec ces droits démontre

---

<sup>1215</sup> Au-delà de la jurisprudence traditionnelle déjà exposée (V. 384 et s. ) V. pour une application récente, CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, p. 272, RJEP 2006, p. 430 concl. Didier Casas ; AJDA 2006, p. 1595 ; DA Août-septembre 2006, p. 21 ctaire. Michel Bazex

<sup>1216</sup> TA de Strasbourg 23 mars 2004, Sté Amnéville c/ Ville d'Amnéville, AJDA 2004, p. 1135 note Jean-David Dreyfus, au sujet d'une résiliation avant terme d'un contrat de concession de service public ; CE 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, p.501, DA avril 2004, p. 20 note Alain Ménéménis, au sujet du refus du juge de l'exécution d'enjoindre à une personne publique de saisir le juge du contrat s'il en résultait une atteinte excessive à l'intérêt général.

<sup>1217</sup> CE Sect. 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, p.21, AJDA 2003, p. 784 note Sablière ; RFDA 2003, p. 477 concl. Maugué

<sup>1218</sup> CE Ass. 11 avril 2004, Association AC ! et autres, p.197 concl. Devys, AJDA 2004, p. 1183 chr. Landais et Lenica ; DA 2004, n° 115 note Martine Lombard

<sup>1219</sup> CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, préc.

<sup>1220</sup> CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, préc.

<sup>1221</sup> CE 21 février 2003, Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières, p.47, DA avril 2003, p. 23 note GLC

qu'ils s'inscrivent d'eux-mêmes dans une logique d'intérêt général. Ce constat illustre également le fait que la juridiction administrative assure un travail rigoureux sur la recevabilité des moyens fondés sur ces nouveaux droits. L'éducation, la culture, la défense, la justice et l'action sociale peuvent, en effet, difficilement s'adapter à des questions de concurrence ou de consommation. Or le juge refuse bien évidemment, faute d'activité de production, distribution et services ou faute de consommateur, de recevoir un moyen fondé sur les droits de la concurrence et de la consommation. Si le juge était plus large sur la recevabilité, il est certain que les limites à l'intérêt général se multiplieraient dans sa jurisprudence. Néanmoins, cet état des choses n'affaiblit pas le raisonnement précédent. Quand bien même le juge administratif assure un bon filtrage de la recevabilité des moyens fondés sur ces nouvelles normes, il n'en reste pas moins que le faible nombre de mises en échec de ces normes par le jeu de l'intérêt général reste notable.

**780.** Nous avons certes démontré que les nouvelles sources de légalité opposées à l'action des services publics allaient dans le sens de l'intérêt général et ne semblaient pas empêcher une bonne exécution de ces missions. On peut tout de même penser que la multiplication des applications de ces sources conduise le juge administratif à prononcer davantage de limites fondées sur l'intérêt général. Rappelons encore une fois la formule de Didier Truchet : « l'intérêt général ne s'oppose pas à l'intérêt privé, mais il s'impose à lui. »<sup>1222</sup>. La corrélation entre intérêt général et intérêt privé a ses limites et elles finiront par apparaître dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Plusieurs autres juridictions n'hésitent pas à faire référence à l'intérêt général.

**781.** Le juge constitutionnel ne compte pas dans ses sources de constitutionnalité le droit de la concurrence. Il fait en revanche régulièrement référence à l'intérêt général notamment en matière de contentieux économique<sup>1223</sup>. Il n'hésite par exemple pas à restreindre la liberté d'entreprendre pour des raisons d'intérêt général. Ainsi, dans sa décision relative à la loi sur l'archéologie préventive<sup>1224</sup>, il a admis qu'un monopole soit confié en la matière à un établissement public. L'intérêt général était en l'espèce

---

<sup>1222</sup> Didier Truchet, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre, EDCE n°50, 1999, p. 361

<sup>1223</sup> Roxane Garnier, La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, RDP 2004, p. 457 ; Sylvain Clamour, Intérêt général et concurrence, Op. Cit., pp. 357 et s.

<sup>1224</sup> CC n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, Rec. p. 42

notamment constitué par la préservation du patrimoine archéologique, et par les nécessités de financement du service public de l'archéologie<sup>1225</sup>.

**782.** Le juge judiciaire s'est déjà fondé sur cette limite dans deux arrêts en considérant qu'une pratique anticoncurrentielle pouvait être tolérée pour pourvoir à la bonne exécution du service public<sup>1226</sup>. Cette prise en compte relativement originale de l'intérêt général par le juge judiciaire doit être relativisée. Dans la première décision<sup>1227</sup>, la Cour d'appel de Paris évoque la bonne exécution du service public sans pour autant la retenir pour faire échec à l'application du droit de la concurrence. De plus, cette solution intervient avant que le juge administratif se soit reconnu clairement compétent pour assurer le respect du droit de la concurrence par l'administration<sup>1228</sup>. Ce constat avait amené Pierre Delvolvé à s'interroger sur la nature administrative ou judiciaire de la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle statue en matière administrative dans le cadre du droit interne de la concurrence<sup>1229</sup>. Dans la seconde décision<sup>1230</sup>, le juge fait une application du droit communautaire de la concurrence et pas du droit interne de la concurrence. Or à la différence de l'ordonnance de 1986, le droit communautaire précise qu'il s'applique aux services d'intérêt économique général dans la mesure où il « ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui lui est impartie ». C'est sur ce fondement que le juge judiciaire a évoqué la bonne exécution du service public sans pour autant la retenir. Le juge judiciaire n'a donc fait ici qu'appliquer les textes communautaires sans faire preuve de volontarisme visant à assurer l'intérêt général en protégeant le service public.

---

<sup>1225</sup> Dans le même sens, V. CC n°98-401 DC, 10 juin 1998, Rec. p. 458 ; CC n°2000-433 DC, 27 juillet 2000, Rec. p. 121. V également, Roxane Garnier, La pénétration des exigences économiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, préc.

<sup>1226</sup> CA Paris 18 mars 1993, Météorologie nationale, Gaz. Pal. 1993, 2, p. 317 note A. Cousin ; AJDA 1996, p. 652 note Michel Bazex ; Cass. Com. 6 mai 1996, CMS c/ France télécom, Bull. 1996 IV N° 125 p. 109

<sup>1227</sup> CA Paris 18 mars 1993, Météorologie nationale, préc.

<sup>1228</sup> CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire ; Sté Million et Marais ; Sté Interarbres (3 espèces), p.406, RFDA 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; RDP 1998, p.256 note Y. Gaudemet ; AJDA 1997, p. 945 chr. Girardot et Raynaud ; AJDA 1998, p. 247 note Guézou ; CE 1er avril 1998, Union Hospitalière Privée et Fédération Intersyndicale des Etablissements d'Hospitalisation privée, rec. p. 114

<sup>1229</sup> Pierre Delvolvé, La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative, Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 47

<sup>1230</sup> Cass. Com. 6 mai 1996, CMS c/ France télécom, Bull. 1996 IV N° 125 p. 109

**783.** La jurisprudence communautaire s'est pour sa part clairement prononcée sur cet aspect, notamment en matière d'application de droit de la concurrence<sup>1231</sup>. L'article 86-2 du traité de Rome mentionne que les règles de concurrence s'appliquent « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui est impartie aux services d'intérêt économique général ». En s'appuyant sur cette disposition, la Cour de justice des communautés européennes s'est plusieurs fois prononcée dans des arrêts de principe sur ce point. Dans sa célèbre décision *Corbeau*<sup>1232</sup> la CJCE restreint l'application du droit de la concurrence pour protéger la Poste belge qui constitue un service d'intérêt économique général. La Cour précise que l'équilibre général du service assuré par la compensation entre activités rentables et non rentables ne doit pas être remis en cause par l'application des dispositions sur la concurrence. Dans sa décision *Commune d'Almelo*<sup>1233</sup>, la Cour a considéré qu'une clause d'exclusivité en matière de fourniture d'électricité, en théorie contraire aux dispositions sur la concurrence contenue dans le traité de Rome, peut être admise si elle permet une bonne exécution du service public. Dans une décision *Höfner*<sup>1234</sup>, la Cour a estimé qu'un monopole pouvait être toléré s'il permettait la fourniture d'un service public de qualité. La Cour note au sujet d'un office public pour l'emploi allemand qu'« il convient de constater que l'application de l'article 86 du traité ne saurait faire échec à la mission particulière impartie à cet office, dès lors que celui-ci n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché à cet égard ».

**784.** Ces arrêts, que chaque étudiant en droit public connaît, ne semblent pas trouver d'équivalence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Si le Conseil d'Etat a déjà fait référence à la notion de qualité dans une décision relative au droit de la concurrence, il se contente de l'évoquer dans une argumentation confuse<sup>1235</sup> sans en faire application<sup>1236</sup>. Il est curieux que la liberté du commerce et de l'industrie se soit vue opposer de nombreuses

---

<sup>1231</sup> Caroline Adam, La prise en compte des missions de service public par les règles de concurrence, Gaz. Pal. 1997, p. 275, Michel Bazex, Libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative, Gaz. Pal. 2001, p. 1154

<sup>1232</sup> CJCE 19 mai 1993, Paul Corbeau, Rec. I, p. 2533, AJDA 1993, p. 865 note Hamon

<sup>1233</sup> CJCE 27 avril 1994, Commune d'Almelo, D. 1995, p. 17 note Dutheil de la Rochère

<sup>1234</sup> CJCE 23 avril 1991, Höfner, aff. C-41/90, Rec. I-01979. Dans le même sens, CJCE 19 mars 1991, République française c/ Commission, Rec. p. 1223

<sup>1235</sup> Dans le même sens, V. P. Cassia ctaire. sous CE 27 juillet 2001, CAMIF, préc.

<sup>1236</sup> CE 27 juillet 2001, CAMIF, Rec. p 401 ; RFDA 2001, p. 1126 ; Europe 2002, n° 60 ctaire. P. Cassia ; CE 24 septembre 2003, CAMIF, n° 240604, CMP 2003, n° 226, note Délélis

limites d'intérêt général<sup>1237</sup> et que les nouvelles sources de légalité y soient plus faiblement soumises. Cette situation s'explique certainement par le fait qu'il s'agit, précisément, de « nouvelles » sources de légalité. La liberté du commerce et de l'industrie est, de son côté, vieille de plus de deux siècles. Il semble que la haute juridiction administrative, lorsqu'elle applique ces « nouvelles » sources de légalité, n'a pas encore trouvé l'occasion de rédiger des considérants aussi retentissants que dans les arrêts *Corbeau*<sup>1238</sup> ou *Chambre syndicale de Nevers*<sup>1239</sup>. Il ne fait pourtant aucun doute que ces décisions consacreront le fait que, dans certaines situations, l'intérêt général prime sur les intérêts privés devant la juridiction administrative. Didier Truchet considère que l'intérêt général « apparaît très clairement comme une norme de complément des autres normes applicables à l'espèce, lorsque ces dernières semblent au juge soit légères, soit, au contraire, trop strictes pour répondre aux besoins d'une administration moderne et assurer la garantie des droits des administrés. »<sup>1240</sup>. A ce titre, cette limite devrait se multiplier devant les juridictions administratives lorsque le juge reprend des normes classiquement appliquées par les juges judiciaires.

**785.** En matière de droit du travail, la décision *Berton* rendue en 2001 par le Conseil d'Etat<sup>1241</sup> pourrait être analysée comme portant atteinte à la bonne exécution du service public. Cet arrêt sanctionne des dispositions du statut de la SNCF en se fondant sur leur contrariété à un principe général du droit qui énonce l'immutabilité du contrat de travail. Le statut de la SNCF prévoyait en effet qu'un agent pouvait être rétrogradé à un emploi inférieur à celui qu'il occupait s'il échouait à un examen professionnel. La haute juridiction administrative a estimé que cette disposition contrevenait à un principe général du droit, dont s'inspirent le Code du travail et le Code civil, prévoyant l'immutabilité du contrat de travail. Rappelons que le statut d'une entreprise publique existe essentiellement afin d'assurer l'intérêt général et la bonne exécution du service public par les agents de cette

---

<sup>1237</sup> Pour des exemples détaillés, V. 384 et s.

<sup>1238</sup> CJCE 19 mai 1993, Paul Corbeau, préc.

<sup>1239</sup> CE Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, p.583, S. 1931.3, p. 73 concl. Josse, note Alibert, où le Conseil d'Etat permet la création de services publics dans un domaine concurrentiel lorsqu'un intérêt public le justifie.

<sup>1240</sup> Didier Truchet, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre, préc., p. 364

<sup>1241</sup> CE Ass. 29 juin 2001, Berton, AJDA 2001 p.48 chron. Guyomar et Collin ; Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz 2002, p. 119 note Ch. Garbar ; CJEG 2001 n°584, p.84 concl. Boissard et p. 94 note Maggi-Germain



entreprise. Ne peut-on pas penser que la bonne exécution du service public risque de pâtir de cette solution jurisprudentielle ? En d'autres termes, la mise en échec de cette disposition du statut ne conduit-elle pas à placer des agents, dont le travail s'avère insatisfaisant, dans une situation où ils n'assurent pas correctement la mission d'intérêt général qu'ils sont censés assurer ? En réalité, le juge constate cet état des choses ; il aura toujours la possibilité de faire prévaloir les dispositions du statut pour des raisons d'intérêt général. Il ne semble pas, en l'espèce, que le juge ait considéré que le service public était en danger du fait du maintien de monsieur Berton dans son emploi. Madame la commissaire du gouvernement Boissard précise fort justement que « l'aptitude professionnelle de ses agents, notamment lorsqu'ils occupent des postes fonctionnels comme celui qui était destiné à M. Berton, est l'une des garanties essentielles de la sécurité des voyageurs ; l'entreprise tente en effet de soutenir qu'elle doit pouvoir leur imposer une formation complémentaire après les avoir recrutés, et tirer ensuite les conséquences des éventuelles inaptitudes qui se révéleraient à l'occasion de cette formation. Mais cette argumentation ne nous convainc pas. Nous ne contestons évidemment pas l'obligation qu'a la SNCF d'employer des agents compétents pour assurer le service public de transports dont elle a la charge. Mais elle peut y satisfaire sans pour autant remettre en cause unilatéralement et de façon aussi radicale le contrat des agents qu'elle a librement décidé de recruter. Dans le cas de M. Berton, on ne voit pas ce qui empêcherait la SNCF de laisser l'intéressé dans le grade et les fonctions qui étaient les siens avant qu'il n'échoue au contrôle de connaissances. »<sup>1242</sup>.

**786.** Les services publics sont directement concernés par l'extension du bloc de légalité administrative. Il ne semble pas que la multiplication des nouvelles obligations à respecter nuise au bon exercice de leurs missions car cet enrichissement contribue à servir l'intérêt général que les services publics doivent assurer. L'avenir devrait cependant démontrer que cette affirmation a des limites que le juge administratif peut consacrer par le biais d'exceptions d'intérêt général. Guy Braibant précisait que « quelles que soient les solutions nouvelles et les changements à venir, le droit administratif français ne doit pas y perdre son âme : le service public. »<sup>1243</sup>. Au-delà du service public, la puissance publique ne se trouve

---

<sup>1242</sup> Sophie Boissard, concl. sur CE Ass. 29 juin 2001, Berton, préc.

<sup>1243</sup> Guy Braibant, Du simple au complexe quarante ans de droit administratif (1953-1993), EDCE 1993 n° 45, p. 409

pas épargnée par cette évolution de la légalité. Le juge n'hésite pas à opposer les droits de la concurrence, de la consommation ou le droit pénal à des mesures de puissance publique. La prise en compte de ces normes semble plus risquée en la matière que dans le domaine du service public.

## II- La réserve de la puissance publique.

**787.** Traditionnellement, la puissance publique constituait la justification de l'application d'une règle de droit administratif différente du droit commun<sup>1244</sup>. Ce droit souvent qualifié d'exorbitant du droit commun devait permettre à l'administration de mener à bien la mission d'intérêt général qu'elle ne pouvait exercer efficacement dans le cadre de règles de droit privé. Le droit administratif était alors pensé comme le droit différent du droit privé appliqué par les juridictions administratives. Nous avons déjà exposé<sup>1245</sup> que dorénavant le droit administratif peut être considéré comme un ensemble plus large comprenant des normes distinctes de celles du droit privé mais ayant aussi des éléments de similitude avec le droit privé. Nous étudions exclusivement les règles reprises par le juge de l'excès de pouvoir qui sont appliquées à l'origine par le juge judiciaire. Dans cette perspective, on constate que le juge administratif ne se contente pas d'opposer ce type de normes aux activités de service de l'administration et d'en faire profiter ainsi le bénéficiaire de ce service. Le juge décide également de confronter ces normes aux activités de puissance publique de l'administration c'est-à-dire à des mesures qui visent à contraindre. On peut s'interroger sur l'avenir de la puissance publique et son évolution face à ce constat. Comment cette puissance peut-elle être efficace si on lui oppose des droits qui ne sont pas pensés pour permettre l'efficacité de l'action publique ? Mais inversement, cette évolution n'est-elle pas nécessaire afin d'inscrire l'action administrative dans une conception modernisée de la puissance publique ? L'étude de la jurisprudence enseigne que la prise en compte de ces normes est essentielle (A) mais qu'elle doit être strictement organisée (B).

---

<sup>1244</sup> V. Jean Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953, p. 286. Pour plus de détails, V. 70 et s.

<sup>1245</sup> V. 91 et s.

## **A. Une application à la puissance publique essentielle.**

**788.** L'administration n'agit pas de façon discrétionnaire ; elle doit toujours respecter des règles que la juridiction administrative a pour rôle de faire respecter en prenant en compte son bloc de légalité administrative. Or, si l'administration se voit opposer des règles classiquement appliquées par le juge judiciaire lorsqu'elle propose un service, elle se voit également prise dans cette dynamique lorsqu'elle impose une mesure par le biais d'un procédé de puissance publique. A la différence des juridictions communautaires qui prévoient dans certains cas des limites d'application liées à la notion de puissance publique<sup>1246</sup>, la juridiction administrative ne semble pas aller dans le sens de cette conception. Au contraire, aucun moyen de puissance publique ne semble épargné par cette évolution. On constate que les actes de puissance publique peuvent être encadrés par les nouvelles normes venant compléter la légalité administrative (1). On peut même estimer que l'opposition à la puissance publique de normes traditionnellement appliquées par la juridiction judiciaire s'avère nécessaire (2).

### **1. L'encadrement constaté de la puissance publique.**

**789.** La puissance publique est le moyen de l'action administrative. Elle permet à l'administration d'agir par des procédés différents du droit privé afin d'imposer ses décisions pour mener à bien ses missions de service public. Ces techniques originales d'action jouissent en théorie d'une exorbitance de juridiction et de droit applicable<sup>1247</sup>.

**790.** La puissance publique, caractéristique de l'Etat et du pouvoir politique, permet à l'administration de contraindre. Pour Jean Rivero, la puissance publique est la traduction juridique de la réalité politique que constitue le phénomène du pouvoir<sup>1248</sup>. Cette notion a considérablement évolué depuis l'époque de Jean Bodin<sup>1249</sup> pour devenir de moins en moins absolue et par conséquent davantage limitée. La puissance publique s'adapte aux

---

<sup>1246</sup> V. Charlotte Denizeau, L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne, LGDJ, 2004 ; Brigitte Ferrari, Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité, AJDA 2006, p. 1021

<sup>1247</sup> Pour plus de développements sur la notion de puissance publique comme fondement du droit administratif, V. 70 et s.

<sup>1248</sup> Jean Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953, p. 286

<sup>1249</sup> V. notamment, Jean Bodin Les six livres de la République, 1576, LGF, rééd. 1993

attentes des administrés. L'article 12 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 précise que « la garantie des droits de l'Homme nécessite une force publique. Cette force est instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ». La puissance publique doit donc s'exercer dans le respect d'un objectif : la garantie des droits de l'Homme.

**791.** De manière plus générale, on peut affirmer que la puissance publique n'est légitime que si elle évolue dans un cadre juridique déterminé et en accord avec les attentes de la société afin de poser les limites de l'action publique. Il est nécessaire d'insister sur le fait que de cette condition dépend la légitimité de l'action administrative, notamment lorsqu'elle agit en tant que puissance, c'est-à-dire avec une volonté d'imposer. Danièle Loschak précise que « le principe de légalité est d'abord un principe de légitimité : le droit occupe une place centrale dans le dispositif de légitimation de l'appareil d'Etat dont il est censé contenir et canaliser la puissance, de sorte que la soumission de l'administration à la loi fait figure d'impératif catégorique. »<sup>1250</sup>. Les règles purement administratives, qui sont créées afin d'encadrer exclusivement l'action administrative, se sont adaptées progressivement afin d'offrir une meilleure protection aux administrés face aux pouvoirs publics ; nous y reviendrons<sup>1251</sup>. Ces ajustements visant à améliorer la situation des administrés ont participé à une véritable mutation du droit administratif qui n'est plus essentiellement ce que le professeur Jacques Chevallier a qualifié d'« instrument de contrainte, un dispositif d'assujettissement », qui « exprime l'absolue supériorité de l'administration sur les administrés. »<sup>1252</sup>. Progressivement, de la théorisation de la séparation des pouvoirs à la prise en compte de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>1253</sup> en passant par l'arrêt *Blanco*<sup>1254</sup>, l'idée de puissance publique a dû s'adapter aux évolutions et aux attentes de la société. Ainsi, la légalité peut apparaître comme le pendant de l'action administrative : John Bell note que l'évolution du droit administratif

---

<sup>1250</sup> Danièle Loschak, Le principe de légalité. Mythes et mystifications, AJDA 1981, p. 387

<sup>1251</sup> V. 863 et s.

<sup>1252</sup> Jacques Chevallier, Les fondements idéologiques du droit administratif français, in Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, tome 2, PUF, 1979, p. 3, spéc. p. 6

<sup>1253</sup> Laurence Potvin-Solis, L'Effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français, Thèse, LGDJ, 1999

<sup>1254</sup> TC 8 février 1873, Blanco, S. 1873.3, p. 153 concl. David

« permet une plus grande concurrence et moins de protectionnisme étatique. Le domaine du droit administratif traditionnel se réduit donc face aux nouvelles conjonctures. »<sup>1255</sup>.

**792.** Le développement de la légalité administrative par l'élaboration de règles dérogatoires au droit commun n'est pas la seule solution à apporter pour encadrer efficacement la puissance publique. Le juge administratif estime, on l'a vu<sup>1256</sup>, que la prise en compte de règles qui ne sont pas différentes du droit privé peut aussi contribuer à l'évolution de l'action administrative. L'extension de la légalité administrative par ces normes et leur opposition aux actes de puissance publique s'inscrit dans cette évolution et participe à la construction d'un droit administratif hybride qui vise à encadrer au mieux l'action des pouvoirs publics. L'enrichissement de la légalité administrative illustre la volonté prétorienne de limiter la puissance publique. Ainsi, un acte administratif qui traduit une activité de police administrative<sup>1257</sup> ou la gestion du domaine public<sup>1258</sup>, peut se voir opposer le droit de la concurrence. La passation d'un marché public doit également prendre en compte les règles posées par l'ordonnance de 1986<sup>1259</sup>. Il en va de même à l'égard de l'extension d'une convention collective par un ministre<sup>1260</sup>. De manière générale et comme le précise Sophie Nicinski : « désormais lorsque l'administration prend une décision, elle doit se demander quel est son impact sur le libre jeu de la concurrence. »<sup>1261</sup>. L'organisation d'un service public s'est déjà vu opposer les droits de la consommation<sup>1262</sup>

---

<sup>1255</sup> John Bell, De la nécessité d'un droit administratif, AJDA 1995, n° spécial, p. 99

<sup>1256</sup> V. Supra, Partie II

<sup>1257</sup> CE Sect. Avis 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, p.526, D. 2001, n°26 p.2110, note Nathalie Albert ; RFDA 2001, concl. S. Austry ; RDP 2001, p. 393 note C. Guettier ; AJDA 2001, p. 198 note M.-C. Rouault ; CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houlgate, p.138, DA juin 2006, p. 23 ctaire. Alain Ménéménis ; AJDA 2006, p. 751 note. Jean-David Dreyfus ; BJCP 2006, p. 203 concl. Didier Casas ; Lamy coll. Terr., mai 2006, n° 13 obs. E. Glaser

<sup>1258</sup> CE Sect. 26 mars 1999, Sté Hertz ; Sté EDA, p. 96, RDP 2000 p. 1545 ; JCP E 1999, n°27-28, p. 1170 obs. Rouault ; D. 2000, p. 204 note Markus

<sup>1259</sup> CE 28 avril 2003, Fédération nationale des géomètres experts, DA 2003, comm. n° 143 note Alain Ménéménis

<sup>1260</sup> CE Sect. 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, p.189, Droit ouvrier, juillet 2003, p. 261 note Gérard Lyon-Caen ; AJDA 2003, p. 1150 chron. D.Casas et F. Donnat ; DA 2003, p. 22 note Michel Bazex et Sophie Blazy ; AJDA 2003, p. 1849 note Pierre Subra de Bieusses ; Jean-Denis Combrexelle, Droit du travail et droit de la concurrence : le conflit des droits, *in* mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 185

<sup>1261</sup> Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, LGDJ 2005, p. 100

<sup>1262</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G. Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier.

et de la concurrence<sup>1263</sup>. La nomination d'un responsable d'entreprise par le Président de la République a dû respecter les obligations posées par le Code pénal<sup>1264</sup>. Un contrat et ses clauses exorbitantes peuvent se voir opposer le droit de la consommation<sup>1265</sup>. L'intégralité de ces avancées est le fait du juge administratif qui fait preuve, nous l'avons vu<sup>1266</sup>, d'un certain dynamisme dans la construction du droit administratif. Le juge participe ainsi à l'évolution constante de la conception du droit public qui pose de plus en plus de limites à la puissance de coercition administrative.

**793.** Toutes ces jurisprudences visent à limiter l'action de la puissance publique afin de l'inscrire dans davantage de légalité. Il appartient dorénavant au juge de prendre en considération le fondement même de cette puissance fondée sur le fait que l'administration est dotée de prérogatives sans commune mesure avec ceux dont disposent les simples particuliers afin d'assurer l'intérêt général efficacement.

## **2. L'encadrement nécessaire de la puissance publique.**

**794.** L'application de normes classiquement utilisées par le juge judiciaire à des actes de puissance publique est un fait. Peut-on pour autant la critiquer ? Il semble que, dans certains cas, les activités de puissance publique de l'administration ne peuvent se soustraire, même devant la juridiction administrative, à certaines de ces normes. Comment, par exemple, imaginer que l'administration puisse invoquer la puissance publique pour ne pas respecter le droit pénal ? Comment imaginer que l'administration agisse dans le cadre économique sans avoir à respecter le droit des consommateurs et au mépris de toute concurrence ?

---

<sup>1263</sup> CE 16 juin 2004, Mutuelle générale des services publics, DA octobre 2004, p. 27 ctaire n° 140 M. Bazex et S. Blazy ; AJDA 2004, p. 1509 note N. Charbit ; BJDCEP 2004, p. 367 Concl. J.-H. Stahl et p. 374 note Ch. Maugüé

<sup>1264</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoyne de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

<sup>1265</sup> CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289 note Jacques Fialaire

<sup>1266</sup> V. 283 et s.

**795.** La puissance publique ne peut pas toujours justifier la non application de certains droits. Ainsi, il nous semble impossible de justifier que le juge administratif, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, ne prenne pas en compte le droit pénal. Nous avons déjà étudié les critiques que l'on pouvait émettre au sujet de l'application du Code pénal par le juge de l'excès de pouvoir. L'argument visant à affirmer que ce type de recours et ce code sont incompatibles est aisément balayé par la méthode visant à diviser la norme pénale en partie sanctionnatrice et partie déterminatrice<sup>1267</sup>. Il est difficile pour le juge administratif de ne pas tenir compte de la partie déterminatrice, c'est-à-dire de la fraction de la norme qui fixe un comportement à suivre, notamment lorsque cette dernière est directement liée à des agissements de l'administration. On peut toujours estimer qu'il existe déjà un juge pour faire respecter ces règles mais il ne nous semble pas que cette compétence exclut celle du juge administratif. Ce dernier peut difficilement ne pas annuler un acte qui place directement une personne en situation de se faire condamner par la juridiction répressive.

**796.** La reprise des droits de la concurrence et de la consommation semble également souhaitable et ne porte pas atteinte à la puissance publique de l'administration. La prise en compte de ces deux droits s'inscrit dans la logique de notre conception des pouvoirs publics. A partir du moment où l'administration française agit dans des domaines économiques et réglemente cette action, il ne paraît pas choquant que cette action respecte un minimum de règles et notamment celles relatives à l'organisation du marché. Il paraîtrait rétrograde et passéiste d'exclure les activités de puissance publique de ce cadre légal. Les critiques de Laurent Cohen-Tanugi visant *Le droit sans l'Etat*<sup>1268</sup> deviendraient de nouveau pertinentes.

**797.** On peut considérer que la puissance publique doit être encadrée par un minimum de règles dont certaines sont des principes traditionnellement appliqués par les juridictions judiciaires. Il est pourtant indéniable que l'ouverture à ces principes d'inspiration privée ne peut pas être généralisée. La puissance publique est l'activité qui justifie le plus l'utilisation d'un droit différent du droit privé afin d'assurer la primauté de l'intérêt général

---

<sup>1267</sup> V. C. Eisenmann, Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle), RDP 1952, p.903, spéc. p. 965. Pour plus de développements, V. 399 et s.

<sup>1268</sup> Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985

sur les intérêts particuliers. L'extension de la légalité administrative est envisageable et dans certains cas souhaitable et logique. Pourtant, il est indéniable que cet enrichissement présente le risque de remettre en cause l'existence même d'un droit administratif exorbitant du droit privé. Il est donc nécessaire de déterminer précisément quelles sont les limites d'application de ces nouvelles normes, notamment au regard de la puissance publique.

## **B. Une application à organiser.**

**798.** L'opposition de normes qui ne sont pas exorbitantes du droit privé à des actes de puissance publique doit s'effectuer de façon organisée. En sanctionnant des actes tels qu'un décret du Président de la République<sup>1269</sup> ou des mesures de police administrative<sup>1270</sup>, le juge démontre que toutes les activités de l'administration sont susceptibles de se voir opposer le droit qu'applique classiquement le juge judiciaire. Bien évidemment cette ouverture n'est pas générale et il appartient au juge de reprendre ces droits avec raison. Il lui faut ainsi garder à l'esprit que la partie exorbitante du droit administratif est directement pensée pour permettre une action efficace de la puissance publique. Faire évoluer l'administration dans un cadre juridique pour partie identique à celui des particuliers peut conduire à une impuissance publique dont le juge doit prendre conscience. La reprise de ces normes ne doit, par conséquent, pas rendre l'administration impuissante (1). Quand bien même cette impuissance serait concrètement évitée, l'application de ces normes à des actes de puissance publique reste risquée pour le juge administratif et l'action administrative (2).

### **1. La limite de l'impuissance publique.**

**799.** En 1999, Jacques-Henri Stahl s'interrogeait : « l'administration serait-elle un justiciable protégé, parce qu'elle disposerait de son juge, le juge administratif, et qu'elle ne

---

<sup>1269</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, préc.

<sup>1270</sup> CE Sect. Avis du 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, préc. ; CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houlgate, préc



relèverait pas du juge judiciaire ? »<sup>1271</sup>. Les différents constats auxquels nous nous sommes livrés amènent à relativiser les termes mêmes de cette question. Si l'administration relève bien du juge administratif, notamment lors de l'édiction de mesures de puissance publique, il arrive qu'elle ne se voie plus opposer un droit différent de celui appliqué par le juge judiciaire. La question semble s'être maintenant inversée : l'administration est-elle suffisamment protégée par son juge, le juge administratif ? En d'autres termes, la reprise de normes traditionnellement appliquées par le juge judiciaire ne risque-t-elle pas de conduire à ce que certains ont qualifié d'impuissance publique<sup>1272</sup> ?

**800.** Etienne Picard qui s'est penché sur la notion d'impuissance publique en droit la définit de la façon suivante : « On peut [...] suggérer l'idée que la puissance publique comme institution se verrait de plus en plus privée de ses prérogatives ou, à tout le moins, de plus en plus entravée par certaines limites, contraintes ou sanctions de tous ordres qui, au sens propre, énerveraient son pouvoir au point de rendre de plus en plus malaisé, sinon impossible, l'accomplissement de ses missions »<sup>1273</sup>. L'extension de la légalité administrative par des sources classiquement appliquées par les juridictions judiciaires fait-elle partie de ces « limites, contraintes ou sanctions » qui risquent de conduire à une incapacité de la puissance publique à mener à bien son action ?

**801.** Nous avons déjà exposé dans quelle mesure les activités de puissance publique sont exposés aux nouvelles sources de légalité que nous étudions<sup>1274</sup>. Plusieurs applications pourraient faire naître un risque d'impuissance des pouvoirs publics.

**802.** Lorsque le Conseil d'Etat reprend le Code pénal et notamment l'article 432-13 afin d'annuler des actes administratifs conduisant à des nominations d'anciens fonctionnaires dans des entreprises privées, il s'oppose au but recherché par l'autorité de nomination, à savoir placer dans une institution une personne qui connaît bien le fonctionnement de cette

---

<sup>1271</sup> Jacques-Henri Stahl, Le juge administratif garantie de l'administration ?, AJDA n° spéc. 20 juillet-20 août 1999, p. 58 ; V. également, Jacques Chevallier, Le droit administratif, droit de privilège ?, Pouvoirs n° 46, 1988, p. 57

<sup>1272</sup> V. notamment, Puissance publique ou impuissance publique ?, Une réévaluation des pouvoirs et procédures régaliens, AJDA n° spé. 20 juillet-20 août 1999 ; Raphaël Romi, Des mots et des images : livres propos sur l'impuissance publique en droit, in Mélanges Jean-Philippe Colson, PUG, 2004, p. 81 ; Jean-Bernard Auby, Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites, Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 3

<sup>1273</sup> Etienne Picard, L'impuissance publique en droit, AJDA n° spéc. 20 juillet-20 août 1999, p. 11

<sup>1274</sup> V. 789 et s.

dernière. Cela est particulièrement visible dans l'affaire *Lambda*<sup>1275</sup> où le Président de la République cherchait à placer à la tête du Crédit foncier de France un agent au fait de l'organisation de cette banque<sup>1276</sup>. Ne peut-on pas voir dans la solution de l'arrêt un risque d'impuissance publique dans la mesure où les pouvoirs publics sont empêchés de parvenir au but qu'ils recherchent ? La réponse semble être négative. L'article 432-13 du Code pénal interdit à tout fonctionnaire chargé du contrôle d'une entreprise privée d'occuper un emploi dans ladite entreprise pendant une durée de cinq ans afin d'éviter toute prise illégale d'intérêt. Quand bien même la juridiction administrative ne s'opposerait pas à une telle nomination, la juridiction répressive condamnerait de son côté la personne ayant contrevenu à cet article. Si impuissance publique il y a, elle ne vient pas de la position du juge administratif qui reprend le texte du Code pénal mais du texte lui-même, ce qui constitue un autre débat. On a déjà précisé que le juge administratif faisait une application extensive de cet article, car il l'opposait à un fonctionnaire en détachement qui n'a donc pas cessé ses fonctions comme le précise l'article 432-13<sup>1277</sup>. Cette position de la haute juridiction administrative ne semble pas pour autant entraîner une impuissance publique dans la mesure où elle respecte l'esprit du texte posé par le Code pénal. Le but recherché par cet article est d'éviter la prise illégale d'intérêt car la position de détachement peut parfaitement conduire à une telle infraction. D'une manière plus générale, il semble difficile de dire que la reprise par le juge de l'excès de pouvoir de dispositions du Code pénal spécialement rédigées pour encadrer les comportements d'agents ou d'anciens agents administratifs puisse conduire à empêcher l'administration d'exercer sa mission. Nous l'avons vu, le droit pénal occupe une place particulière dans la dichotomie droit public-droit privé. Son but est d'assurer l'intérêt général par l'établissement d'un ordre et d'une sécurité publics. A ce titre, il est difficile d'imaginer que le juge administratif puisse ne pas le prendre en compte pour assurer l'intérêt général. Certaines dispositions du Code s'accommodent mal de l'exercice d'une fonction publique : le Président de la République<sup>1278</sup>, les ministres<sup>1279</sup> ou les maires<sup>1280</sup> par exemple se voient accorder un

---

<sup>1275</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, préc.

<sup>1276</sup> V. 405 et s. pour une étude détaillée de cette jurisprudence.

<sup>1277</sup> Ibid.

<sup>1278</sup> V. Titre IX de la Constitution

<sup>1279</sup> V. Titre X de la Constitution

<sup>1280</sup> V. loi du 10 juillet 2000 dite « loi Fauchon » codifiée à l'art. L. 2123-34 CGCT

régime spécial, précisément pour éviter à ces derniers de ne pas pouvoir exercer leurs fonctions.

**803.** On peut donc estimer que, si la prise en compte du Code pénal par le juge administratif conduit à une impuissance publique, cette dernière découle des textes eux-mêmes et pas de leur utilisation par le juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

**804.** Le droit de la consommation a déjà été opposé à une clause exorbitante contenue dans un contrat<sup>1281</sup> et à l'organisation d'un service public<sup>1282</sup>. Ces jurisprudences conduisent-elles à une impuissance publique ?

**805.** La définition de la clause exorbitante est variable. Il semble qu'une bonne utilisation de la législation sur les clauses abusives, loin de conduire à l'impuissance publique, pourrait permettre une rationalisation de l'utilisation de ce type de clause.

**806.** La clause exorbitante peut être présentée comme une clause permettant la réalisation prioritaire de l'intérêt général<sup>1283</sup>. A ce titre, elle semble être constitutive d'une activité de puissance publique dans le sens où elle impose un comportement non conforme au droit privé. Dans notre affaire, la clause exorbitante était contenue dans un règlement de service public annexé à un contrat unissant un distributeur d'eau à un usager. Elle prévoyait que « le service des eaux est en droit de refuser l'ouverture d'un branchement si les installations intérieures sont susceptibles de nuire au fonctionnement normal de la distribution publique ». On voit bien que la clause fait prévaloir l'intérêt du plus grand nombre sur l'intérêt d'une seule personne. La Cour administrative d'appel de Nantes a considéré que ces dispositions avaient pour objet de garantir « la qualité et la continuité du service » et ne présentaient donc pas un caractère abusif au sens du Code la consommation. La reprise de l'article L. 132-1 du Code la consommation aurait pu nuire à une activité de puissance publique en soumettant une clause exorbitante du droit commun à un droit considéré comme privé. Le but même de la clause est d'assurer l'intérêt général en

---

<sup>1281</sup> CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, préc.

<sup>1282</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, préc.

<sup>1283</sup> V. Christophe Fardet, La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, AJDA 2000, p. 115

permettant à l'administration d'imposer des droits ou des obligations étrangers au droit privé. Il est donc risqué de soumettre ces clauses au respect de textes de droit privé car sont alors susceptibles de ne plus avoir d'objet, à savoir permettre à l'administration d'aller au-delà de ce que permet le droit privé. Pour autant, le juge s'est, dans cette décision, fondé sur la qualité et la continuité du service et, à ce titre, il a respecté le but de ces clauses : la réalisation prioritaire de l'intérêt général. On peut donc dire qu'opposer du droit privé à une clause exorbitante du droit commun risque de conduire à une impuissance publique mais si, et seulement si, le juge administratif n'est pas vigilant et ne prend pas en compte le rôle de la clause exorbitante. François Beroujon propose dans sa thèse relative au droit de la consommation et au service public<sup>1284</sup> de s'inspirer des travaux de Demogue<sup>1285</sup> sur la question. Il conviendrait alors de s'interroger au cas par cas sur la conséquence de la clause : **bénéficie-t-elle au bon fonctionnement du service public ou est-elle inspirée par le seul intérêt du gestionnaire ?** La clause ne pourrait alors être considérée comme abusive si elle est avant tout utile à la bonne exécution du service public. C'est ce que semble avoir observé la Cour administrative d'appel de Nantes lorsqu'elle considère qu'une clause exorbitante qui a pour objet de garantir « la qualité et la continuité du service » ne peut être considérée comme abusive<sup>1286</sup>.

**807.** Dans d'autres décisions, il arrive que certaines clauses soient qualifiées d'exorbitantes du droit commun alors qu'elles n'ont aucun rapport avec la bonne exécution du service public ou l'intérêt général. La décision du Tribunal des conflits *Commune de Bourisp*<sup>1287</sup> précise que des clauses qui ont pour objet de permettre à certains habitants et à leurs héritiers de jouir de certains pâturages, ainsi que de tarifs réduits pour accéder aux remontées mécaniques d'une station de sports d'hiver, sont des clauses exorbitantes du droit commun. Ces clauses figurent pourtant dans un contrat qui organise la cession d'une partie du domaine privé d'une commune à une autre. On ne voit pas en quoi ces clauses participent à la réalisation de l'intérêt général. Dans cette décision, le Tribunal des conflits semble uniquement considérer que les clauses sont exorbitantes car elles prévoient des droits et obligations « étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être consentis

---

<sup>1284</sup> François Beroujon, L'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics, Thèse, Grenoble II, 2005, pp. 302-309

<sup>1285</sup> René Demogue, Traité des obligations en général, Paris 1923, T. 2, Sources des obligations, n° 618 et 621 bis

<sup>1286</sup> CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, préc.

<sup>1287</sup> TC 15 novembre 1999, Commune de Bourisp, rec. P. 478 ; DA 2000, n° 29 note R. S.

pas quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales »<sup>1288</sup>. Le recours à la notion de clause abusive pourrait réguler l'utilisation des clauses exorbitantes « fantaisistes » par les autorités publiques en prohibant ce type de clauses qui ne sont pas justifiées par une volonté d'assurer la bonne exécution du service public. En d'autres termes, le recours à la prohibition des clauses abusives pourrait inciter la puissance publique et les juridictions à donner davantage de cohérence à la notion de clause abusive. En effet, dans la décision *Bourisp*, la clause est qualifiée d'exorbitante en raison de sa **forme** et non de son **objectif**, à savoir la réalisation de l'intérêt général. Il semble essentiel que cette logique soit inversée pour retrouver une certaine cohérence. Répétons-le, la seule raison d'être d'une clause exorbitante est la réalisation de l'intérêt général et non la satisfaction d'intérêts personnels comme dans la décision *Bourisp*. Le recours à la prohibition des clauses abusives pourrait permettre de parvenir à cet objectif, tout du moins dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.

**808.** La logique semble être la même lorsque le juge oppose le Code de la consommation à une mesure d'organisation du service public. Dans un arrêt *UFC*<sup>1289</sup>, le juge administratif accepte d'examiner un moyen fondé sur l'interdiction de la vente liée au sujet d'un billet de train commun Paris-banlieue tout en rejetant ce moyen sur le fond. La Haute juridiction conclut, en effet, que si la décision attaquée a pour effet d'imposer à certains passagers d'acquiescer un billet commun Paris-banlieue, « ces dispositions qui ont pour objet de mettre un terme aux disparités de tarifs constatées pour les trajets équivalents, voire identiques et résultant des modalités distinctes de tarification appliquées par la RATP et la SNCF, ne sauraient être regardées, compte tenu de la nature semblable et des liens existant entre les services auxquels donne droit le titre de transport susmentionné comme tombant sous le coup de l'article L. 122-1 du Code de la consommation prohibant la vente liée ». En d'autres termes, quand bien même cette décision aurait été considérée comme une vente liée au sens du Code de la consommation, elle aurait été justifiée par les contraintes du service public. L'organisation d'un service public relève d'une mesure de puissance publique. Pour autant, dans cette affaire, la reprise du Code de la consommation n'entraîne pas d'impuissance. Comme nous venons de le préciser, la requête est certes jugée

---

<sup>1288</sup> Ibid.

<sup>1289</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, préc.

recevable par les juges du Palais Royal, mais elle n'est pas accueillie au fond. Le Conseil d'Etat insiste sur le fait que cette mesure cherche à organiser le service public dans un but d'intérêt général, à savoir la simplification de la tarification et la résorption de disparités tarifaires. Cette affaire s'inscrit dans la même logique que la précédente<sup>1290</sup>. Certains usagers faisaient valoir que la réorganisation de ces deux services entraînait pour eux une hausse des tarifs. Pourtant, la haute juridiction administrative fait encore prévaloir l'intérêt de tous sur l'intérêt de quelques-uns en consacrant sa vision traditionnelle de l'intérêt général. Ici encore, le Code de la consommation aurait pu porter atteinte à une mesure de puissance publique et donc entraîner une certaine impuissance mais la vigilance du juge conduit à neutraliser ces risques.

**809.** La puissance publique doit aussi agir en conformité avec le droit de la concurrence. Deux domaines d'action semblent ici devoir être traités. Le premier concerne l'activité de police administrative<sup>1291</sup>, le second, une décision d'extension de convention collective<sup>1292</sup>.

**810.** En matière de police administrative, le Conseil d'Etat a décidé dans un avis de faire respecter l'ordonnance de 1986 par la réglementation de l'affichage urbain communal par un maire<sup>1293</sup>. Il a également appliqué le droit de la concurrence interne dans une affaire où était en cause une décision du ministre de l'intérieur de donner son agrément à un candidat cherchant à gérer une concession de Casino<sup>1294</sup>. L'avis de 2000 marque la volonté des juges du Palais Royal d'opposer le droit de la concurrence à une mesure de police administrative. Cette préconisation consacre le fait que toute décision des pouvoirs publics qui affecte une activité de production, distribution ou services doit respecter le droit de la concurrence. Cette ouverture a été vivement critiquée. Nathalie Albert a fait valoir qu'« à forcer le trait, toute décision de police a *mutatis mutandis* un impact économique et potentiellement anticoncurrentiel : modifier le plan de circulation dans une ville pourra desservir certains commerçants au bénéfice des autres, alors même que la mesure sera avant tout motivée par des exigences de sécurité et de tranquillité. On voit par conséquent

---

<sup>1290</sup> CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, préc.

<sup>1291</sup> V. Anne Marceau, Police administrative et droit de la concurrence, AJDA 2002, p. 190

<sup>1292</sup> CE Sect. 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, préc.

<sup>1293</sup> CE Sect. Avis du 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, préc.

<sup>1294</sup> CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houlgate, préc.

que la brèche ouverte par le Conseil d'Etat pourrait avoir de notables retombées sur le droit administratif. »<sup>1295</sup>. Les données du problème sont parfaitement posées : l'ordre public peut-il se concilier avec les exigences de concurrence ? L'application du droit de la concurrence à des mesures de police administrative ne risque-elle pas d'empêcher l'administration d'assurer l'objectif premier de la police administrative, à savoir l'ordre public ? La première relation entre le droit de la concurrence et une activité de police administrative concerne, rappelons le, une mesure visant à réglementer l'affichage urbain d'une commune<sup>1296</sup>. Ce type de contentieux n'est pas étranger au droit économique. Stéphane Austry rappelle que la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que le principe d'égalité encadrent déjà largement les pouvoirs de police administrative<sup>1297</sup>. Ainsi un maire ne peut pas modifier l'itinéraire d'un autobus à seule fin de favoriser un commerçant<sup>1298</sup>. L'autorité investie des pouvoirs de police ne peut légalement limiter la concurrence dans la profession de chauffeur de taxis en refusant de nouveaux permis de stationnement ou en limitant le nombre de taxis<sup>1299</sup>. Il est d'ailleurs intéressant de constater que cet avis du Conseil d'Etat invitant à opposer le droit de la concurrence à une mesure de police administrative a été suivi par une décision au fond où la Cour administrative d'appel de Bayonne a annulé la décision du Maire en ne se fondant pas sur le droit de la concurrence mais en raison d'une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie<sup>1300</sup>. Force est de constater que l'application du droit de la concurrence à une mesure de police administrative n'aboutit pas à une impuissance publique, car c'est un principe consacré depuis 1951<sup>1301</sup> qui permet d'annuler la décision du Maire.

**811.** La décision *commune d'Houlgate*<sup>1302</sup> confirme la position du Conseil d'Etat dans son avis de 2000<sup>1303</sup>. Dans cette décision, les juges du Palais Royal considèrent qu'il

---

<sup>1295</sup> Nathalie Albert, Police administrative et droit de la concurrence : les liaisons dangereuses, D. 2001, p. 2110

<sup>1296</sup> CE Sect. Avis du 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, préc.

<sup>1297</sup> V. Stéphane Austry, Ctaire. sous CE Sect. Avis du 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, préc.

<sup>1298</sup> CE 23 mars 1938, Société des transports Citroën, Rec. p. 304

<sup>1299</sup> CE 8 juin 1917, Rabé, Rec. p. 446 ; CE 6 juin 2001, Commune de Vannes, Rec. p. 256

<sup>1300</sup> CAA Bordeaux 18 février 2003, Commune de Bayonne, AJDA 2003, p. 1232 note Paule Quilichini

<sup>1301</sup> CE Ass. 22 juin 1951, Daudignac, p.362, D. 1951, p. 589 concl. Gazier, note J.C.

<sup>1302</sup> CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houlgate, préc.

<sup>1303</sup> CE Sect. Avis du 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, préc.

appartient au ministre de l'intérieur [...] de veiller à ce que les modalités d'instruction des demandes dont il est saisi n'aient pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché notamment en limitant de façon excessive l'accès à ce marché ; [...] qu'à ce titre, il incombe au ministre d'opérer une conciliation entre les nécessités de la protection de l'ordre public et les impératifs tenant à la préservation de l'égalité d'accès dans le secteur en cause ». Ici encore, ce n'est pas directement le droit de la concurrence qui condamne le choix par la commune d'un délégataire de service public de Casino mais la prise en compte de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales qui impose un traitement égal des candidats retenus par la collectivité délégante lors d'une délégation de service public. L'autorisation communiquée par le ministre de l'intérieur et apportée à l'exploitant sortant n'est pas suffisamment justifiée et entraîne une rupture d'égalité. Ici encore, le droit de la concurrence n'est pas concrètement utilisé pour mettre en échec une mesure de police. Il s'agit ici davantage d'une application de la loi Sapin.

**812.** L'ensemble de ces jurisprudences démontre que, si la police administrative doit se concilier avec le droit de la concurrence, cela ne conduit pas forcément à une impuissance publique car jusqu'à présent il a toujours été possible d'annuler la mesure de police sans passer exclusivement par le droit de la concurrence. Encore une fois, c'est la conciliation que fera le juge entre le droit de la concurrence et les exigences d'ordre public qui entraînera ou pas une impuissance publique.

**813.** Le droit de la concurrence est également venu s'opposer à une décision d'extension d'une convention collective<sup>1304</sup>. Cette jurisprudence démontre tous les risques qu'il peut y avoir à concilier acte de puissance publique et droit de la concurrence. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a annulé certaines dispositions d'un arrêté d'extension d'une convention collective pris sur le fondement de l'article L. 133-8 du Code du travail au motif qu'elles étaient de nature à fausser le jeu de la concurrence. Les dispositions annulées prévoyaient que les nouveaux titulaires d'un marché public ou d'une délégation de service public en matière d'eau et d'assainissement devaient reprendre le personnel en place auquel l'employeur sortant n'avait pas proposé une autre affectation. Le Conseil

---

<sup>1304</sup> CE Sect. 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, préc.



d'Etat a considéré que cette disposition portait une restriction à la concurrence dans la mesure où elle favorisait le délégataire sortant. La haute juridiction a été amenée à faire une « balance » entre la portée sociale de la disposition -la préservation de l'emploi- et des objectifs de bonne concurrence. Doit-on considérer que cet encadrement du pouvoir du ministre de l'emploi conduit à une impuissance publique ? Messieurs les professeurs Péliissier, Supiot et Jeammaud précisent que « l'effet normatif d'une convention collective de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel ne concerne en principe que les entreprises qui sont membres des organisations signataires. Il suffit donc qu'un employeur n'adhère à aucune organisation syndicale pour échapper aux disciplines sociales que s'imposent ses concurrents. Il s'assure ainsi un avantage compétitif aux dépens de son personnel. C'est pour éviter ces distorsions de concurrence et assurer l'égalité des salariés face au statut conventionnel régissant une même branche professionnelle, que la loi du 24 juin 1936 a introduit en droit français la technique de l'extension des conventions collectives. »<sup>1305</sup>. L'objectif de l'extension d'une convention collective est donc dual : assurer une égale concurrence et assurer l'égalité des salariés. Or la Section a censuré l'arrêté au motif qu'il était de « nature à dissuader les concurrents de présenter leur candidature »<sup>1306</sup>. Cette décision assure une meilleure concurrence entre les éventuels candidats à la reprise d'un marché public ou d'une délégation de service public en matière d'eau et d'assainissement. Le juge aura ici considéré que le second objectif de l'extension d'une convention collective, à savoir la recherche d'une égalisation des conditions dans lesquelles les salariés sont employés, devait s'incliner face à la recherche d'une meilleure concurrence, ce qui semble justifié. Des doutes naissent cependant lorsqu'on constate que le juge écarte une mesure visant à maintenir l'emploi face à un objectif de concurrence non faussée.

**814.** On peut considérer que l'objectif de l'extension de la convention collective était également de protéger l'emploi dans la mesure où elle imposait une reprise des contrats de travail par un nouvel employeur en s'inspirant de l'article L. 122-12 du Code du travail.

---

<sup>1305</sup> Jean Péliissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 22<sup>e</sup> éd., 2004, p. 970 ; V. également, P. Durand, *Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives*, *Dr. Soc.* 1956, p. 214 ; et, reprenant le même titre, S. Nadal, *Dr. Ouvr.* 2002, p. 423

<sup>1306</sup> CE Sect. 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, préc.

Pierre Subra de Bieusses et Gérard Lyon Caen<sup>1307</sup> font valoir qu'il est regrettable que le juge administratif fasse prévaloir des objectifs de concurrence sur une mesure d'ordre social<sup>1308</sup>. Doit-on alors considérer que le droit de la concurrence conduit à mettre en échec une avancée sociale dans cette décision ? L'article L. 420-4 du Code de commerce prévoit que la plupart des articles visant à condamner une pratique anticoncurrentielle ne s'appliquent pas aux actes qui visent à « la création ou le maintien d'emplois ». Le Conseil d'Etat ne s'est pas appuyé sur cette disposition dans son arrêt et a préféré faire prévaloir la libre concurrence. Si cette solution est en effet critiquable il est pourtant difficile d'en tirer des conclusions générales. La décision précise qu'il appartient au ministre sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir d'opérer une conciliation entre les objectifs d'ordre social et les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence. Dans le cas d'espèce, c'est la concurrence qui prévaut mais il est possible que le juge considère, dans un prochain arrêt, que pour une raison ou une autre, le caractère social de la décision doive l'emporter. Il est en tout cas clair qu'en l'espèce, l'objectif social de l'arrêté du ministre est mis à mal lorsque le juge fait prévaloir la libre concurrence. On peut voir dans cette solution un cas d'impuissance publique si l'on considère que le ministre devait davantage viser un objectif social plutôt que concurrentiel. De ce point de vue, on peut considérer que le ministre cherche à accéder à un objectif en se fondant sur des textes qui lui permettent de l'atteindre (objectif social) mais la prise en compte de la concurrence l'en empêche. En revanche, si l'on estime que le ministre devait en priorité faire prévaloir la concurrence, on ne peut pas voir dans cette décision un cas d'impuissance publique.

**815.** L'application du droit du travail par le juge administratif présente également des risques de même type. Pour autant, la prise en compte de ce droit vise, comme nous l'avons vu, à améliorer la situation des agents, ce qui ne semble pas être incompatible avec la bonne exécution de la puissance publique. Cependant, on peut imaginer qu'une prise en compte (improbable) beaucoup plus large du droit du travail conduirait à une impuissance publique dans la mesure où les agents pourraient évoluer dans un climat à ce point protecteur que l'administration-employeur ne pourrait plus leur imposer des tâches

---

<sup>1307</sup> Notes sous CE Sect. 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, préc.

<sup>1308</sup> Dans une autre affaire, le Conseil d'Etat n'hésite pourtant pas à opposer l'article L. 122-12 du Code du travail lors de la reprise d'une activité d'un service public administratif par une personne publique : CE Sect. 22 octobre 2004, M. Lamblin, p.382, AJDA 2004, p. 2153

exorbitantes. Les décisions visant à opposer le Code du travail ou un principe général qui s'en inspire à un statut d'entreprise publique pourraient provoquer une certaine forme d'impuissance publique. Dans l'affaire *Berton*<sup>1309</sup> par exemple, les juges du Palais Royal devaient se prononcer sur la légalité l'article 55 du Statut PS3 de la SNCF qui prévoyait qu'un agent pouvait être rétrogradé à un emploi inférieur à celui qu'il occupait s'il échouait à un examen professionnel. Cette disposition a été déclarée illégale du fait de sa contrariété avec un principe général du droit, dont s'inspirent le Code du travail et le Code civil, relatif à l'immutabilité du contrat de travail. L'objet d'un statut d'entreprise publique est de permettre d'organiser les missions d'intérêt général de cette entreprise en dérogeant au besoin au Code du travail afin de permettre à l'employeur d'imposer un minimum de sujétions exorbitantes du droit privé à ses employés<sup>1310</sup>. En opposant à ce statut des principes généraux du droit qui s'inspirent de textes de droit privé, ne risque-t-on pas d'empêcher la puissance publique d'imposer ce régime exorbitant et donc d'être efficace ? L'objet de cet article 55 du statut PS3 n'était-il pas justement de permettre qu'un agent qui s'avère incapable de mener à bien sa mission de service public puisse être rétrogradé à un emploi inférieur afin de ne pas perturber le bon déroulement du service ? Comme nous l'avons déjà précisé, l'objectif du statut est de permettre à une entreprise publique de mener à bien sa mission d'intérêt général. Il y aurait donc impuissance publique si cet objectif était mis à mal. Or, comme nous l'avons déjà précisé plus haut<sup>1311</sup>, la jurisprudence ne laisse apparaître pour le moment aucune décision qui amènerait à penser que la prise en compte du droit du travail conduirait à une mauvaise exécution du service public. De plus, le juge reste maître des sources qu'il applique dans la mesure où il a toujours la possibilité de faire prévaloir l'économie générale du statut<sup>1312</sup> ou la bonne marche du service public<sup>1313</sup> sur le droit du travail. L'application de ces normes de légalité ne conduit donc pas en l'état actuel de la jurisprudence à une quelconque forme d'impuissance publique.

---

<sup>1309</sup> CE Ass. 29 juin 2001, *Berton*, AJDA 2001 p.48 chron. Guyomar et Collin ; Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz 2002, p. 119 note Ch. Garbar ; CJEG 2001 n°584, p.84 concl. Boissard et p. 94 note Maggi

<sup>1310</sup> Christian-Albert Garbar, *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques*, LGDJ, 1996, p. 31

<sup>1311</sup> V. 770

<sup>1312</sup> CE Ass. 29 juin 2001, *Berton*, préc.

<sup>1313</sup> CE Ass. 7 juillet 1995, *M. Damiens et autres*, p.290, CJEG 1995, p.449 concl. Bonichot ; AJDA 1995, p.692 chron. J.-H. Stahl et Chauvaux ; D. 1996, Som. Com. p.230 obs. Chelle et Prétot

**816.** En règle générale, si l'on part du principe que l'application d'un droit exorbitant, différent du droit privé, permet la mise en place de mécanismes visant à assurer l'exercice de la puissance publique, on peut considérer que la multiplication des prises en compte de règles de droit privé conduit à affaiblir cette puissance. La pérennité et l'efficacité de la puissance publique repose essentiellement sur une reprise et une application mesurée de ces droits d'inspiration privée. En d'autres termes, l'application mesurée de droit privé par le juge administratif ne risque pas réellement de conduire à l'impuissance publique. Encore faut-il que l'application soit mesurée et non généralisée. Il appartient alors au juge de définir avec habileté le domaine d'application de chaque règle et, une fois l'applicabilité admise, de s'appuyer le cas échéant sur une limite d'intérêt général. Jean-Bernard Auby précise que « l'intérêt général intervient ici et là pour balancer, corriger les effets de la règle commune au profit de la puissance publique. »<sup>1314</sup>. En l'état actuel de la jurisprudence, il est impossible de conclure à une impuissance publique du fait de l'intégration de nouvelles normes dans le bloc de légalité administrative. Il reste que l'opposition de ces nouvelles normes à la puissance publique n'est pas sans danger.

## **2. Une extension dangereuse.**

**817.** Nous avons déjà évoqué au début de cette troisième partie la tendance à la banalisation de l'administration notamment lorsqu'elle intervient dans le domaine économique. L'application de normes issues du droit privé à des actes de puissance publique tend à renforcer ce sentiment. Jean-Bernard Auby précise : « ce que l'on peut qualifier de mouvement de banalisation du droit de l'administration c'est la tendance à soumettre celle-ci aux règles qui régissent les relations juridiques privées, ou à des règles inspirées de celles qui régissent les relations juridiques privées. »<sup>1315</sup>. Par voie de conséquence la banalisation du droit applicable conduit à la banalisation de l'administration qui perd progressivement le bénéfice de l'opposition d'un droit particulier

---

<sup>1314</sup> Jean-Bernard Auby, A propos des réserves d'intérêt général, DA 2003, repère n° 6 ; V. également, François Brenet, Les réserves d'intérêt général, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 139

<sup>1315</sup> Jean-Bernard Auby, Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites, Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 3

différent du droit privé<sup>1316</sup>. En prenant en compte le droit privé, on procède comme si la puissance publique agissait comme un particulier. Jean-Bernard Auby, dans cette étude publiée en 1992<sup>1317</sup>, ne note pas que la banalisation du droit opposable aux personnes publiques se traduit par une prise en compte importante de normes de droit privé par le juge administratif lui-même. Il insiste davantage sur la tendance à la privatisation de la gestion d'activités publiques, sur le fait que certaines normes administratives s'inspirent de textes de droit privé et sur la tendance de certaines normes à transcender la distinction public-privé. Le fait que cette réflexion ait été rédigée au début des années 90 et donc avant l'intensification de ce mouvement explique cette absence. Il faut attendre la seconde moitié des années 90 pour voir se multiplier les références au droit privé par le juge de l'excès de pouvoir<sup>1318</sup>. Cette tendance ne pouvait donc pas être clairement analysée avant cette période.

**818.** La multiplication des reprises de ces règles par le juge administratif ne fait que confirmer la tendance observée par le professeur Auby. Si le juge administratif décide d'appliquer du droit d'origine privée à des activités de puissance publique, cela est certainement justifié par le fait que, dans certains cas, il n'y plus de raison de prendre en compte un régime exorbitant du droit privé. Le professeur Auby explique ce constat par la crise de la notion de service public et par la volonté de l'administration d'être dans certains cas soumise à un régime plus proche du droit privé. Aucune de ces explications ne justifie les développements du droit opposable à la puissance publique que nous étudions. Cette tendance s'explique par une volonté accrue du juge de soumettre l'action administrative à un régime juridique efficace sans y faire échapper les décisions qui sont traditionnellement les moins exposées aux règles de droit privé. Non seulement la puissance publique est limitée lorsqu'elle organise un service public<sup>1319</sup> mais également lorsque ces décisions ont des effets dans le domaine strictement privé (nomination<sup>1320</sup>, police administrative<sup>1321</sup>).

---

<sup>1316</sup> V. Charlotte Denizéau, L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne, Thèse, LGDJ, 2004, pp. 196 et s.

<sup>1317</sup> Jean-Bernard Auby, Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites, préc.

<sup>1318</sup> V. Supra, Partie II

<sup>1319</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G. Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier.

<sup>1320</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoine de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

Pourtant, dans ces deux situations, lorsque l'administration intervient par des procédés de puissance publique, elle le fait pour assurer l'intérêt général ; elle devrait bénéficier à ce titre de la prise en compte d'un droit attaché à l'intérêt général. L'extension de la légalité administrative démontre que le droit exorbitant du droit privé n'est pas le seul système juridique qui permette le bon accomplissement de l'intérêt général. Exposer la puissance publique aux droits de la concurrence et de la consommation, c'est considérer que l'instrument privilégié de la régulation sociale n'est pas cette puissance publique mais le marché<sup>1322</sup>. La reprise du droit pénal illustre la volonté de ne pas permettre à l'administration d'agir en toute impunité en la sanctionnant directement devant le juge administratif sans attendre une réaction du juge répressif. Soumettre certains actes de puissance publique au droit du travail, c'est considérer que l'employeur public doit trouver un équilibre entre la défense de l'intérêt général et la prise en compte de l'intérêt de l'agent. En d'autres termes, ce sont les privilèges d'action de l'administration qui sont ici contestés.

**819.** Cette dynamique révèle une banalisation de la puissance publique qui peut s'avérer dangereuse. Soumettre ces actes à des normes de nature privée, c'est exposer les moyens d'action de l'administration à des droits qui ne sont pas différents du droit privé. Or le droit administratif, droit exorbitant du droit privé, est souvent justifié par la nécessité de prendre des actes de puissance publique afin de faire prévaloir l'intérêt général. Cette banalisation peut conduire l'administration à être considérée comme n'importe quel acteur social et à l'empêcher de réaliser sa mission première, la satisfaction de l'intérêt général. Si ce mouvement ne conduit pas encore à une impuissance publique, la banalisation de l'ensemble des modes d'intervention (service public, puissance publique) de l'administration peut s'avérer dangereuse.

**820.** Le facteur le plus notable de cette banalisation est constitué par le fait que c'est la juridiction administrative elle-même qui participe à ce mouvement. Cette position risque également de conduire à une banalisation de la juridiction administrative. Nous l'avons vu,

---

<sup>1321</sup> CE Sect. Avis 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, p.526, D. 2001, n°26 p.2110, note Nathalie Albert ; RFDA 2001, concl. S. Austray ; RDP 2001, p. 393 note C. Guettier ; AJDA 2001, p. 198 note M.-C. Rouault

<sup>1322</sup> V. Jean-Pierre Bizeau, Le juge administratif n'est-il plus le juge que de la puissance publique ?, AJDA 1992, p. 179, spéc. pp. 186 et s.

l'existence même de la juridiction administrative ne peut être séparée de la prise en compte d'un droit particulier différent du droit privé<sup>1323</sup>. On peut alors estimer que, si la juridiction administrative ne s'appuie plus, dans certains cas, sur un droit particulier, elle n'a plus aucune raison d'exister. Le professeur Seiller s'interrogeait sur la reprise du droit de la concurrence par le juge administratif : « Le juge administratif regrettera-t-il un jour ses efforts pour soumettre les personnes publiques au primat de la libre concurrence ? La défense d'un pan de sa sphère de compétence pourrait, en effet, produire à terme de désastreux effets pervers. Il nous semble que le souci de ne pas laisser au juge judiciaire le monopole en matière de concurrence conduise à perdre de vue quelques éléments fondateurs de l'ordre juridictionnel administratif. En niant, pour les besoins d'une cause circonstancielle, les spécificités de son justiciable ordinaire, le juge administratif contribue à mettre en doute sa propre nécessité. Pourquoi la complexité de deux juges, si l'un d'entre eux admet l'absence de particularisme des litiges dont il est saisi ? »<sup>1324</sup>.

**821.** Ce constat alarmiste peut être fait à propos de l'ensemble de l'extension de la légalité administrative étudié dans cette thèse. Il semble pourtant que, si le risque de banalisation de la juridiction administrative est réel, l'enrichissement de la légalité administrative est cependant nécessaire. Pouvait-on imaginer que le juge administratif reste à l'écart des deux grandes évolutions contemporaines du droit opposable à l'administration ? La soumission de l'administration aux règles du marché et la pénalisation de l'action administrative ne pouvaient pas rester le monopole du juge judiciaire. Un attentisme de la juridiction administrative aurait conduit à des effets encore plus dramatiques que la position active qu'il a adoptée. Qu'aurait-on dit si le juge avait refusé toute prise en compte du droit pénal et des droits de la consommation et de la concurrence ? On aurait considéré que l'ordre administratif était complètement imperméable à toute évolution sociale et économique et qu'il ne participait pas à l'élaboration d'un droit efficace pour encadrer l'action administrative. Cette critique a été développée dans les années 80<sup>1325</sup> et sa réitération marquerait certainement la fin du couple droit administratif exorbitant-juridiction administrative.

---

<sup>1323</sup> V. 180 et s.

<sup>1324</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, tome 2, 2<sup>ème</sup> éd., Flammarion, 2005, p. 299

<sup>1325</sup> V. notamment, Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985 ; Jean Boulouis, *Supprimer le droit administratif ?*, *Pouvoirs* 1988, n° 46 p. 5 ; Didier Truchet, *Avons-nous encore besoin du droit administratif ?*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 1039

**822.** De plus, il paraît impossible à la juridiction administrative de ne pas prendre en compte ces nouvelles règles dans la mesure où le juge doit s'adapter aux évolutions de la société. Jean Boulouis note très justement que « le droit administratif est l'ombre de l'Etat éclairé par la lumière du siècle. L'ombre varie avec le siècle et ses lumières »<sup>1326</sup>. On peut ajouter que le juge administratif est obligé de prendre en compte ces évolutions pour faire évoluer en même temps que la société le droit opposable à l'administration. L'absence d'un tel mouvement conduirait probablement à la fin de la juridiction administrative. Cette dernière serait en effet considérée à juste titre comme sclérosée car incapable d'appliquer un droit moderne, actualisé et adapté aux attentes de la société. Les tenants de l'unité juridictionnelle en profiteraient pour dénoncer cet état des choses en accusant le dualisme juridictionnel. L'immobilisme de la juridiction administrative conduirait ainsi à son affaiblissement voire à sa disparition au profit de la juridiction judiciaire. Finalement et comme nous l'avons déjà démontré, l'avenir de la juridiction administrative repose sur ce qui a toujours fait sa spécificité : l'application d'un droit exorbitant. Si le juge se fonde encore très majoritairement sur un droit différent du droit privé, il lui arrive de plus en plus de se référer aux mêmes règles que le juge judiciaire. La place du droit exorbitant est plus que majoritaire ; il est donc peut-être un peu excessif de craindre une dilution du droit administratif dans le droit privé. Pour faire taire ces peurs, il suffit d'insister sur le fait que, quand le juge n'applique pas un droit différent du droit privé, il a toujours la possibilité de l'appliquer de façon différente en se fondant sur l'intérêt général. On peut estimer que le juge applique un droit exorbitant du droit privé dans la mesure où dans certains cas, la norme est différente, et dans d'autres, c'est l'application qui en est faite qui peut être différente afin de préserver les spécificités de l'action administrative. L'ensemble de ces constats atténue considérablement les craintes suscitées par la banalisation de l'action administrative et de sa juridiction spécifique.

**823.** Pour conclure, il semble que l'application de ces nouveaux droits à des actes de puissance publique est risquée, mais qu'elle est essentielle à la survie de la juridiction administrative et de l'administration. L'avenir du dualisme juridictionnel et du droit applicable repose sur la capacité du juge à effectuer une juste balance entre l'intérêt

---

<sup>1326</sup> Jean Boulouis, Supprimer le droit administratif ?, préc. p. 12



général et l'intérêt privé. L'extension de la légalité administrative semble représenter tout simplement une nouvelle étape dans l'évolution constante du droit administratif.



## Section II : Une nouvelle évolution du droit administratif.

824. L'enrichissement du bloc de légalité administrative transforme indéniablement notre droit administratif. Chaque nouvelle source reprise par le juge contribue à l'évolution de ce droit. Il convient donc de s'interroger sur la valeur de ces mutations. Quel regard peut-on porter sur ces transformations engendrées par la reprise de normes traditionnellement appliquées par le juge judiciaire ? On pourrait tout d'abord penser que les particularités du droit administratif sont nécessairement atteintes par l'application d'un droit que l'on présente souvent comme privé. L'intérêt général, défendu par le droit administratif, se trouverait peu à peu étouffé par le droit privé qui défend exclusivement les intérêts privés. On pourrait alors parler de privatisation du droit administratif. Certains auteurs évoquent également le fait que l'administration doit s'éloigner du droit administratif et se rapprocher du droit privé afin d'inscrire son action dans l'efficacité<sup>1327</sup>. Aucune de ces affirmations ne paraît convaincante. Dans un premier temps, il semble au contraire que, loin d'être préjudiciable, l'extension de la légalité administrative traduit une évolution opportune du droit administratif. Dans un second temps, le postulat visant à considérer que l'administration doit s'éloigner du droit administratif afin d'agir efficacement paraît excessif, car ce droit exorbitant lui-même évolue constamment afin de permettre à l'administration d'agir de façon performante tout en améliorant la situation des administrés. Le droit classiquement appliqué par le juge judiciaire et repris par le juge administratif n'a donc pas le monopole de la performance. Au vu de ces affirmations, on peut considérer cette évolution du droit administratif comme bénéfique (I) et historique (II).

---

<sup>1327</sup> V. Jacques Caillosse, *Le droit administratif contre la performance publique ?*, in François Lacasse et Jean-Claude Thoening (dir.), *L'action publique*, L'harmattan, 1996, p. 307 ; du même auteur, *L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?*, préc. ; *La réforme administrative et la question du droit*, AJDA 1989, p. 3 ; Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985 ; Michel Crozier, *Etat modeste, Etat moderne*, Points Seuil, 2<sup>ème</sup> éd., 1991 ; Pour un résumé de cette pensée, V. le numéro spécial de la revue *Pouvoir* de 1988, n°46

**I- Une évolution bénéfique.**

**825.** Il apparait clairement que la prise en compte par le juge administratif de normes classiquement appliquées par les juges judiciaires est un phénomène important. Le droit pénal, le droit du travail ou les droits de la concurrence et de la consommation sont devenus des sources de légalité pour le juge de l'excès de pouvoir. On peut légitimement s'interroger sur l'évolution du droit administratif et notamment sur sa place par rapport au droit privé. Comme nous l'avons déjà constaté<sup>1328</sup>, il est de plus en plus difficile de tracer une frontière claire entre droit privé et droit administratif. Le fait que le juge administratif incorpore dans son bloc de légalité des textes qui sont traditionnellement appliqués par les juridictions judiciaires contribue à cette difficulté. On peut considérer que le juge administratif participe à ce que l'on pourrait qualifier de privatisation du droit administratif. Ce dernier deviendrait de moins en moins exorbitant en prenant de plus en plus en compte les normes appliquées par les juridictions judiciaires. Jean-Bernard Auby précise ainsi qu'« habitués à se définir différemment, les administrativistes ne sont actuellement pas tout à fait certains de la nature de leur différence. »<sup>1329</sup>. Ne peut-on pas alors penser qu'en remettant en cause la particularité du droit administratif le juge participe à une banalisation dangereuse qui conduirait à l'extinction du droit administratif ? Il semble en réalité qu'il est excessif d'évoquer une quelconque privatisation du droit administratif (A) et qu'au contraire l'extension de la légalité administrative traduit une consolidation bénéfique du droit administratif (B).

---

<sup>1328</sup> V. 91 et s.

<sup>1329</sup> Jean-Bernard Auby, A propos de la notion d'exorbitance du droit administratif, *in* L'exorbitance du droit administratif en question(s), Fabrice Melleray (dir.), LGDJ, 2004, p. 9

### **A. L'absence de privatisation du droit administratif.**

**826.** On évoquait naguère la publicisation du droit privé<sup>1330</sup> ; ne peut-on pas parler aujourd'hui de privatisation du droit administratif ? Nous avons constaté que le juge reprend dorénavant régulièrement des normes qui sont traditionnellement appliquées par les juridictions judiciaires. On pourrait donc évoquer une privatisation du droit administratif dans la mesure où le juge oppose fréquemment ces normes aux activités administratives et développe ainsi un droit administratif qui comporte de nombreux points de similitude avec le droit appliqué par les juridictions judiciaires. Il paraît pourtant qu'il est impossible de parler de privatisation du droit administratif. D'une part, les emprunts normatifs de la juridiction administrative ne modifient pas l'autonomie du droit administratif (1). D'autre part, il ne fait aucun doute que ces emprunts seront adaptés par le juge administratif lors de leur application (2).

#### **1. Une autonomie préservée.**

**827.** Comme nous l'avons déjà démontré<sup>1331</sup>, l'extension de la légalité administrative ne s'impose pas au juge car c'est ce dernier qui décide de cet élargissement. Le juge administratif détermine au cas par cas les normes qu'il désire inclure dans son bloc de légalité. Non seulement, il choisit la règle qu'il désire reprendre, mais il fixe également le champ d'application de cette norme et peut décider de ne pas l'opposer à telle ou telle activité. Il est difficile de parler de privatisation du droit administratif dans la mesure où le juge garde un contrôle entier de l'application de ces nouvelles règles<sup>1332</sup>. De plus, l'utilisation de l'expression « privatisation » du droit administratif est souvent l'occasion pour la doctrine de dénoncer une situation où le droit administratif est marginalisé par le

---

<sup>1330</sup> Jean Rivero, *Droit public et droit privé, conquête, ou statu quo ?*, D. 1947, chron. p. 18 ; René Savatier, *Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1950 ; Charles Eisenmann, *Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXème au XXème siècle)*, RDP 1952, p. 903 ; Jean Morellet, *L'interpénétration du droit public et du droit privé*, Recueil Edouard Lambert, Tome III, LGDJ, 1973, p. 137

<sup>1331</sup> V. 251 et s.

<sup>1332</sup> Dans le même sens, V. Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Ed. Panthéon Assas, 2003, p. 791

droit privé. Rappelons encore une fois la position du professeur Seiller<sup>1333</sup> qui s'interrogeait sur la reprise du droit de la concurrence par le juge administratif : le fait, pour le juge administratif d'appliquer un droit qui n'est pas exclusivement « pensé » pour l'action administrative ne risque-t-il pas de nier la propre spécificité de cette juridiction ? Si l'on étend ce constat à l'application du droit pénal, de la consommation et du travail, on pourrait considérer que le juge administratif participe à l'extinction du droit administratif. Comment imaginer qu'un ordre juridictionnel concoure à ce point à la destruction de son propre univers ? Pour reprendre une formule populaire, le juge serait volontairement en train de « scier la branche sur laquelle il est assis »<sup>1334</sup>. Il est difficile d'imaginer une telle possibilité. Il semble en réalité que le juge administratif estime à juste titre que la reprise de ces normes représente peu de risques de dilution du droit administratif dans le droit privé. Plusieurs éléments viennent étayer cette analyse.

**828.** En premier lieu, les références de la juridiction administrative à des normes appliquées par le juge judiciaire restent quantitativement limitées. On peut être impressionné par la pénétration du droit de la concurrence et son utilisation régulière par les juges. Nous avons pourtant démontré que seuls les actes ayant un lien avec une activité économique étaient concernés. La reprise du droit de la consommation par le juge administratif reste pour le moment confidentielle. Les normes de droit pénal ne sont que rarement utilisées tout comme le Code du travail. Il semble difficile d'affirmer au vu de ce constat que le juge administratif participe à la dilution du droit administratif dans le droit privé. L'application du droit de la concurrence semble néanmoins représenter plus de risques pour la doctrine<sup>1335</sup> qui pressent une dilution du droit administratif<sup>1336</sup>. Pourtant, comme nous l'avons déjà démontré, le droit de la concurrence a été considéré comme pouvant défendre des objectifs d'intérêt général par le juge administratif ; on ne voit pas comment il pourrait menacer le droit administratif qui poursuit avant tout cet objectif.

---

<sup>1333</sup> Bertrand Seiller, *Droit administratif*, tome 2, 2<sup>ème</sup> éd., Flammarion, 2005, p. 299

<sup>1334</sup> L'expression est d'Agathe Van Lang *in*, *Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif*, RDP 2004, p. 1015, spéc. p.1026

<sup>1335</sup> V. notamment, Roland Drago, *La tenaille. Réflexions sur le droit administratif*, *in* *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2002, p. 436 ; Pour une étude d'ensemble récente, v. Fabrice Melleray (dir.) *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, LGDJ, 2004 ; Nathalie Albert, *Police administrative et droit de la concurrence : les liaisons dangereuses*, D. 2001, p. 2110, spéc. pp. 215 et s.

<sup>1336</sup> Nathalie Albert, *Police administrative et droit de la concurrence : les liaisons dangereuses*, préc. spéc. pp. 215 et s. ; Bertrand Seiller, *Droit administratif*, tome 2, *Op. Cit.*, p. 299 ; François Servoin, *Droit administratif de l'économie*, 2<sup>ème</sup> éd., Presses Universitaires de Grenoble, 2001, pp. 303-304

Guylain Clamour précise qu'« en régénérant la notion d'intérêt général par l'intégration de préoccupations concurrentielles, le juge administratif, loin d'ouvrir ses portes au cheval de Troie du libéralisme, affermit l'autonomie du droit qu'il met en œuvre. S'il décide, pour ce faire, d'étendre le bloc de légalité à des règles cataloguées comme étant de droit privé –à commencer par le droit de la concurrence –, il n'en reste pas moins que ces nouvelles normes rejoignent alors un corps de règles spécifiques comme l'illustre l'utilisation généralisée de l'expression « droit public de la concurrence ». En effet, puisqu'elles sont intégrées en considération des objectifs d'intérêt général qu'elles portent, ces règles de droit privé s'insèrent dans l'ordre administratif qui leur imprime sa logique finaliste d'ensemble. »<sup>1337</sup>. Nous verrons par la suite que ce mouvement global d'ouverture au droit privé traduit uniquement une simple évolution sociétale de la matière administrative.

**829.** En second lieu, Jean-Bernard Auby précise à juste titre que ce phénomène de banalisation du droit des personnes publiques n'est pas nouveau. Il note que « Jean-Marie Auby a toujours enseigné que notre droit administratif vivait depuis quelques décennies une période de retour offensif du droit privé. [...] Le premier glissement étant, en 1912, l'arrêt *Société des Granites porphyroïdes des Vosges*. »<sup>1338</sup>. Si le phénomène analysé à l'époque n'est pas le même que celui étudié ici, c'est-à-dire la reprise par le juge administratif de normes de droit privé, le constat reste pourtant le même : une soumission progressive et raisonnable des activités administratives au droit privé. Dans la même logique on peut de toutes façons affirmer que le juge administratif applique depuis déjà longtemps des normes issues du droit privé sans que le droit administratif en ait souffert<sup>1339</sup>. Dans le même sens, Jacques Caillosse ajoute que « le droit privé n'a jamais cessé d'être au cœur du fonctionnement de l'administration. De tout temps, le droit administratif fut un hybride mêlant, dans des proportions que l'histoire fait varier, règles de

---

<sup>1337</sup> Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence*, Thèse, Dalloz, 2006, n° 748

<sup>1338</sup> Jean-Bernard Auby, *Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites*, Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 3 ; V. également du même auteur, *La bataille de San Romano*, AJDA 2001, p. 912, spéc. p. 917

<sup>1339</sup> Jean Lamarque, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, Thèse, LGDJ, 1960 ; Jean Waline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse Paris, 1962 ; Théodore Fortsakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1987, pp. 332 et s. ; Benoît Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préc. ; Pour une présentation détaillée, V. 119 et s.

droit public et privé. »<sup>1340</sup>. Jean-Louis Mestre note pour sa part que « pour autant qu'ait été son influence, la tendance à la privatisation des règles administratives n'a jamais prévalu de façon absolue. Elle s'est toujours heurtée à des résistances, de même que, dans les débats politiques, au XVI<sup>e</sup> siècle notamment, les arguments tirés du *jus privatum* ont fait l'objet de réfutation. Le sentiment de l'utilité publique, du particularisme des tâches confiées aux administrateurs se maintient sous des formes plus ou moins directes. Il contrebalance l'emprise des techniques du droit privé et permet les progrès de la reconnaissance de la spécificité des règles administratives. »<sup>1341</sup>.

**830.** En troisième lieu, nous avons déjà fait apparaître que le mouvement n'est pas limité au juge administratif. D'autres analyses ont démontré brillamment que le juge judiciaire reprend également des principes posés par les juridictions administratives<sup>1342</sup>. S'il y a bien eu des réactions dénonçant la dangereuse publicisation du droit privé<sup>1343</sup>, elles ont paru très vite peu fondées<sup>1344</sup>.

**831.** Pour conclure, il semble que deux théories sont parfaitement défendables. La première se fonde sur une privatisation risquée du droit administratif et nous avons indiqué qu'elle n'emporte pas notre conviction. La seconde, que nous préférons, vise à estimer qu'il est inutile d'adopter une vision manichéenne opposant frontalement le droit privé et le droit public. Nous estimons au contraire que le droit administratif a en fait tout à gagner de ce mouvement qui n'est pas une privatisation du droit administratif mais uniquement un dialogue nécessaire entre les deux ordres juridictionnels<sup>1345</sup>. George Vedel affirmait que

---

<sup>1340</sup> Jacques Caillosse, *L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?*, in François Lacasse et Jean-Claude Thoening (dir.), *L'action publique*, L'harmattan, 1996, p. 307

<sup>1341</sup> Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985, pp. 159-160

<sup>1342</sup> Agathe Van Lang, *Juge judiciaire et droit administratif*, Thèse, LGDJ, 1996 ; Prosper Weil, *A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence Giry*, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas, 1975 ; Roland Drago, *Le juge judiciaire, juge administratif*, RFDA 1990, p. 757 ; Laurent Richer, *Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire*, CJEG 1990, p. 367

<sup>1343</sup> René Savatier, *Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1950

<sup>1344</sup> Charles Eisenmann, *Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle)*, RDP 1952, p. 903 ; V. également, Jean Rivero, *Droit public et droit privé, conquête, ou statu quo ?*, D. 1947, chron. p. 18

<sup>1345</sup> Dans ce sens, V. Georges Vedel note sous Trib. Civ. Seine, 28 novembre 1952, Dr. Giry, JCP 1953, n° 7371 ; Jean Rivero, *Droit public et droit privé : Conquête, ou statu quo ?*, D. 1947, chron. p. 69



l'absence de jurisprudence commune entre les deux ordres viserait à « accepter l'idée monstrueuse que droit administratif et droit civil sont deux « ordres juridiques » non seulement différents mais absolument impénétrables l'un à l'autre, comme le seraient, non l'ordre juridique français et l'ordre juridique anglais ou soviétique entre lesquels la théorie du conflit des lois établit des ponts mais comme deux ordres juridiques trouvant respectivement place dans deux planètes s'ignorant totalement l'une l'autre. »<sup>1346</sup>.

**832.** L'affirmation de ce constat passe obligatoirement par un positionnement plus franc du juge sur l'application exorbitante du droit privé.

## **2. Une application à adapter.**

**833.** Nous avons déjà suffisamment insisté sur la nécessité pour le juge administratif de prendre en compte et de retenir dans certaines situations des limites d'application liées à l'intérêt général<sup>1347</sup>. Cette prise de position semble en effet essentielle pour justifier le dualisme juridictionnel et l'existence de la juridiction administrative. Dans certains cas, le juge n'applique plus des règles exorbitantes du droit privé mais des normes qui sont communément prises en compte par les deux ordres juridictionnels. Comment, dans cette situation, justifier la présence de deux juges pour appliquer des règles identiques ? La solution, nous l'avons dit, passe par une application exorbitante du droit privé. Il est alors impossible de parler de privatisation du droit administratif. Agathe Van Lang note que « dès lors qu'il se manifeste une quelconque transformation, ou adaptation des dispositions du droit privé, nous échappons à la logique de banalisation. Celle-ci doit alors être reléguée au profit des notions d'hybridation, ou de métissage. »<sup>1348</sup>. Le juge administratif doit garder à l'esprit sa raison d'être : la protection de l'intérêt général. Il ne doit donc pas hésiter à mettre en échec l'application d'une règle si elle met en péril la promotion de l'intérêt général<sup>1349</sup>. François Burdeau souligne, à propos de l'application du droit de la concurrence par le juge administratif, qu'« on sait bien, enfin, qu'en cherchant à équilibrer, avec l'aval

---

<sup>1346</sup> Georges Vedel note sous Trib. Civ. Seine, 28 novembre 1952, Dr. Giry, JCP 1953, n° 7371

<sup>1347</sup> V. 269 et s.

<sup>1348</sup> Agathe Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, p. 1015, spéc. p. 1042

<sup>1349</sup> Dans le même sens, V. Guylain Clamour, Intérêt général et concurrence, Op. cit., pp. 230 et s.

du droit communautaire, les contraintes plus fortes de la règle de concurrence par la prise en considération des obligations inhérentes au service public, le Conseil d'Etat demeure dans un rôle qui fut toujours le sien : concilier les intérêts publics les mieux établis avec le respect dû aux droits de chacun. »<sup>1350</sup>. Cette observation peut être étendue à l'ensemble des normes qui sont reprises par le juge administratif pour étendre la légalité administrative.

**834.** Certaines jurisprudences ont donné lieu à la mise en place d'une telle limite<sup>1351</sup> mais nous avons constaté qu'elles se développent prudemment. Il apparaît également que le juge aurait pu dans certaines situations évoquer une telle limite sans pour autant la consacrer<sup>1352</sup>. Il apparaît clairement qu'une prise en compte plus nette de l'intérêt général viendrait confirmer l'affirmation selon laquelle il n'y a pas de privatisation du droit administratif. En adaptant le droit appliqué par la juridiction judiciaire aux exigences d'intérêt général, le juge administratif justifie, d'une part, son existence et, d'autre part, son autonomie. Guylain Clamour affirme au sujet des règles de droit privé que « le juge administratif peut les utiliser différemment du juge judiciaire, puisqu'il doit s'assurer que tous les éléments du bloc de légalité ont été correctement appliqués et qu'il peut, à ce titre, en atténuer ou en modifier l'application d'une manière *inédite*, selon un mécanisme *propre*. »<sup>1353</sup>. Si cette interprétation propre du droit privé teintée des particularités de l'activité administrative n'est pas toujours présente, elle va tendre à se développer à l'avenir. Cette solution apparaît plus réaliste que la proposition visant à inclure dans les textes appliqués par le juge administratif la possibilité d'atténuer leur portée. Cette solution est par exemple proposée par madame le professeur Nicinski au sujet du droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986<sup>1354</sup>. En raisonnant par analogie avec le droit

---

<sup>1350</sup> François Burdeau, Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire, EDCE 2002, p. 391

<sup>1351</sup> CE 21 février 2003, Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières, p.47, DA avril 2003, p. 23 note GLC en matière d'application du droit du travail ; CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n°1712 note M.-C. Rouault ; DA 2004, comm. 161 note Michel Bazex et Sophie Blazy pour une application en matière de droit de la concurrence ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006 note Jacques Fialaire en matière de droit de la consommation

<sup>1352</sup> CE Sect. 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, p.189, Droit ouvrier, juillet 2003, p. 261 note Gérard Lyon-Caen ; AJDA 2003, p. 1150 chron. D.Casas et F. Donnat ; DA 2003, p. 22 note Michel Bazex et Sophie Blazy ; AJDA 2003, p. 1849 note Pierre Subra de Bieusses ; Jean-Denis Combrexelle, Droit du travail et droit de la concurrence : le conflit des droits, *in* Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 185

<sup>1353</sup> Guylain Clamour, Intérêt général et concurrence, Op. cit., p. 430

<sup>1354</sup> Sophie Nicinski, Les évolutions du droit administratif de la concurrence, AJDA 2004, p. 751, spéc. p. 757

communautaire de la concurrence, qui prévoit la possibilité d'atténuer ses effets pour permettre le bon déroulement des missions de service d'intérêt économique général<sup>1355</sup>, cet auteur propose d'inclure une limite similaire dans le texte de l'ordonnance codifié dans le Code de commerce. Cette proposition ne nous paraît pas pertinente car le juge n'a pas attendu le législateur pour mettre à jour de telles limites. L'intégration de ces dernières dans le texte aurait-elle pour conséquence de multiplier les jurisprudences réservant le respect de l'intérêt général ? On ne voit pas par quel mécanisme une telle affirmation pourrait-être développée. De plus, nous préférons penser ces limites de façon globale. Il paraît en effet plus satisfaisant de s'en remettre à l'appréciation du juge pour multiplier ces positions face au droit appliqué par la juridiction judiciaire. Vue la diversité des normes appliquées par le juge administratif, il est impossible pour le droit pénal, le droit du travail ou de la consommation de prévoir dans chacun des textes appliqués des limites d'intérêt général. Pourquoi alors prévoir un régime de faveur pour le droit de la concurrence ? Il semble au contraire plus utile de faire confiance au juge, qui n'a pas besoin du législateur pour assurer sa principale activité : la défense de l'intérêt général. De plus, les préconisations du législateur ne peuvent être que vagues alors que la jurisprudence est plus précise.

**835.** Ainsi le juge a déjà eu l'occasion de se prononcer sur ce qui est d'intérêt général et sur ce qui ne l'est pas. La diffusion des pièces et billets libellés en euros a été considérée comme une préoccupation d'intérêt général mettant en échec une disposition du Code du travail<sup>1356</sup>. On comprend que le juge recherche l'**efficacité** de l'action publique constituée par la mise à disposition de la monnaie au moment voulu. Dans le domaine du droit de la consommation, des clauses visant à assurer la continuité et la qualité du service public ne peuvent, selon le juge de l'excès de pouvoir, être considérées comme des clauses abusives au sens du Code de la consommation<sup>1357</sup>. Encore une fois c'est l'**efficacité** du service public qui est recherchée. Le juge a également considéré, sans pour autant retenir cette limite, que l'**ordre public** est une considération d'intérêt général qui peut mettre en échec

---

<sup>1355</sup> V. Art. 86-2 du Traité de Rome ; V. Caroline Adam, La prise en compte des missions de service public par les règles de concurrence, *Gaz. Pal.* 1997, p. 275

<sup>1356</sup> CE 21 février 2003, Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières, p.47, *DA* avril 2003, p. 23 note GLC

<sup>1357</sup> CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, *AJDA* 2006 p.1289 note Jacques Fialaire

le droit de la concurrence<sup>1358</sup>. Toujours en matière de droit de la concurrence, le Conseil d'Etat a estimé que les droits spéciaux offerts aux vedettes vendéennes permettaient à cette régie départementale de mener à bien sa mission de service public. Il affirme ainsi que «le président du conseil général a pu [...] apporter à la régie départementale l'appui nécessaire à l'exploitation du service public dont elle est chargée en faisant bénéficier la seule unité rapide de la régie de la possibilité d'un stationnement prolongé sur le ponton flottant au cours des périodes de marée basse pendant lesquelles cette unité ne peut, compte tenu de son tirant d'eau, passer dans le chenal d'accès et en interdisant, pendant ce stationnement prolongé, toute possibilité d'accostage d'une unité rapide appartenant à la compagnie V.I.I.V »<sup>1359</sup>. Il semble donc à première vue qu'ici ce sont des conditions de **sécurité publique** qui justifient la position du juge. Nicolas Charbit précise que « le plus fort tirant d'eau des vedettes de la régie, à l'origine des remous rendant dangereuse l'utilisation concomitante du ponton, semble découler de l'obligation de service par tous temps pesant sur la régie »<sup>1360</sup>.

**836.** L'efficacité des missions de service et l'ordre public apparaissent clairement comme les limites d'intérêt général que le juge entend privilégier. Il semble que le juge devrait intervenir dans deux autres domaines de façon plus significative.

**837.** Le premier domaine doit être rapproché de l'efficacité du service public car il s'agit de son **financement**<sup>1361</sup>. Le juge pourrait parfaitement accepter de mettre en échec une norme de droit privé pour permettre à certaines activités publiques de financer des missions de service public. Madame le professeur Nicinski estime d'ailleurs que les juges du Palais Royal ont déjà développé cette position dans l'affaire des vedettes

---

<sup>1358</sup> CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houlgate, p.138, DA juin 2006, p. 23 ctaire. Alain Ménéménis ; AJDA 2006, p. 751 note. Jean-David Dreyfus ; Lamy coll. Terr., mai 2006, n° 13 obs. E. Glaser ; V. également, Jean-Pierre Jouguelet, Remarques sur la passation des délégations de service public et les atteintes au droit de la concurrence, RJEP 2007, p. 288

<sup>1359</sup> CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n°1712 note M.-C. Rouault ; DA 2004, comm. 161 note Michel Bazex et Sophie Blazy

<sup>1360</sup> Nicolas Charbit note sous CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, préc.

<sup>1361</sup> Sur la question du financement des services publics, V. Gabriel Eckert, Les modes de financement du service public dans l'environnement concurrentiel, *in* Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché, Doc. Fr. 1998, T. II, p. 429 ; Dossier spécial, Le financement du service public face au droit communautaire, AJDA, 2004, p. 1011 ; Sébastien Bernard, La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif, Thèse, LGDJ, 2001 ; Robert Hertzog, Le prix du service public, AJDA 1997, p. 55

vendéennes<sup>1362</sup>. Elle précise que cette solution illustre une volonté d'assurer la rentabilité du service. Cette interprétation qui se justifie parfaitement est accompagnée de remarques intéressantes sur le sujet. Mme Nicinski note que la solution privilégiée par le Conseil d'Etat dans cette affaire illustre une particularité de la jurisprudence interne par rapport à la position communautaire. En effet, permettre le financement d'un service public par une restriction à la concurrence n'est pas la solution privilégiée actuellement par la CJCE qui préfère mettre en place des fonds de péréquation<sup>1363</sup>. Cette solution de financement ne paraît pas sans intérêt et nous pensons que la juridiction administrative pourrait multiplier ce type de positionnement afin d'assurer au mieux certaines missions de service public. La haute juridiction administrative s'est déjà prononcée dans ce sens en admettant que l'exercice d'une activité administrative ne s'oppose pas à la liberté du commerce et de l'industrie si elle « contribue à l'équilibre financier global du service »<sup>1364</sup>. Pourquoi le juge ne développerait-il pas ce type de raisonnement en matière de droit de la concurrence ? Mme Nicinski<sup>1365</sup> considère que c'est la position adoptée par les juges administratifs dans l'affaire des vedettes vendéennes mais il ne nous apparaît pas que le Conseil d'Etat se soit prononcé clairement et objectivement sur le sujet en l'espèce ou dans toute autre affaire. Nous l'avons dit, le juge paraît ici s'être appuyé davantage sur des questions de **sécurité publique**.

**838.** En règle générale, la liberté du commerce et de l'industrie donne de bons exemples de mise à l'écart d'une règle à valeur économique pour faire prévaloir une logique d'intérêt général. La **qualité** du service peut être évoquée<sup>1366</sup> mais aussi **l'hygiène et la salubrité publiques**<sup>1367</sup>. Les juges du Palais Royal pourraient à l'avenir s'inspirer de ces jurisprudences afin de poser des limites du même ordre aux droits de la concurrence et de la consommation ou au droit du travail.

---

<sup>1362</sup> V. Sophie Nicinski note sous CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, préc.

<sup>1363</sup> Si cette technique n'est pas actuellement privilégiée par les instances communautaires, elle a pourtant été appliquée dans des affaires restées célèbres : CJCE 19 mai 1993, Paul Corbeau, Rec. I, p. 2533, AJDA 1993, p. 865 note Hamon; CJCE 27 avril 1994, Commune d'Almelo, D. 1995, p. 17 note Dutheil de la Rochère

<sup>1364</sup> CE 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys, p.234, DA oct. 2003, n°208 note Martine Lombard ; Dans le même sens, V. CE Ass. 23 juin 1933, Lavabre, p.677, S. 1933.3.81 concl. Rivet et note Alibert

<sup>1365</sup> V. Sophie Nicinski note sous CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, préc.

<sup>1366</sup> CE 21 janvier 1944, Léoni, rec. p. 26 ; CE Sect. 23 juin 1972, Sté. La plage de la forêt, p. 477

<sup>1367</sup> CE Ass. 19 mai 1933, Blanc, rec. p. 540 ; CE 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys, préc.

**839.** L'autre domaine à privilégier nous semble être le domaine social. A ce sujet nous avons déjà répertorié une « occasion manquée » du juge de faire prévaloir une **avancée sociale** sur une norme de concurrence. Dans la jurisprudence *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*<sup>1368</sup>, la haute juridiction administrative a considéré que l'extension d'une convention collective par le ministre constituait une pratique anticoncurrentielle alors même que cette extension avait pour but de faciliter le maintien des emplois des salariés lors de la transformation du gestionnaire de cette activité. Nous avons déjà expliqué à quel point il paraît regrettable que le juge n'ait pas fait prévaloir une mesure d'ordre social – la préservation de l'emploi – sur une norme de droit de la concurrence<sup>1369</sup>. Il serait heureux qu'à l'avenir le juge puisse davantage prendre en compte ce type de mesure sociale et n'hésite pas à les faire prévaloir sur les nouvelles normes de légalité administrative.

**840.** L'efficacité des missions de service public et de son financement, l'ordre public et les avancées sociales semblent constituer les principales mesures qui peuvent à l'avenir mettre en échec les normes qui viennent compléter la légalité administrative et qui ne sont pas exclusivement appliquées par le juge administratif. Cette position démontrera parfaitement qu'il est impossible de parler de privatisation du bloc de légalité administrative et qu'au contraire l'enrichissement de la légalité administrative doit être regardé comme une consolidation du droit administratif.

## **B. Une consolidation du droit administratif.**

**841.** L'extension du bloc de légalité administrative ne traduit pas une privatisation péjorative du droit administratif. Il apparaît au contraire qu'elle constitue une « **consolidation** »<sup>1370</sup> de ce droit ; certains avancent même le terme de « **régénération** »<sup>1371</sup>

---

<sup>1368</sup> CE Sect. 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, préc.

<sup>1369</sup> V. 813-814

<sup>1370</sup> Le terme est de Jacques Chevallier in *L'évolution du droit administratif*, RDP 1998, p. 1794

<sup>1371</sup> Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence*, Thèse, Dalloz, 2006, n° 748 ; Charlotte Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, 2004, n°276

ou de « **reconquête** »<sup>1372</sup>. Il semble en effet que l'extension contemporaine de la légalité s'inscrit dans un mouvement positif d'évolution du droit administratif. D'une part, le droit administratif démontre qu'il sait évoluer avec la société et qu'il n'est pas refermé sur lui-même (1). D'autre part, cette évolution semble pleinement légitimer l'action administrative en prouvant que son action s'inscrit dans un cadre légal contemporain et actualisé (2).

### 1. Une évolution sociétale.

**842.** Au vu de l'enrichissement contemporain de la légalité administrative, il est impossible de dire que le droit administratif est une matière sclérosée, c'est-à-dire une matière « figée, qui n'évolue plus. »<sup>1373</sup>. Il est d'ailleurs symptomatique de constater que l'édition 2002 du petit Robert dont est issue cette définition illustre cette dernière par l'expression « administration sclérosée »<sup>1374</sup>. L'évolution de la légalité administrative est la meilleure solution apportée à ce type d'affirmation. L'extension de la légalité vise à régénérer le droit opposable à l'administration est donc à moderniser cette dernière. Il semble plutôt positif de constater que le droit administratif évolue avec la société en s'adaptant pour présenter une facette moderne et actualisée. Jean Rivero résumait déjà parfaitement la situation dès 1947 : « Droit public, droit privé, la distinction, dans sa forme classique, était le reflet d'un certain ordre du monde ; or le monde change. L'ébranlement des cadres juridiques traditionnels est beaucoup plus qu'un épisode des relations entre droit public et droit privé : il y a moins envahissement de l'un par l'autre que bouleversement de l'un et de l'autre. Le publiciste et le privatiste disputent sur ce mur qui sépare leurs champs, et qui, prodige ! se met à bouger ; mais qu'en mesurant l'ampleur de son mouvement, en recensant les lézardes, ils n'oublient pas qu'en général, lorsque les murs bougent, c'est que, dans ses profondeurs, la terre tremble. »<sup>1375</sup>.

---

<sup>1372</sup> Yves Gaudemet, note sous CE Sect. 3 novembre 1997, Millions et Marais, RDP, 1998, p. 256

<sup>1373</sup> Le petit Robert, sous la direction de Josette Rey Debove et Alain Rey, Dictionnaire le Robert, 2002

<sup>1374</sup> Ibid.

<sup>1375</sup> Jean Rivero, Droit public et droit privé : Conquête, ou statu quo ?, D. 1947, chron. p. 69

**843.** L'intégration du droit pénal fait participer, comme nous l'avons vu<sup>1376</sup>, le juge administratif à la pénalisation de l'action administrative. Le droit de la concurrence peut être analysé dans les mêmes termes dans la mesure où, nous l'avons constaté<sup>1377</sup>, le juge administratif est intervenu offensivement<sup>1378</sup> pour imposer sa compétence lorsque le droit de la concurrence interne est opposé à une activité qui découle de prérogatives de puissance publique. Dorénavant, c'est la quasi-intégralité des décisions administratives ayant des conséquences économiques qui se voit opposer le droit de la concurrence. Ce droit administratif de la concurrence, c'est à dire le droit de la concurrence appliqué par le juge administratif, fait évoluer le droit organisant la décision publique dans la mesure où, pour s'inscrire dans le cadre de l'intérêt général, cette décision devra être confrontée au droit de la concurrence qui est clairement devenu une matière qui conduit à la satisfaction de cet intérêt. Jacques Caillosse note que la prise en compte du droit de la concurrence par le juge administratif constitue « une reconnaissance de l'économie de marché comme voie d'accès privilégiée à l'intérêt général, au même titre que le service public »<sup>1379</sup>.

**844.** Les droits de la consommation et du travail visent, comme nous l'avons démontré<sup>1380</sup>, à améliorer la situation des usagers et des agents des services publics, permettant au droit administratif d'offrir une meilleure protection aux personnes qui entretiennent des rapports directs avec ces services. Il paraît difficile d'affirmer dorénavant que le droit administratif « pérennise un espace où s'enkystent les procédures décisionnelles et où les relations administration-administrés se figent. »<sup>1381</sup>.

**845.** Ces différentes évolutions, et notamment celles constituées par les droits de la consommation et de la concurrence, démontrent également la capacité qu'ont eu le droit administratif et le droit public économique à évoluer vers un corps de règles commun transcendant la distinction classique droit public droit privé comme le réclamait Didier

---

<sup>1376</sup> V. 388 et s.

<sup>1377</sup> V. 361 et s.

<sup>1378</sup> Dans le même sens, V. Charlotte Denizeau, L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne, Op. cit., pp. 205-208

<sup>1379</sup> Jacques Caillosse, Le droit administratif saisi par la concurrence ?, AJDA 2000, p. 99

<sup>1380</sup> V. 439-589

<sup>1381</sup> Jacques Caillosse, L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?, in François Lacasse et Jean-Claude Thoening (dir.), L'action publique, L'harmattan, 1996, p. 307



Truchet au début de années quatre-vingts<sup>1382</sup>. François Burdeau s'interrogeait il y a peu : « Le brouillage des frontières séparant traditionnellement droit privé et droit public n'est-il pas particulièrement achevé dans la sphère de la production, des échanges et des services, depuis les nouvelles directions données au régime des interventions publiques, au point d'autoriser l'identification d'un « droit économique » commun à tous les opérateurs, quelle que soit leur nature ? »<sup>1383</sup>. Jean-Bernard Auby observait la même année une « crise » du modèle du droit administratif qu'il se proposait de résoudre par une intégration profonde de l'analyse économique<sup>1384</sup>. Nous avons démontré que les évolutions entourant le droit de la concurrence ont en effet fortement développé la prise en compte de ce type d'analyse.

**846.** L'ensemble de ces constats s'inscrit invariablement dans une même logique qui tend à affirmer que le droit administratif est en perpétuelle évolution et qu'il a su s'adapter aux transformations de la société afin de ne pas apparaître obsolète et inapte à organiser le monde qui nous entoure. Au contraire, il semble que le droit administratif réussit avec succès à s'adapter par rapport aux différentes critiques<sup>1385</sup> qui lui sont régulièrement opposées. Ce n'est pas pour autant que ces mutations sont absolument parfaites et répondent à toutes les attentes. Jacques Chevallier précise que « tout se passe comme si le souci de défense des privilèges administratifs passait au second plan derrière l'exigence de protection des droits des administrés. »<sup>1386</sup>. John Bell note dans le même sens en conclusion d'un article rédigé en 1995 sur la nécessité du droit administratif que l'on peut « affirmer la nécessité d'un droit administratif mais à condition qu'il s'adapte aux exigences de l'administration et de la société de son temps. »<sup>1387</sup>. Nous avons démontré que ce droit s'adapte constamment aux évolutions « de la société de son temps » mais il apparaît que le juge administratif, lorsqu'il reprend des normes classiquement appliquées par les juridictions judiciaires, ne prend que peu en compte les « exigences de l'administration » que vise monsieur Bell. Nous avons cependant montré<sup>1388</sup> que le juge

---

<sup>1382</sup> Didier Truchet, *Réflexions sur le droit économique public en droit français*, RDP 1980, p. 1009

<sup>1383</sup> François Burdeau, *Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire*, préc.

<sup>1384</sup> Jean-Bernard Auby, *La bataille de San Romano*, préc., spéc. p. 921

<sup>1385</sup> V. principalement, Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985 ; Didier Truchet, *Réflexions sur le droit économique public en droit français*, préc.

<sup>1386</sup> Jacques Chevallier, *L'évolution du droit administratif*, RDP 1998, p. 1794, spéc. p. 1806

<sup>1387</sup> John Bell, *De la nécessité d'un droit administratif*, AJDA 1995, n° spécial, p. 99

sera certainement amené à prendre en compte ces exigences ce qui, aux dires de monsieur Bell, démontrera pleinement la « nécessité du droit administratif »<sup>1389</sup>.

**847.** Au-delà de l'étude de cette évolution sociétale du droit administratif, il convient de s'interroger sur les conséquences de cette dernière. Il apparaît que ces mutations tendent à une légitimation de l'action administrative.

## **2. Une évolution légitimant l'action administrative.**

**848.** L'enrichissement de la légalité administrative par des matières classiquement appliquées par les juridictions judiciaires semble constituer une consolidation du droit administratif dans la mesure où ces évolutions légitiment l'action administrative. Il semble en effet que la légalité administrative a une portée idéologique en ce qu'elle fonde l'action administrative.

**849.** Prosper Weil et Dominique Pouyaud précisent que « L'existence même d'un droit administratif relève du miracle. [...] que l'Etat lui même accepte de se considérer comme « lié » par le droit cela mérite l'étonnement. »<sup>1390</sup>. Pourtant, cette soumission n'est pas si surprenante. L'action publique doit être encadrée dans un système légal pour agir de façon légitime. Sans ce cadre légal, l'histoire montre que les administrés remettent en cause l'action étatique. Il est donc logique que le cadre dans lequel évolue l'action administrative s'adapte aux évolutions sociétales. L'ouverture du bloc de légalité administrative en est l'illustration. Cette extension de la légalité permet aux administrés de croire au bien fondé de l'action administrative car celle-ci est encadrée par le juge et par un principe de légalité en constante évolution.

**850.** Pourrait-on imaginer que le juge administratif refuse systématiquement de soumettre les actes administratifs aux droits de la consommation et de la concurrence et aux droits pénal et du travail ? Cette position aurait pour conséquence de renforcer la thèse

---

<sup>1388</sup> Ibid.

<sup>1389</sup> John Bell, De la nécessité d'un droit administratif, préc.

<sup>1390</sup> Prosper Weil et Dominique Pouyaud, Le droit administratif, Que sais-je ?, PUF, 21<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 3

de ceux qui critiquent l'opposition d'un « droit de privilège »<sup>1391</sup> à l'action administrative. D'une part, la juridiction administrative serait alors considérée comme un juge obsolète, incapable de s'inscrire dans la modernité et n'ayant pour fonction que la protection maximale de l'action publique. D'autre part, cette dernière perdrait toute légitimité car elle serait considérée comme étant au-dessus des lois. L'ensemble de ces conséquences conduirait indubitablement à une remise en cause du système politique. Jacques Caillosse note qu'« à force de soumettre au droit administratif, pour les faire échapper à la logique du marché, des activités qui devraient « naturellement » y ressortir, l'Etat finit par provoquer les conditions de sa propre remise en cause. »<sup>1392</sup>. Si cette analyse vaut pour le droit du marché, c'est-à-dire les droits de la consommation et de la concurrence, elle peut également être menée à propos des droits pénal et du travail : comment imaginer qu'un acte administratif prévoie objectivement la mise en place d'une situation contraire au droit pénal sans que le juge administratif n'y trouve à redire<sup>1393</sup> ? Comment penser qu'un agent de droit public ne bénéficie pas de certaines protections de base prévues par le Code du travail comme l'interdiction de licencier une femme enceinte<sup>1394</sup> ou l'obtention d'un salaire au moins égal au SMIC<sup>1395</sup> ?

**851.** Il apparaît clairement que le droit administratif en général et la légalité administrative en particulier revêtent des fonctions essentielles. Danièle Loschak les expose avec clarté : « Toute critique sur la signification du principe de légalité doit prendre simultanément en compte ses deux dimensions : il signifie que l'action administrative est enserrée dans certaines limites, soumise à des normes qui déterminent à la fois des objectifs à atteindre et les moyens de les atteindre ; mais il a aussi une portée idéologique en ce qu'il fonde la légitimité de cette action : le principe de légalité, qui exprime la

---

<sup>1391</sup> V. Jacques Chevallier, *Le droit administratif, droit de privilège ?*, Pouvoirs n° 46, 1988, p. 57 ; Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 1985

<sup>1392</sup> Jacques Caillosse, *L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?*, in François Lacasse et Jean-Claude Thoening (dir.), *L'action publique*, L'harmattan, 1996, p. 307 et spéc. p. 315

<sup>1393</sup> V. par exemple, CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoyne de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; *Revue Administration* n°175, 1997, p. 104 note Mauriet

<sup>1394</sup> CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours

<sup>1395</sup> CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, rec. p. 152 et les concl. D. Labetoulle p 152 ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre

soumission de l'administration à la loi, manifeste sa subordination au pouvoir politique et atteste qu'elle n'agit pas selon son bon plaisir, mais dans le respect des principes fondamentaux de l'ordre social existant convertis en règles juridiques par le législateur. »<sup>1396</sup>. Faire évoluer la légalité administrative, c'est donc placer l'action administrative dans « l'ordre social existant »<sup>1397</sup>, ce qui semble avant tout être bénéfique et essentiel à la viabilité de cette action : « la légalité apparaît ici aussi comme la condition et la caution de la légitimité »<sup>1398</sup>. Max Weber affirmait que « tout véritable rapport de domination comporte un minimum de volonté d'obéir »<sup>1399</sup> ; la légalité participe à cette « volonté d'obéir » et son évolution est essentielle pour la pérennité de cette résolution.

**852.** En rendant l'action administrative légitime, le droit administratif organise sa propre survie. En effet, l'absence d'évolution de la légalité entraînerait une fin inéluctable de ce droit et probablement celle de la juridiction administrative. En faisant évoluer à son rythme la légalité administrative, le juge administratif évite les changements trop brutaux et radicaux de la conception même de droit administratif. En l'absence de ces transformations, le droit administratif serait stigmatisé comme ne répondant pas aux évolutions de la société comme la pénalisation de l'action publique, le développement du droit du marché et l'amélioration de la relation administration-administrés. Ce constat conduirait inmanquablement à la propagation d'une critique massive de ce droit, ce qui provoquerait une remise en cause conséquente de la conception même de droit administratif. On peut imaginer des transferts de compétence importants vers la juridiction judiciaire dans toutes les matières ou le juge paraît dépassé<sup>1400</sup>. Le législateur serait également contraint d'intervenir dans un sens qui ne sera pas forcément favorable au droit administratif et à son ordre juridictionnel, qui seraient tous deux affaiblis du fait de cette situation.

---

<sup>1396</sup> Danièle Loschak, Le principe de légalité. Mythes et mystification, AJDA 1981, p. 387

<sup>1397</sup> Ibid.

<sup>1398</sup> Ibid., p. 388

<sup>1399</sup> Max Weber, Economie et société, Pocket, 1922, rééd. 2003

<sup>1400</sup> Sur la question, V. Didier Truchet, Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?, Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 335

**853.** L'enrichissement de la légalité administrative présente un triple avantage. L'action administrative voit son cadre juridique régénéré, ce qui rend son action légitime ; le droit administratif démontre qu'il est un droit moderne qui évolue avec la société et enfin la juridiction administrative assure sa pérennité en participant activement à ces différents mouvements. Au-delà du caractère bénéfique de cette extension, il semble important d'insister sur le caractère historique de cette évolution.

## **II- Une évolution historique.**

**854.** L'extension de la légalité administrative vers des matières qui sont traditionnellement appliquées par les juridictions judiciaires n'est pas, nous l'avons vu<sup>1401</sup>, un processus nouveau. Il est pourtant indéniable que les références à des matières considérées comme étant de droit privé se multiplient dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, et constituent un phénomène global. Cette évolution de la légalité paraît, en effet, s'inscrire dans le cadre d'une dynamique qui tend à faire évoluer considérablement le droit administratif. Pour autant, il ne semble pas que cette ouverture du droit administratif puisse être appréhendée de manière isolée sans être rattachée aux transformations générales de cette matière. L'enrichissement de la légalité administrative aboutit principalement à encadrer davantage les activités de l'administration tout en protégeant plus largement les administrés. N'est-ce pas la tendance globale du droit administratif ces dernières années ? C'est à ce titre que l'extension de la légalité paraît être doublement historique : d'une part, elle s'inscrit dans un processus historique de mutation du droit administratif comme nous venons de l'exposer et, d'autre part, elle représente une variation historique, c'est-à-dire notable, de ce droit. On peut parler d'une nouvelle étape dans l'évolution du droit administratif (A) avant de préconiser un prolongement, par ailleurs inéluctable, de ce mouvement (B).

---

<sup>1401</sup> V. 829 et s.

## **A. Une nouvelle étape dans l'évolution du droit administratif.**

**855.** L'élargissement de la légalité administrative marque une évolution notable du droit administratif, que l'on peut qualifier d'historique. Ce mouvement d'ouverture vers le droit privé marque une double volonté du juge : d'une part, encadrer davantage l'action administrative et, d'autre part, améliorer la situation des administrés. Cette dynamique amène l'administration à inscrire son action dans un cadre de performance publique (1). On ne peut pas affirmer pour autant que le juge doit obligatoirement s'ouvrir au droit privé pour rendre l'administration performante. L'enrichissement de la légalité administrative s'ajoute en effet à d'autres solutions prétoriennes ou textuelles qui améliorent également le fonctionnement de l'administration (2).

### **1. Une ouverture vers la performance publique.**

**856.** L'extension de la légalité administrative vers des normes appliquées à l'origine par le juge judiciaire concourt à la recherche de la performance publique. Jacques Caillosse résume le point de vue des critiques du droit administratif de la fin des années 80 de la façon suivante : « Rendre l'administration plus performante et moins coûteuse suppose donc de s'attaquer aux réseaux de protection que le droit administratif a bâtis pour elle à partir de sa trilogie de base : puissance publique, service public, intérêt général. Il ne s'agit pas pour autant de soustraire les politiques publiques au contrôle du droit mais, au contraire, de les y ramener, en les soumettant à des règles dont l'exécution serait sanctionnée par le juge judiciaire. »<sup>1402</sup>. La juridiction administrative a pris le contre-pied de cette analyse en opposant elle-même à l'action administrative des règles qui encadrent davantage son action. Comme nous l'avons vu<sup>1403</sup>, l'application de ces normes ne semble pas s'opposer à la trilogie « puissance publique, service public, intérêt général » comme l'explique Jacques Caillosse<sup>1404</sup>. Néanmoins, l'objectif visé par cet auteur, à savoir « rendre l'administration plus performante », paraît pleinement représenter le but de l'enrichissement de la légalité administrative.

---

<sup>1402</sup> Jacques Caillosse, La réforme administrative et la question du droit, AJDA 1989, p. 3, spéc. p. 5

<sup>1403</sup> V. 735-823

<sup>1404</sup> Jacques Caillosse, La réforme administrative et la question du droit, préc.

**857.** La **performance économique** est clairement ce à quoi conduit la prise en compte du droit de la concurrence. En mettant fin aux monopoles publics et en accompagnant ce processus par des règles encadrant l'action économique de l'administration, on cherche à rendre l'action publique plus efficace. Cette dernière doit évoluer dans un climat concurrentiel et donc adapter son offre et ses services afin de les rendre attractifs. Si ce résultat n'est pas toujours atteint, c'est pourtant celui qui est escompté par l'idéologie de la concurrence.

**858.** La reprise du droit de la consommation conduit, pour sa part, à une **performance qualitative**. En se voyant opposer ce droit, l'action administrative, et notamment les services publics, se voient imposer un respect de l'utilisateur-consommateur. En interdisant la présence de clauses abusives<sup>1405</sup>, la vente sans commande préalable<sup>1406</sup> et la vente liée<sup>1407</sup>, le Conseil d'Etat défend l'utilisateur du service public en imposant au gestionnaire de ce service de le respecter d'avantage en ne lui imposant pas des règles qui conduiraient à créer un trop grand déséquilibre entre ces deux acteurs.

**859.** L'application du droit pénal par le juge de l'excès de pouvoir aboutit à une **performance morale**. Lorsque le juge administratif reprend des règles de droit pénal, il cherche à annuler un acte administratif qui conduirait à placer une personne dans une situation qui serait obligatoirement sanctionnée par les juridictions répressives<sup>1408</sup>. Le juge cherche alors indéniablement à aboutir à une certaine moralité. Comment ne pas sanctionner un acte qui conduit nécessairement à un comportement pénalement répréhensible ? En agissant préventivement, c'est-à-dire avant le juge répressif, la

---

<sup>1405</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G.Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurispr. p. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289, n. Jacques Fialaire

<sup>1406</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, p.400, RFDA 2003, p. 1259, DA 2004 note M. Bazex et S. Blazy, N°18, p. 36, AJDA 2004, p. 666 note Laget-Annamayer

<sup>1407</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G. Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier.

<sup>1408</sup> CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.466, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoine de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet ; TA Nice 8 décembre 2006, Mme Jehanne Arnaud c/ Cne. de Sainte Maxime, Lamy Coll. Terr..., janvier 2007, p. 14 note Frédéric Dieu

juridiction administrative impose aux différentes autorités administratives de ne pas édicter un acte qui conduirait à une infraction pénale et donc d'agir dans une certaine moralité, tout du moins celle qui découle du Code pénal.

**860.** L'application de certaines normes issues du Code du travail conduit à une **performance sociale**. Nous avons vu que les règles qui encadrent les différentes catégories d'agents publics sont diverses et variées. En édictant certains principes généraux qui s'inspirent du Code du travail ou en reprenant directement le code, le juge vise une meilleure protection des agents en comblant certaines lacunes. L'interdiction de licenciement d'un agent public contractuel<sup>1409</sup> et l'obligation de payer ces mêmes agents à un salaire au moins égal au SMIC<sup>1410</sup> s'inscrit clairement dans cette logique. En reprenant ces règles, le juge impose à l'administration de placer ses agents, quels qu'ils soient, dans une situation équilibrée où l'employeur ne peut pas abuser de sa situation si l'agent n'est que faiblement protégé par les textes. En contribuant à l'amélioration de la situation des agents publics, le juge participe à la recherche d'une performance sociale.

**861.** Le Conseiller d'Etat Hubert Blanc note en conclusion d'un numéro spécial de *l'Actualité juridique du droit administratif* consacré à l'impuissance publique qu'« il y a, incontestablement, dans le public, dans la demande sociale, l'expression très forte d'une double demande : Une demande de plus de justice, qui s'adresse tant au juge qu'à l'administration ; une demande de plus d'efficacité, qui s'adresse d'abord à l'administration. »<sup>1411</sup>. L'enrichissement de la légalité analysée en tant qu'ouverture vers la performance publique forme une réponse aux demandes de cet auteur. « La demande de justice, qui s'adresse tant au juge qu'à l'administration »<sup>1412</sup> trouve sa réplique dans le dynamisme du juge qui n'hésite pas à s'appuyer sur des règles qui sont traditionnellement appliquées par le juge judiciaire pour encadrer efficacement les décisions de l'administration. Il est également fait écho à la « demande de plus d'efficacité, qui

---

<sup>1409</sup> CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours

<sup>1410</sup> CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, rec. p. 152 et les concl. D. Labetoulle p 152 ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre

<sup>1411</sup> Hubert Blanc, *in* Puissance publique ou impuissance publique ? Une réévaluation des pouvoirs et procédures régaliens, AJDA n° spé. 20 juillet-20 août 1999, p. 89

<sup>1412</sup> Ibid.



s'adresse d'abord à l'administration »<sup>1413</sup> par l'extension du bloc de légalité. Etre performant, c'est être efficace. Selon le Petit Robert, c'est arriver à « un résultat optimal »<sup>1414</sup>. En reprenant les droits de la concurrence, de la consommation, du travail et le droit pénal, le juge impose à l'administration une certaine efficacité, qu'elle soit économique, qualitative, morale ou sociale.

**862.** L'enrichissement de la légalité administrative, en incitant à la performance, semble répondre à une certaine attente de la population. L'observateur attentif pourrait en conclure que le droit administratif, pris en tant que droit exorbitant du droit privé, s'inscrit contre la performance publique. Le juge administratif devrait donc s'éloigner du droit administratif pour améliorer le fonctionnement de l'administration<sup>1415</sup>. Cette vision manichéenne qui considère que le droit administratif, dans sa partie exorbitante, conduit à alourdir le fonctionnement de l'administration, et qu'au contraire le droit privé tend à le dynamiser, est clairement erronée. En effet, si le droit privé peut conduire l'action publique à une meilleure performance, il n'en a pas l'exclusivité. Le recours à ces règles s'inscrit davantage dans la continuité d'une ouverture.

## **2. La continuité d'une ouverture.**

**863.** L'ouverture de l'administration vers ce que nous avons nommé la performance publique n'est pas uniquement due à l'intégration de normes originellement appliquées par le juge judiciaire.

**864.** Pour commencer, l'amélioration des performances de l'administration et la recherche d'une efficacité renouvelée ne sont pas uniquement imposées par des textes. L'administration prend elle-même des engagements afin de fournir un service de qualité. La multiplication des chartes qualité, les procédures de normalisation et d'évaluation

---

<sup>1413</sup> Ibid.

<sup>1414</sup> Le petit Robert, sous la direction de Josette Rey Debove et Alain Rey, Dictionnaire le Robert, 2002

<sup>1415</sup> Sur cette question, V. Jacques Caillosse, Le droit administratif contre la performance publique ?, AJDA 1999, p. 195 ; du même auteur, L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?, in François Lacasse et Jean-Claude Thoening (dir.), L'action publique, L'harmattan, 1996, p. 307

qualitative des services, l'amélioration spontanée des offres et des services offerts aux usagers en sont l'illustration<sup>1416</sup>. Jacques Caillosse résume bien la situation en évoquant l'avènement de « **l'Etat séducteur** ». Il précise que « plus que jamais soucieux de se faire aimer, il lui faut se prêter aux jeux de la séduction. Il s'y emploie, s'exerce aux changements d'image, à la ruse, au maquillage, à d'autres manières de communiquer, apprivoisant le langage des commerçants jusque dans sa dimension publicitaire. »<sup>1417</sup>. Au-delà de ce constat, on peut affirmer que, si l'extension du bloc de légalité administrative conduit à la performance, elle n'en a pas le monopole. Certains auteurs s'interrogent sur l'efficacité du droit administratif<sup>1418</sup>. Jacques Caillosse résume les critiques : « Tout se passe comme si, pour enfin se moderniser, l'administration devait être affranchie des règles du droit administratif où elle est tenue prisonnière ; comme si la crise bureaucratique allait trouver son antidote dans l'extension aux rapports administratifs du droit privé »<sup>1419</sup>. Le même auteur prolonge son raisonnement : « Quant au droit administratif, il n'en revient pas d'être dépassé : il assiste, impuissant, à la montée des valeurs modernes – efficacité, rentabilité, compétitivité, etc. – qui se substituent aux siennes propres. »<sup>1420</sup>. Les données du problème sont alors clairement posées. Le droit administratif serait un facteur de lourdeur et ankyloserait l'administration qui ne pourrait trouver son salut que dans l'application d'un droit privé. Ce constat ne semble pas refléter une réalité. S'il est parfaitement exact que le recours au droit privé par le juge administratif améliore et dynamise l'action administrative en assurant de plus une meilleure protection des administrés, il est en revanche inexact d'affirmer que seule cette dynamique conduit à une modernisation. Il apparaît en effet que l'ouverture de la légalité administrative s'inscrit

---

<sup>1416</sup> V. notamment, Bénédicte Delaunay, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, Thèse, LGDJ, 1993 ; Lucie Cluzel-Métayer, Le service public et l'exigence de qualité, Thèse, Dalloz, 2006 ; Michèle Voisset, La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics, RFDA 1999, p. 743 ; Qualité, adaptabilité, mutabilité, Service public et communauté européenne entre l'intérêt général et le marché, Tome II, La documentation française, 1998, p. 397 ; Jacques Chevallier, Science administrative, 2002, PUF 3<sup>ème</sup> éd., p. 448

<sup>1417</sup> Jacques Caillosse, Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique, AJDA 1996, p. 955 et spéc. p. 962

<sup>1418</sup> V. Jacques Caillosse, Le droit administratif contre la performance publique ?, préc. ; du même auteur, L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?, préc. ; La réforme administrative et la question du droit, AJDA 1989, p. 3 ; Laurent Cohen-Tanugi, Le droit sans l'Etat, PUF, 1985 ; Michel Crozier, Etat modeste, Etat moderne, Points Seuil, 2<sup>ème</sup> éd., 1991 ; Pour un résumé de cette pensée, V. le numéro spécial de la revue Pouvoir de 1988, n°46

<sup>1419</sup> Jacques Caillosse, La réforme administrative et la question du droit, préc.

<sup>1420</sup> Jacques Caillosse, L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?, préc.

dans un processus global et constant de régénération du droit administratif. L'extension de la légalité n'est que l'une des facettes d'une évolution plus large<sup>1421</sup>.

**865.** Précisons pour commencer que lorsque les auteurs critiquent le droit administratif, ils visent sa partie exorbitante et non la définition que nous avons retenue dans notre première partie<sup>1422</sup>, c'est-à-dire l'intégralité du droit opposable à l'administration. Comme le précise Jean Boulouis, dans l'esprit de ces auteurs, « supprimer le droit administratif se ramène à supprimer le juge administratif »<sup>1423</sup> car c'est bien ce juge qui applique le droit exorbitant, différent du droit privé, visé par les critiques. Peut-on alors affirmer que le juge administratif n'applique que des règles qui sont source de lourdeur pour l'administration et qui n'avantagent pas les administrés ? Il est impossible d'affirmer une telle chose. Le droit strictement administratif, qui est exclusivement « pensé » pour gouverner l'action administrative, améliore considérablement la place de l'administré. Comme le précise le professeur Chapus, « du côté de la jurisprudence, depuis longtemps animée par la préoccupation d'améliorer la situation des administrés, le changement se situe dans la continuité. »<sup>1424</sup>. L'élargissement de l'intérêt pour agir<sup>1425</sup>, la multiplication des actes susceptibles de recours comme les mesures d'ordre intérieur<sup>1426</sup> et le développement du contentieux entourant le contrat administratif<sup>1427</sup>, la jurisprudence Nicolo<sup>1428</sup>, le développement du contrôle du juge de l'excès de pouvoir<sup>1429</sup> ou la possibilité de moduler

---

<sup>1421</sup> Pour une présentation didactique, V. Grégoire Bigot, Introduction historique au droit administratif depuis 1789, PUF, 2002, p. 316 et s.

<sup>1422</sup> V. 91 et s.

<sup>1423</sup> Jean Boulouis, Supprimer le droit administratif ?, Pouvoirs n°46, 1988, p. 5

<sup>1424</sup> René Chapus, L'administration et son juge. Ce qui change, EDCE, 1992, n°43, p. 259, spéc., pp. 17-21

<sup>1425</sup> V. par exemple, CE 21 décembre 1906, Synd. Des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli, P. 962 concl. Romieu ; CE 20 mars 1991, Radio Saleve, AJDA 1991, p. 396 en matière d'attribution de fréquence et d'intérêt commercial

<sup>1426</sup> CE Ass. 17 février, 1995, Hardouin et Marie, Rec. p. 82 et 85 concl. Frydman

<sup>1427</sup> CE Ass. 10 juillet 1996, Cayzeele, Rec. p. 274, au sujet des clauses réglementaires ; CE Sect. 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, Rec. p. 375 ; CE Sect. 7 octobre 1994, Epoux Lopez, Rec. p. 430, concl. Schwartz ; CE Ass. 2 février 1987, Sté. TV 6, Rec. p. 28 au sujet de la détachabilité ; V également, CE Ass. 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, JCP 2007, II, 10160 note B. Seiller, JCP A 2007, 2221 note M.-Ch. Rouault ; DA 2007, repère 7 J.-B. Auby

<sup>1428</sup> CE Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. p. 190 concl. Frydman

<sup>1429</sup> CE Ass. 28 mai 1971, Ville nouvelle est, Rec. p. 409, concl. Braibant ; Pierre Delvolvé, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ, 1988, p. 269 ; Agathe Van Lang, De l'usage du bilan dans l'après-jugement, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 1053

les effets dans le temps d'une annulation juridictionnelle<sup>1430</sup> sont autant d'exemples qui démontrent que le juge administratif a su faire évoluer sa jurisprudence vers un contrôle efficace des décisions administratives afin de permettre aux administrés de bénéficier de nouveaux droits et d'encadrer l'administration pour la rendre performante dans sa prise de décision. Antoine Claeys le démontre clairement dans sa thèse de doctorat sur l'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir<sup>1431</sup>. Ces évolutions semblent être accompagnées par une ouverture du bloc de légalité vers des normes classiquement appliquées par la juridiction judiciaire, ce qui contribue à améliorer l'efficacité du droit appliqué par le juge administratif.

**866.** Le législateur et le pouvoir réglementaire ont contribué à l'amélioration des relations entre l'administration et les administrés<sup>1432</sup>, qui ne peuvent être considérées que comme exorbitantes du droit commun car différentes du droit privé. Les lois organisant la consultation facilitée des documents administratifs<sup>1433</sup> et la création de la Commission d'accès aux documents administratifs<sup>1434</sup>, le droit d'accès au dossier médical<sup>1435</sup>, la création d'un Médiateur de la République<sup>1436</sup>, la multiplication des autorités administratives indépendantes<sup>1437</sup>, le développement des procédures d'information des administrés<sup>1438</sup>, la possibilité reconnue au juge de prononcer des astreintes<sup>1439</sup>, la modernisation des procédures d'urgence<sup>1440</sup>, le développement des contrats de partenariat

---

<sup>1430</sup> CE Ass. 11 mai 2004, Association AC ! et autres, p.197 concl. Devys, AJDA 2004, p. 1183

<sup>1431</sup> Antoine Claeys, L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir. Thèse, Poitiers, 2005

<sup>1432</sup> Sur ce point, V. Bénédicte Delaunay, L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, Thèse, LGDJ, 1993

<sup>1433</sup> Loi du 3 janvier 1973, modifiée par celles du 24 décembre 1976, du 13 janvier 1989 et du 6 février 1992 ; loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JO du 13 avril 2000

<sup>1434</sup> Loi du 17 juillet 1978

<sup>1435</sup> Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002

<sup>1436</sup> Loi du 6 janvier 1978

<sup>1437</sup> V. Bénédicte Delaunay, Op. Cit., p. 171 et s.

<sup>1438</sup> Ibid., p. 458 et s.

<sup>1439</sup> Loi du 16 juillet 1980 et du 30 juillet 1987

<sup>1440</sup> Loi du 30 juin 2000 codifié au Code de justice administrative

public privé<sup>1441</sup>, prouvent, entres autres, que des textes qui sont exclusifs à l'action administrative, c'est-à-dire « pensées » pour s'appliquer uniquement à l'administration, peuvent moderniser le fonctionnement de l'administration et améliorer la situation de l'administré.

**867.** Ces exemples, jurisprudentiels et textuels, démontrent clairement que le droit privé n'a pas le monopole de l'efficience. Le droit proprement administratif, c'est-à-dire exclusivement prévu pour encadrer des comportements de l'administration, sait lui aussi dynamiser le fonctionnement de l'administration et améliorer la situation de l'administré. Dorénavant, le juge administratif bénéficie clairement d'outils modernes et actualisés lui permettant de contrôler de manière efficace l'administration, tout en protégeant au mieux les administrés. C'est à ce titre que nous considérons que cette ouverture doit être prolongée.

#### **B. Une étape à prolonger.**

**868.** La reprise de normes classiquement appliquées par le juge judiciaire n'est pas incompatible avec la nature même du droit administratif, à savoir le bon accomplissement des différents services publics et de l'intérêt général. Le droit administratif appliqué par le juge administratif devient alors un ensemble vaste et varié qui inclut certaines normes qui peuvent être considérées comme de droit privé. Il appartient au juge, lors de la reprise de ces règles, de corriger les effets néfastes que peuvent avoir ces normes sur la réalisation de l'intérêt général. Dans cette optique, il est parfaitement concevable, voire souhaitable, que le juge s'ouvre de façon plus large à des textes de droit privé (1). Afin de faire de ces derniers une application vertueuse, nous préconisons la mise en place par le juge d'une théorie du bilan où le juge de l'excès de pouvoir serait amené à évaluer les avantages et les inconvénients de l'incorporation d'un texte dans le bloc de légalité administrative (2).

---

<sup>1441</sup> V. François Brennet et Fabrice Melleray, Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, Litec, 2005

## 1. Vers une ouverture importante au droit privé.

**869.** Si, comme nous l'avons observé, l'utilisation du droit privé par le juge administratif a toujours existé<sup>1442</sup>, force est de constater que la reprise de normes appliquées par le juge judiciaire tend à se multiplier. Il est parfaitement envisageable que le recours à ce type de normes se renforce à l'avenir. Le droit de la consommation paraît particulièrement propice à cette ouverture.

**870.** En matière de droit de la consommation, le juge administratif n'a fait que peu de références au code du même nom. Seules la législation sur les clauses abusives<sup>1443</sup>, l'interdiction de la vente liée<sup>1444</sup> et la prohibition de la vente sans commande préalable<sup>1445</sup> ont été appliquées par le juge de l'excès de pouvoir. En revanche, ce ne sont pas les seules normes qui ont été appliquées à des activités de service public. Le juge judiciaire est en effet compétent pour statuer sur une grande partie du contentieux des services publics industriels et commerciaux et notamment sur le contentieux liant le gestionnaire du SPIC à l'utilisateur<sup>1446</sup>. Le juge judiciaire peut également être compétent pour certains contentieux des services publics administratifs<sup>1447</sup>. La Cour d'appel de Paris<sup>1448</sup> a ainsi opposé les articles L. 311-1 et suivants du Code de la Consommation relatifs à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine des opérations de crédit à une relation contractuelle de droit privé unissant un service public administratif à ses usagers. François

---

<sup>1442</sup> V. 829

<sup>1443</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G.Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurisp. p. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289, n. Jacques Fialaire

<sup>1444</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G. Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier.

<sup>1445</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, p.400, RFDA 2003, p. 1259, DA 2004 note M. Bazex et S. Blazy, N°18, p. 36, AJDA 2004, p. 666 note Laget-Annamayer

<sup>1446</sup> TC 17 octobre 1966, Dame Vve Canasse c. SNCF, Rec. p. 834 ; JCP 1966.II.14899, concl. A. Dutheillet de Lamothe

<sup>1447</sup> Sur cette question, V. Pierre Laurent Frier et Jacques Petit, Précis de droit administratif, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2006, Tableau p. 218

<sup>1448</sup> CA Paris 12 octobre 1990, Crédit municipal de Paris c/ Hatton, D. 1990, IR, p. 258

Beroujon note cependant, dans sa thèse consacrée à l'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics, que « les exemples de sanctions appliquées aux gestionnaires des services publics industriels et commerciaux pour violation du droit de la consommation sont rares »<sup>1449</sup>. Madame le professeur Nicinski remarque pour sa part qu'en dehors des condamnations prononcées pour violation d'une l'obligation de sécurité, les exemples de condamnation de gestionnaires de service public sur le fondement d'autres dispositions du droit de la consommation revêtent un caractère exceptionnel<sup>1450</sup>. On relève en effet des décisions imposant l'obligation de sécurité qui découle de l'article L. 221-1 du Code de la consommation<sup>1451</sup>. On peut également recenser quelques sanctions découlant de la législation sur les clauses abusives<sup>1452</sup> et une application relative à la publicité mensongère sans que le juge décide pour autant de prononcer une sanction<sup>1453</sup>. Le juge judiciaire a également sanctionné la SNCF pour non-respect de l'obligation d'information<sup>1454</sup>. Pour François Beroujon, « l'analyse de la jurisprudence laisse apparaître un juge pour le moins hésitant et timide, voire emprunté. »<sup>1455</sup>. On peut parier que le juge administratif, juge naturel du service public, sera plus offensif.

**871.** Le juge administratif n'a que peu de sources d'inspirations jurisprudentielles, ce qui peut laisser place à une certaine créativité dans l'application du Code de la consommation. La reprise de ces textes repose sur la volonté du juge administratif, qui ne se voit imposer que peu de limites d'application par les textes eux-mêmes. Ainsi, en matière de clauses abusives, l'article L. 132-1 du Code de la consommation exclut de son champ d'application les contrats conclus entre deux professionnels. La jurisprudence judiciaire a

---

<sup>1449</sup> François Beroujon, l'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics, Thèse, Grenoble II, 2005, p. 159 ; V. également, Sylvandre Perdu, Le juge administratif et la protection des consommateurs, AJDA 2004, p. 481 ; Agathe Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, p. 1015 ; Jacques Amar, Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, CCC, janvier 2002, p. 13 ; Dossier spécial, les services publics face au droit notamment communautaire de la consommation, DA octobre 1993, p. 1

<sup>1450</sup> V. Sophie Nicinski, L'usager du service public industriel et commercial, Thèse, L'Harmattan, 2001, spéc. pp. 461-462

<sup>1451</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 1986, EDF c/ Grosset-Janin, CJEG 1987, p. 825 note R. Savignat ; TI Paris, 5 décembre 1985, Seroussi c/ RATP, CPAMP et EDF, CJEG 1986, p. 92 note Pierre Sablière

<sup>1452</sup> CA Angers, 16 décembre 1987, EDF c/ Briant et autre, CJEG 1988, p. 178 note Pierre Sablière ; TGI Paris, 17 janvier 1990, Caisse d'épargne et de prévoyance de Paris c/ SA CGE, D. 1990, J., p. 289, note Jacques Ghestin

<sup>1453</sup> Crim. 17 janvier 1989, Union Fédérale des consommateurs c/ M. Boiteux et EDF, CJEG 1989, p. 280

<sup>1454</sup> CA Reims, Ch. Civ., 2e, Sect., 18 octobre 2001, Dalloz, som. Com., 2002, p. 1276

<sup>1455</sup> François Beroujon, Op. Cit.

confirmé ce point de vue notamment dans un contrat conclu entre un service public et un professionnel<sup>1456</sup>. Ce n'est pourtant pas ce qu'a considéré le Conseil d'Etat dans sa décision *Société des eaux du Nord*, dans laquelle il oppose la législation sur les clauses abusives à une clause réglementaire figurant dans un contrat conclu entre un usager-professionnel et un SPIC<sup>1457</sup>. Le juge administratif n'hésite donc pas à avoir une vision extensive du domaine d'application du code.

**872.** On pourrait également insister sur le fait que certaines dispositions de ce code ne prévoient pas d'être opposées aux gestionnaires de service public. Cela n'empêche pas les juges judiciaire et administratif d'appliquer ces dispositions dans des contentieux relatifs à de tels services. François Beroujon constate que l'obligation de sécurité ne semble pas s'appliquer aux services publics pour noter par la suite que le juge judiciaire<sup>1458</sup> n'a pourtant pas hésité à y soumettre une telle activité<sup>1459</sup>. La logique est la même pour le juge administratif, qui a repris les législations sur la prohibition de la vente liée<sup>1460</sup> et sur l'interdiction de la vente sans commande préalable<sup>1461</sup> alors que ces textes ne prévoient pas expressément leur application aux services publics.

**873.** En d'autres termes, le juge administratif jouit d'une grande liberté lorsqu'il décide de reprendre une norme issue du code de la consommation. Plusieurs textes semblent pouvoir être repris de façon pertinente par le juge de l'excès de pouvoir.

**874.** En premier lieu, les références à **l'obligation d'information** contenue dans le Chapitre premier du Titre premier du Code de la consommation devraient se multiplier. En matière d'information sur le prix et sur les conditions de vente par exemple. Ainsi, les références à l'article L. 113-3 du Code de la consommation devraient faire leur apparition dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Cet article dispose que « tout vendeur de produit ou tout prestataire de service doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par

---

<sup>1456</sup> Civ 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 1995, Sté. Hélio gravure Jean Didier c/ EDF, Bull. civ. I, n°54 ; D. 1995, Somm., p. 229 obs. Philippe Delbecque

<sup>1457</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Sté des eaux du Nord, préc.

<sup>1458</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 1986, EDF c/ Grosset-Janin, préc. ; TI Paris, 5 décembre 1985, Seroussi c/ RATP, CPAMP et EDF, préc.

<sup>1459</sup> V. François Beroujon, Op. cit., p. 159, note 767

<sup>1460</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, préc.

<sup>1461</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, préc.



tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon les modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. ». Le Conseil d'Etat a déjà considéré que les prestations à caractère médical et notamment la chirurgie esthétique peuvent être encadrées par un arrêté du ministre de l'économie pris sur le fondement de cet article du Code la consommation<sup>1462</sup>. Tout comme les dispositions encadrant la vente liée<sup>1463</sup>, l'article L. 113-2 s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 410-1, c'est à dire aux règles relatives au champ d'application de l'ordonnance 1er décembre 1986 relative au droit de la concurrence, qui prévoit en son article 53 que « les règles relatives à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques (...) ». Le Conseil d'Etat a déjà considéré à plusieurs reprises que des activités de service public répondaient à cette définition<sup>1464</sup>. Il ne fait aucun doute qu'un contentieux de l'excès de pouvoir relatif aux arrêtés du ministre de l'économie pris sur le fondement de l'article L. 113-3 du Code et imposant une obligation d'information à certains services publics devrait faire son apparition. L'apparition de ces nouvelles obligations repose cette fois non sur le dynamisme du juge mais sur la volonté du ministre d'imposer ces obligations aux gestionnaires de services publics. Le juge judiciaire a déjà sanctionné la SNCF pour non-respect de l'obligation d'information découlant de cet article<sup>1465</sup>. On peut noter que certains textes encadrent déjà quelques services publics spécifiques comme la directive du Conseil du 28 juin 1990 relative au service des télécommunications qui dispose dans son article 3 que « les conditions de fourniture du réseau doivent être transparentes et publiées d'une manière appropriée »<sup>1466</sup>. Les services du gaz et de l'électricité sont soumis à des obligations similaires et la directive du 29 juin 1990, réaffirmée par la directive du 19 décembre 1996<sup>1467</sup>, instaure une procédure garantissant la transparence des prix au

---

<sup>1462</sup> CE 27 avril 1998, Cornette de St Cyr, p.180, AJDA 1998, p. 831 concl. Christine Maugué ; CCC 1999, n° 15 obs. G. Raymond

<sup>1463</sup> Article L.122-1 du Code de la consommation

<sup>1464</sup> En matière d'activité médicale, CE 27 avril 1998, Cornette de St Cyr, préc. ; En matière de transport de voyageurs par rail, CE, 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, préc. ; Pour plus de développements, V. 459 et s.

<sup>1465</sup> CA Reims, Ch. Civ., 2e, Sect., 18 octobre 2001, Dalloz, som. Com., 2002, p. 1276

<sup>1466</sup> JO n° L. 192 du 24 juillet 1990

<sup>1467</sup> Directive 96/92/CE, JOCE n° L. 27/20 du janvier 1997

consommateur final. Le développement de l'obligation d'information posée par l'article L. 133-3 du Code de la consommation devrait compléter ces exigences de qualité des services publics<sup>1468</sup>.

**875.** Les références à l'article L. 111-1 du Code de la consommation, lequel dispose que « tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service », pourraient également se développer. Cette obligation, qui ne nécessite pas l'intervention d'un acte administratif, à la différence de l'obligation d'information sur le prix et sur les conditions de vente<sup>1469</sup>, pourrait également connaître des développements devant le juge de l'excès de pouvoir. On peut imaginer qu'un usager d'un service public demande l'annulation d'un acte détachable<sup>1470</sup> d'un contrat de prestation de service, la décision de signer par exemple<sup>1471</sup>, en se fondant sur le non-respect de l'obligation prévue par cet article.

**876.** Ces obligations offrent un degré de protection supérieur à celui offert par l'exigence de transparence posée par la loi du 18 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public<sup>1472</sup>. Les articles du Code de la consommation imposent l'information avant une prestation de service alors que la loi de 1978 ne pose qu'un droit à la communication de documents administratifs<sup>1473</sup>.

**877.** Dans un second temps, le juge de l'excès de pouvoir pourrait avoir recours à **l'obligation de sécurité** imposée par l'article L. 221-1 du Code de la consommation qui dispose que « les produits et les services doivent, dans les conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes. ». Rappelons que le juge judiciaire a déjà sanctionné un service public sur le

---

<sup>1468</sup> Pour plus de développement sur l'obligation d'information et le service public, V. Lucien Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, Thèse Dalloz 2006, pp. 267-272

<sup>1469</sup> V. article L. 113-3 du Code de la consommation

<sup>1470</sup> CE 11 décembre 1903, Commune de Gore, S. 1906.3.49, note Maurice Hauriou

<sup>1471</sup> CE Sect. 9 novembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave, p. 1034

<sup>1472</sup> JO du 18 juillet 1978

<sup>1473</sup> Dans ce sens, V. François Beroujon, *Thèse préc.*, pp. 369 et s.

fondement de cet article<sup>1474</sup>. Il est possible que la juridiction administrative s'en inspire. Le juge de la responsabilité paraît au premier titre concerné. D'ailleurs, le Conseil d'Etat, sans faire référence à l'obligation de sécurité contenue dans le Code de la consommation, a considéré que la défaillance d'un respirateur artificiel ayant entraîné un arrêt cardiaque et une anoxie d'un patient pendant une opération « engage, sans préjudice d'un éventuel recours en garantie contre le fabricant de cet appareil, la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, même en l'absence de faute de sa part, à réparer le préjudice qui en résulte »<sup>1475</sup>. On peut imaginer que le juge de l'excès de pouvoir puisse annuler un acte administratif qui contreviendrait à l'obligation de sécurité imposée par l'article L. 221-1. Encore une fois cette obligation compléterait harmonieusement les dispositions déjà existantes encadrant des secteurs particuliers comme le domaine sanitaire<sup>1476</sup> ou celui de la distribution d'électricité<sup>1477</sup>.

**878.** Dans un troisième temps, on peut imaginer qu'un gestionnaire de service public s'expose aux dispositions interdisant la **publicité trompeuse** mentionnée à l'article L. 121-1 du Code de la consommation<sup>1478</sup>. Il paraît difficile d'imaginer qu'un acte administratif puisse être constitutif d'une publicité au sens de l'article L. 121-1 de ce code. Les actes de publicité n'ont en théorie rien à voir avec des actes administratifs, même s'ils proviennent d'un gestionnaire de service public. Pourtant, en l'absence de définition légale de ce terme, la jurisprudence a précisé que « tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du

---

<sup>1474</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 1986, EDF c/ Grosset-Janin, CJEG 1987, p. 825 note R. Savignat ; TI Paris, 5 décembre 1985, Seroussi c/ RATP, CPAMP et EDF, CJEG 1986, p. 92 note Pierre Sablière

<sup>1475</sup> CE 9 juillet 2003, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c. Mme Marzouk, rec. p. 338, AJDA 2003 p. 1946 note M. Deguergue ; JCP A 2003, n° 1897 note Chavrier

<sup>1476</sup> V. loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, précisée par la loi du 4 mars 2002

<sup>1477</sup> Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JO du 11 février 2000, p. 2143

<sup>1478</sup> « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. »

service qui lui est proposé »<sup>1479</sup> ou « sur les caractéristiques des biens ou des services »<sup>1480</sup> est considéré comme une publicité au sens de cet article. Pour ce qui est du caractère trompeur de la publicité, la juridiction judiciaire a précisé qu'il suffisait que la publicité ait été propre à induire en erreur, et non qu'elle ait réellement induit en erreur<sup>1481</sup>. En étant un peu audacieux, on peut considérer qu'une charte qualité prise par un gestionnaire de service public puisse un jour être considérée comme créatrice de droit et donc, dans certains cas, comme un acte administratif. Ce document, souvent présenté de façon ostensible par les services publics, pourrait être considéré comme une publicité mensongère dans la mesure où il constitue un « moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du biens ou du service qui lui est proposé »<sup>1482</sup> ou « sur les caractéristiques des bien ou des services »<sup>1483</sup>. Cette hypothèse pourrait se réaliser car, comme nous l'avons vu, le juge administratif n'hésite pas à être particulièrement créatif en matière d'application des normes traditionnellement appliquées par le juge judiciaire.

**879.** Pour conclure sur le droit de la consommation, il convient également de préciser que le juge administratif devrait prolonger sa jurisprudence en matière de vente liée<sup>1484</sup>, de législation sur les clauses abusives<sup>1485</sup> et de vente sans commande préalable<sup>1486</sup>. L'ensemble de ces références, probablement enrichi des quelques exemples que nous venons de traiter, formera à l'avenir un véritable droit administratif de la consommation qui, comme nous l'avons vu, ne méritera pleinement ce nom qu'en prenant réellement en compte les notions fondamentales du droit administratif.

---

<sup>1479</sup> Crim. 12 novembre 1986, Bull. crim., n° 335

<sup>1480</sup> Crim. 14 octobre 1998, Bull. crim., n° 262 ; CCC 1999, comm. n° 32 note G. Raymond

<sup>1481</sup> Crim. 8 décembre 1997, D. 1988, IR, p. 43

<sup>1482</sup> Crim. 12 novembre 1986, préc.

<sup>1483</sup> Crim. 14 octobre 1998, préc.

<sup>1484</sup> CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, préc. Pour plus de détails sur cette notion, V. 459 et s.

<sup>1485</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Sté des eaux du Nord, préc. ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, préc. Pour plus de détails sur cette notion, V. 450 et s.

<sup>1486</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, préc. Pour plus de détails sur cette notion, V. 484 et s.

**880.** L'enrichissement de la légalité administrative semble donc pouvoir se poursuivre en intégrant plusieurs matières. Les sources du droit de la concurrence sont déjà pleinement appliquées mais le juge devrait affiner à l'avenir ses techniques afin de faire une application de plus en plus fine de ce droit. Le droit pénal, nous l'avons dit<sup>1487</sup>, devrait trouver sa place dans le bloc de légalité administrative, afin de faire participer pleinement le juge à la pénalisation de l'action publique. L'application du droit du travail devrait rester limitée et simplement continuer à combler certaines lacunes du droit administratif tout en organisant de façon complémentaire l'activité des entreprises à statut. Les références au droit de la consommation devraient probablement se multiplier, comme nous venons de le démontrer, et devenir une source importante de l'organisation des services publics. En vue de poursuivre cette ouverture le plus harmonieusement possible, le juge de l'excès de pouvoir pourrait mettre en place une théorie du bilan pour choisir au mieux les normes à reprendre.

## **2. Pour la mise en place d'une théorie du bilan.**

**881.** La reprise par le juge administratif de normes classiquement appliquées par le juge judiciaire conduit à des transformations profondes du droit administratif. Le service public, la puissance publique, l'utilisateur, les agents et le juge lui-même voient leur situation évoluer. On peut donc affirmer que les juridictions qui décident cet enrichissement de la légalité doivent être particulièrement vigilantes dans le choix des normes reprises.

**882.** Notre seconde partie a présenté l'extension du bloc de légalité comme une volonté du juge administratif qui cherche soit à conserver sa compétence dans des domaines communs à l'ordre administratif et judiciaire, soit à améliorer la situation des sujets du droit administratif que sont les agents et les usagers. Il semble alors opportun que le juge prenne en considération l'ensemble de ces éléments afin de choisir les normes qu'il doit opposer à l'activité administrative et surtout pour déterminer dans quelle mesure il entend appliquer ces normes. La méthode dite du « bilan coût avantage », inspirée de la gradation

---

<sup>1487</sup> V. 416-436

du contrôle opéré par le juge de l'excès de pouvoir<sup>1488</sup>, paraît tout particulièrement recommandée pour arriver à cet objectif.

**883.** Nous avons déjà souligné le fait que rien n'oblige le juge administratif à reprendre une règle traditionnellement appliquée par le juge judiciaire<sup>1489</sup>. Cette liberté de choix peut le conduire à peser les avantages et les inconvénients d'une telle prise en compte. Le bilan devrait se faire entre un coût et des avantages. Le « coût » est représenté par les atteintes à la qualité du service public, à l'exercice de la puissance publique, à l'intérêt général, voire à une sorte « d'économie générale » du droit administratif. Le juge devra en effet déterminer si la norme reprise ne porte pas une atteinte trop importante au droit administratif dans son ensemble et ne remet pas en cause l'utilité même de certaines normes du droit administratif exorbitant<sup>1490</sup>. C'est certainement ce type d'interrogations qui a conduit le juge à décider d'intégrer le droit de la concurrence issu de l'ordonnance de 1986 à son bloc de légalité. Les avantages sont, eux, symbolisés par les avancées découlant de la reprise de la norme. Le juge devra déterminer si l'utilisateur, l'administré, les agents, le service public, la puissance publique, voire le juge et le droit administratif dans son ensemble tirent un réel avantage de l'application de la nouvelle règle. Il conviendra ensuite de faire un bilan entre ce coût et les avantages. En d'autres termes, les avantages sont-ils suffisants pour tolérer un certain nombre d'inconvénients ?

**884.** Lorsque le juge intègre le droit de la concurrence interne à son bloc de légalité et qu'il en fait une application extensive, comme à la police administrative par exemple, il a forcément à l'esprit le fait qu'opposer ce droit à l'activité administrative<sup>1491</sup> va changer considérablement la conception de cette activité. Le juge a estimé que ce « coût » était supportable et que les « avantages » à en tirer représentaient un gain supérieur aux inconvénients. Lorsque le juge décide d'opposer la législation sur les clauses abusives à

---

<sup>1488</sup> CE Ass. 28 mai 1971, Ville nouvelle Est, rec. p. 409 concl. Braibant ; Pierre Delvolvé, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ, 1988, p. 269 ; Agathe Van Lang, De l'usage du bilan dans l'après-jugement, Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 1053

<sup>1489</sup> V. 250 et s.

<sup>1490</sup> Dans le même sens, V. Agathe Van Lang, De l'usage du bilan dans l'après-jugement, préc., spéc. pp. 1066 et s.

<sup>1491</sup> CE Sect. Avis 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, p.526, D. 2001, n°26 p.2110, note Nathalie Albert ; RFDA 2001, concl. S. Austray ; RDP 2001, p. 393 note C. Guettier ; AJDA 2001, p. 198 note M.-C. Rouault ; CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houllgate, p.138, AJDA 2006, p. 752 note Jean-David Dreyfus ; BJCP 2006, p. 203 concl. Didier Casas ; Lamy coll. Terr., mai 2006, n° 13 obs. E. Glaser

une clause réglementaire<sup>1492</sup>, il intègre forcément le fait qu'il y a un risque d'opposition frontale entre cette notion et la notion de clause exorbitante du droit commun. Encore une fois, il a considéré que les « avantages » étaient supérieurs aux « inconvénients ».

**885.** L'application du Code des assurances par le juge administratif est un bon exemple de déroulement satisfaisant de l'application du droit privé aux décisions administratives. Le juge administratif est souvent influencé par la position du juge judiciaire en matière d'application du droit privé aux services publics industriels et commerciaux. Il peut également s'en inspirer en matière de services publics administratifs ayant une activité d'entreprise mais il peut dépasser cette simple analogie pour déterminer si des normes de droit privé peuvent bénéficier aux usagers des services publics administratifs, voire au service public lui-même. En d'autres termes, le juge devra évaluer si l'emprunt au droit privé représente une menace pour l'intérêt général ou pour l'exécution du service, pour ensuite comparer ce « coût » pour l'administration avec les « avantages » dont pourraient bénéficier les usagers du service public. C'est exactement le travail auquel s'est livré le juge dans l'affaire *Beule*<sup>1493</sup>. Si, dans cette affaire, c'est surtout le service public en lui-même qui y trouve un avantage, les usagers aussi sont favorisés par l'assurance de toucher une réelle indemnisation. Cette méthode d'application implique un dépassement des limites que s'est fixées la juridiction administrative dans la construction du droit administratif. La valeur symbolique attribuée à certaines notions, comme les actes administratifs ou le service public, ne devront plus constituer un frein à l'application du droit privé par le juge administratif. Il paraît pourtant évident que l'utilisation d'une théorie du bilan peut faire bénéficier les usagers des services publics de plus de garanties sans nuire aucunement à l'exercice de l'action publique. L'exemple de la jurisprudence *Beule* démontre qu'un acte administratif peut être annulé sur le fondement de normes issues du droit privé, tout en favorisant grandement un service public administratif dans ses relations avec ses assureurs<sup>1494</sup>.

**886.** Le juge administratif est amené à mettre en place une telle méthode lorsqu'il doit statuer sur la conformité d'une clause exorbitante du droit commun, contenue dans un

---

<sup>1492</sup> CE Sect. 11 juillet 2001, Sté des eaux du Nord, préc. ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, préc.

<sup>1493</sup> CE 29 décembre 2000, *Beule*, p.655, LPA 18 mai 2001, p.15 concl. S. Boissard ; DA mai 2000, p. 33 note Hardy ; D. 2001, p. 1265 note Y. Lambert-Faivre ; JCP 2001, p. 499, n°10486 note Bigot et Vincent

<sup>1494</sup> Pour une étude plus complète de cette décision, V. 491 et s.

contrat conclu entre un service public et un usager, aux dispositions prohibant les clauses abusives<sup>1495</sup>. Dans cette situation, le juge cherche avant tout à savoir si la clause est essentielle au bon fonctionnement du service. Si tel est le cas, la clause ne sera pas considérée comme abusive<sup>1496</sup>. Par exemple, dans la décision *Commune de Bourisp*<sup>1497</sup> que nous avons évoquée plus haut<sup>1498</sup>, la clause exorbitante, placée dans un contrat de vente conclu entre deux communes pour une cession d'une partie de domaine privé, ne visait qu'à favoriser des intérêts particuliers et ne bénéficiait en aucun cas au service public. Si le juge administratif devait estimer si une telle clause est une clause abusive au sens du Code de la consommation, il pourrait calculer le « coût » et les « avantages » de cette clause afin de conclure à son éventuel caractère abusif. Dans un cas de ce genre, nous préconisons qu'une clause exorbitante doit favoriser l'intérêt général. Elle peut donc être considérée comme abusive si elle ne remplit pas cet objectif, car la supprimer ne nuirait pas à l'intérêt général et au service public. Le « coût » serait réduit et les « avantages » importants car une telle position jurisprudentielle conduirait à limiter l'utilisation des clauses exorbitantes aux cas où elles assurent principalement l'intérêt général.

**887.** Ces solutions paraissent aller dans le bon sens mais nous avons également constaté que le juge administratif a mis en place cette théorie du bilan lorsqu'il a annulé une décision d'extension de convention collective, qui avait pour conséquence de préserver l'emploi car elle avait un effet néfaste sur la concurrence<sup>1499</sup>. Dans cette jurisprudence, il ne semble pas que le juge ait confronté **au mieux** les « avantages » (le maintien d'emplois) et le « coût » (une rupture de la concurrence)<sup>1500</sup>. On peut en revanche considérer que le juge s'est bien livré à un bilan, mais qu'il n'a pas pesé les coûts et les avantages comme nous l'entendions.

---

<sup>1495</sup> CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289 note Jacques Fialaire

<sup>1496</sup> Pour plus de développements sur cette décision, V. 456

<sup>1497</sup> TC 15 novembre 1999, Commune de Bourisp, rec. P. 478 ; DA 2000, n° 29 note R. S.

<sup>1498</sup> V. 804-807

<sup>1499</sup> CE Sect. 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, p. 189, Droit ouvrier, juillet 2003, p. 261 note Gérard Lyon-Caen ; AJDA 2003, p. 1150 chron. D.Casas et F. Donnat ; DA 2003, p. 22 note Michel Bazex et Sophie Blazy ; AJDA 2003, p. 1849 note Pierre Subra de Bieusses ; Jean-Denis Combexelle, Droit du travail et droit de la concurrence : le conflit des droits, *in* mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 185

<sup>1500</sup> Pour une étude plus complète, V. 813-814



**888.** Dans la décision *ADEIC*<sup>1501</sup> le juge administratif a été amené à faire une « balance » entre le droit de la consommation, en l'occurrence la prohibition de la vente sans commande préalable et la possibilité de mettre en place une concurrence plus ouverte sur le marché de la téléphonie fixe locale<sup>1502</sup>. Dans cette affaire, le juge a annulé des dispositions qui permettent de dynamiser ce marché mais qui impliquaient une vente sans commande préalable interdite par l'article L.122-3 du Code de la consommation. Le fait que le juge ait fait prévaloir le Code de la consommation sur la mise en place d'une concurrence plus ouverte entre opérateurs démontre que le juge a bien opéré une balance entre le « coût » et les « avantages » de la décision administrative contestée.

**889.** Cette méthode doit systématiquement être utilisée par le juge administratif lorsqu'il reprend, directement ou indirectement, une norme classiquement appliquée par le juge judiciaire. Ces règles sont par nature destinées à être opposées à des comportements de nature privée et non à des activités d'intérêt général. Le juge administratif en consacrant une norme comme opposable à l'action administrative devrait s'interroger sur la **compatibilité** de la règle avec l'ensemble du droit administratif en s'appuyant sur cette méthode du « bilan coût avantage ». L'inconvénient de cette technique réside dans son caractère difficilement appréhendable : il est difficile d'apprécier rapidement et intégralement les effets que pourrait avoir une règle sur l'ensemble du droit administratif. Le droit administratif étant un droit principalement jurisprudentiel, on peut objecter que le juge effectue ce travail dès qu'il décide d'appliquer une nouvelle jurisprudence. Cependant, la reprise de normes classiquement prises en compte par le juge judiciaire comporte une particularité : ces règles sont pensées pour être opposées à des activités privées et non à des activités d'intérêt général. Les risques de dénaturation du droit administratif sont donc importants et doivent être précisément appréciés. La méthode du « bilan coût avantage » semble constituer la meilleure technique pour aboutir à cette synthèse.

---

<sup>1501</sup> CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, p.400, RFDA 2003, p. 1259 ; DA 2004, N°18 p. 36 note M. Bazex et S. Blazy ; AJDA 2004, p. 666 note Laget-Annamayer

<sup>1502</sup> Pour plus de détails sur cette jurisprudence, V. 484 et s.

## Conclusion du second Chapitre :

**890.** Jacques Caillosse s'interrogeait en 2002<sup>1503</sup> sur le droit administratif à enseigner aujourd'hui. Ce chapitre semble donner un élément de réponse. Le droit administratif, sans pour autant se privatiser, s'ouvre aux normes appliquées par le juge judiciaire. Il n'est plus tout à fait le même ni fondamentalement différent. Le droit administratif français est, comme tout ensemble normatif, en constante évolution. L'enrichissement de la légalité administrative participe à ce mouvement. Le service public est transformé mais l'extension de la légalité n'est pas à l'origine de cette mutation ; elle ne fait qu'accompagner un mouvement initié par le droit communautaire et la fin des monopoles. L'avenir dira si le juge fait une application vertueuse de ces nouvelles normes de légalité lorsqu'il les oppose à des activités ou des notions qui sont en relation avec la puissance publique.

**891.** Nous nous sommes efforcés de démontrer que le recours à ces nouvelles normes est un facteur essentiel de l'évolution du droit administratif qui ne bouleverse pourtant pas son architecture classique. L'extension de la légalité administrative constitue l'une des étapes essentielles de la modification du droit opposable aux activités administratives. Elle est aussi importante que l'ouverture massive au droit international et notamment communautaire ou issu de la Convention européenne des droits de l'Homme. Il semble que le phénomène doit être appréhendé à sa juste mesure. Il ne représente ni la mort du droit administratif, ni un mouvement insignifiant. L'enrichissement de la légalité administrative traduit tout simplement une capacité d'ouverture du droit administratif, qui démontre clairement qu'il sait s'adapter. En d'autres termes, la société évolue et le droit s'y adapte. L'intérêt général défendu par la juridiction administrative n'est plus aujourd'hui de la même nature qu'au début du siècle dernier. Le droit qui organise l'action administrative ne peut donc pas rester figé et doit évoluer avec son temps. Il semble inexact d'affirmer qu'en prenant en compte des normes de droit privé, le juge administratif a scellé la mort du droit administratif, qui se retrouverait en quelque sorte absorbé par une logique privatiste. Nous affirmons au contraire que l'ouverture à ces normes et sa continuité garantissent l'avenir du droit administratif et donc de la juridiction administrative. La jurisprudence démontre que le droit qu'elle oppose à l'action administrative est un ensemble moderne qui prend en

---

<sup>1503</sup> V. Jacques Caillosse, Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ?, RA, 2002, p. 343

compte les différentes attentes des multiples acteurs et sujets de la tâche administrative. A la question : « quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? », on peut répondre : un droit actualisé qui s'inscrit clairement dans la modernité.

## Conclusion de la troisième Partie :

**892.** L'extension de la légalité administrative vers des sources classiquement appliquées par la juridiction judiciaire est un phénomène majeur du droit administratif contemporain. Ce droit qui organise l'action administrative subit des bouleversements qui imposent une évolution des acteurs du droit administratif. Pour autant, ce n'est pas la première fois que le droit administratif se transforme. Ce n'est certainement pas non plus la dernière. Tout système juridique n'est que l'écho de l'état de la société et de la volonté des pouvoirs publics. Il est impossible que le droit administratif reste un ensemble figé qui ne réponde qu'à une logique passéiste. Il est logique et souhaitable que le droit évolue avec la société. Patrick Fraisseix note que « le droit administratif est un droit vivant qui sait répondre aux attentes collectives et qui s'y emploie raisonnablement depuis une vingtaine d'années. L'exorbitance se tarit, la responsabilité des administrations se banalise, les services publics se confrontent à la compétitivité et à la concurrence, l'usager devient un « client-citoyen »<sup>1504</sup>. Notre droit administratif a longtemps été critiqué pour son immobilisme et sa propension à protéger l'administration aux dépens de l'administré. L'extension de la légalité administrative participe, avec d'autres facteurs, à une actualisation bénéfique du droit administratif. L'action administrative doit s'adapter à de nouvelles exigences, notamment celles imposées par le droit du marché et par la pénalisation de l'action publique. Le juge administratif lui impose de nouvelles exigences symbolisées par le recours à des textes qui sont appliqués traditionnellement par le juge judiciaire. Le travail du juge administratif s'en trouve profondément bouleversé. C'est donc un nouveau droit administratif qui voit le jour, assis sur ces bases traditionnelles mais ayant su s'ouvrir et se consolider pour affronter les exigences d'un monde qui change. Gaston Jèze précisait que « le droit vit ; il évolue sans cesse comme tout ce qui vit, sous l'influence du milieu. Observons sans cesse ce milieu : nous comprendrons mieux notre droit »<sup>1505</sup>. Il semble que le juge administratif observe consciencieusement ce milieu qui l'entoure et participe à la construction d'un droit vivant.

---

<sup>1504</sup> Patrick Fraisseix, La « subjectivisation » du droit administratif, LPA 15 octobre 2004, p. 12

<sup>1505</sup> Gaston Jèze, Les principes généraux du droit administratif, 1925, tome 1, p. V

## CONCLUSION GENERALE :

*Le droit administratif est l'ombre de l'Etat éclairé par la lumière du siècle. L'ombre varie avec le siècle et ses lumières.*

Jean Boulouis<sup>1506</sup>.

**893.** Le droit administratif change ou, plus précisément, il évolue du fait de l'extension de la légalité administrative. Le juge de l'excès de pouvoir fait de plus en plus référence à des textes qui ne sont pas exorbitants du droit privé pour annuler des actes administratifs. Nous avons démontré que ce recours au droit privé peut être analysé comme une évolution prégnante de la légalité administrative sans pour autant la privatiser. Si la quantification est impossible, on peut pourtant sans se tromper affirmer qu'une grande majorité de la légalité administrative reste exorbitante, c'est-à-dire différente du droit privé. La particularité de l'action administrative, qui vise avant tout la satisfaction de l'intérêt général, nécessitera toujours la prise en compte de textes spécifiques, pensés pour permettre le bon déroulement de l'action publique. Ce constat n'exclut pas une capacité d'ouverture de la légalité administrative vers des sources différentes. La pénétration du droit privé tout comme celle du droit international illustrent cette tendance. Nous avons démontré que l'évolution de la société et de la place des pouvoirs publics impose une adaptation du droit administratif. L'extension de la légalité administrative en est le reflet. L'objet de cette conclusion n'est pas de résumer ce qui a déjà été analysé mais d'étudier notre sujet sous de nouvelles perspectives. Il semble que notre étude peut être conclue par l'analyse de deux tendances importantes. L'évolution de la légalité administrative semble traduire une libéralisation modérée du droit applicable à l'administration (I) ainsi qu'une subjectivisation du droit administratif (II).

---

<sup>1506</sup> Jean Boulouis, Supprimer le droit administratif ?, Pouvoirs, 1988, n°46, p. 5

**I- Une libéralisation modérée du droit applicable à l'administration.**

**894.** L'action administrative doit dorénavant respecter de plus en plus de normes issues de ce que l'on peut qualifier de droit du marché<sup>1507</sup>. Déjà soumise à la liberté du commerce et de l'industrie<sup>1508</sup>, l'action économique des pouvoirs publics doit dorénavant prendre en compte les droits de la consommation et de la concurrence<sup>1509</sup>. Ces deux droits tendent à imposer un ordre économique en soustrayant les prestataires de services à un certain nombre d'obligations envers les consommateurs de ces services et envers les concurrents de ces prestataires. Doit-on en arriver à la conclusion que le droit administratif s'est à ce point libéralisé qu'il en devient néolibéral<sup>1510</sup> ? Nous ne le pensons pas. Il est vrai que le droit administratif s'est indéniablement ouvert au droit du marché mais cette prise en compte n'est que l'écho de l'évolution de la société et de l'action administrative. En intégrant dans la légalité administrative les droits de la concurrence et de la consommation, le juge administratif n'a pas fait prendre au droit administratif un virage néolibéral qui ferait triompher le marché comme modèle de référence pour notre action administrative. Nous l'avons démontré, le marché et son droit sont un modèle, parmi d'autres, qui peut aboutir à la satisfaction de l'intérêt général. Le Conseil d'Etat lui-même relève dans son rapport public consacré à la concurrence que « le libre jeu de l'offre et de la demande ne permet pas toujours d'assurer [une police des marchés] de façon naturelle et stable. La concurrence apparaît ainsi, en tant que garantie de la meilleure efficacité dans l'allocation des ressources, être un élément de l'intérêt général. »<sup>1511</sup>. Il est impossible que le juge administratif ne prenne pas en compte cette réalité. Le marché se développe, les anciens monopoles s'ouvrent à la concurrence ; l'action des pouvoirs publics doit pouvoir trouver

---

<sup>1507</sup> V. par exemple, Agathe Van Lang, *Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif*, RDP 2004, p. 1015 et spéc. p. 1020 ; Claude Lucas de Leyssac et Gilbert Parleani, *Droit du marché*, PUF, 2002 ; Marie-Stéphane Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Thèse, Dalloz, 2001

<sup>1508</sup> Martine Lombard, *A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés*, D. 1994, p. 163 ; G. Drago et M. Lombard (dir.), *Les libertés économiques*, Editions Panthéon-Assas, 2003 ; CE Sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, p. 583, S. 1931.3, p. 73 concl. Josse, note Alibert ; CE Ass. 22 juin 1951, *Daudignac*, p.362, D. 1951, p. 589 concl. Gazier, note J.C ; CE Ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, p. 272, RJEP 2006, p. 430 concl. Didier Casas ; AJDA 2006, p. 1595 ; DA Août-septembre 2006, p. 21 ctaire. Michel Bazex

<sup>1509</sup> Pour le détail de cette soumission, V. Partie II

<sup>1510</sup> Sur cette problématique, V. Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence*, Thèse, Dalloz, 2006, pp. 14 et s.

<sup>1511</sup> *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public du Conseil d'Etat 2002, EDCE n° 53, p. 219

sa place dans cette évolution. Son rôle est largement déterminé par la nature du droit qui lui est opposable. La juridiction administrative doit participer à ce mouvement sans laisser le monopole de l'application du droit du marché à la juridiction judiciaire. Le juge administratif, en intégrant dans son bloc de légalité les droits de la concurrence et de la consommation, s'est plié aux règles du marché<sup>1512</sup> et ainsi à « l'idéologie économique dominante »<sup>1513</sup>. Ce n'est pas pour autant que l'on peut qualifier ce tournant de néolibéral. Il ne semble pas qu'encadrer l'action économique des pouvoirs publics laisse place à une situation de « laisser faire » caractéristique d'une économie libérale. Maurice Allais, prix Nobel d'économie, remarqua très tôt que « les erreurs dans lesquelles sont tombés bien des meilleurs esprits proviennent, nous en sommes convaincus, de l'identification du régime concurrentiel à un régime de laisser-faire. En réalité il n'y a pas de pire confusion. »<sup>1514</sup>. Cette analyse peut être faite du droit de la concurrence mais aussi du droit de la consommation. C'est l'absence de prise en compte de ces droits qui conduit à un régime de « laisser faire ». Ainsi l'action économique administrative doit être encadrée par le droit du marché afin de respecter le bon déroulement d'une économie de marché. Il appartient au juge administratif de faire une application raisonnée de ces droits en en corrigeant les défauts.

**895.** Le juge administratif a pour rôle de permettre à l'administration d'agir dans le sens de l'intérêt général. Nous l'avons dit, la prise en compte du droit du marché est un moyen, parmi d'autres, d'accomplissement de cet objectif mais il ne l'est pas systématiquement. La logique concurrentielle et la logique consumériste peuvent heurter de plein fouet celle de l'intérêt général. Respecter l'intérêt d'un concurrent ou d'un consommateur peut conduire à défavoriser un grand nombre de personnes. Il peut être utile de ne pas sanctionner une pratique anticoncurrentielle, et donc de nuire à un concurrent, si cette pratique permet le bon accomplissement d'une mission de service public ou de l'intérêt général. La Cour de justice des Communautés Européennes l'a compris<sup>1515</sup>, la juridiction

---

<sup>1512</sup> Marie-Anne Frison-Roche, *Le modèle du marché*, APD 1996, p. 287

<sup>1513</sup> La formule est d'Agathe Van Lang *in* *Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif*, préc. P. 1019

<sup>1514</sup> M. Allais, *Abondance ou misère. Proposition hétérodoxe pour le redressement de l'économie française*, Libre. De Médicis, 1946

<sup>1515</sup> CJCE 19 mai 1993, Paul Corbeau, Rec. I, p. 2533, AJDA 1993, p. 865 note Hamon; CJCE 27 avril 1994, Commune d'Almelo, D. 1995, p. 17 note Dutheil de la Rochère

administrative commence seulement à le prendre en compte<sup>1516</sup>. Ce positionnement du juge administratif symbolisé par la mise en place de « limites d'intérêt général » donnera pleinement naissance à ce que d'aucuns qualifient déjà de droit « public » de la concurrence<sup>1517</sup> ou de la consommation<sup>1518</sup>.

**896.** Le juge administratif a tout à gagner à l'intégration des droits de la concurrence et de la consommation dans le bloc de légalité administrative. D'un côté, il démontre qu'il est un acteur réaliste et ouvert sur le monde qui l'entoure car il recourt de sa propre initiative à des normes adaptées à une économie de marché. Mais de l'autre, le juge doit prendre pleinement possession de ces nouveaux droits pour en devenir le maître afin d'assurer au mieux la satisfaction de l'intérêt général<sup>1519</sup>. Au-delà de cette libéralisation modérée du droit administratif, une seconde tendance s'affirme clairement : la subjectivisation du droit administratif.

## II- Une subjectivisation du droit administratif.

**897.** Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le juge administratif se livre traditionnellement à un contrôle de norme à norme. Fabrice Melleray résume la situation de la façon suivante : « il est possible d'affirmer, sans la dénaturer, que par question de droit objectif elle [la doctrine] entend celle de la violation de normes extracontractuelles par un acte administratif et par question de droit subjectif celle relative à l'atteinte à une prérogative (ou plus largement à une situation) individuelle, personnelle. »<sup>1520</sup>. L'extension de la légalité administrative paraît faire évoluer ce constat. Le recours pour excès de

---

<sup>1516</sup> V. CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n°1712 note M.-C. Rouault ; DA 2004, comm. 161 note Michel Bazex et Sophie Blazy pour une application en matière de droit de la concurrence ; CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006 p. 1289 note Jacques Fialaire pour une application en matière de droit de la consommation.

<sup>1517</sup> V. par exemple, Michel Bazex, Le droit public de la concurrence, RFDA 1998, p. 781 ; Sophie Nicinski, Les évolutions du droit administratif de la concurrence, AJDA 2004, p. 751 ; Sophie Nicinski, Droit public de la concurrence, LGDJ, 2005

<sup>1518</sup> Agathe Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, p. 1015, spéc. p. 1044

<sup>1519</sup> Didier Truchet, L'Etat et le marché, APD 1996, p. 315

<sup>1520</sup> Fabrice Melleray, Essai sur la structure du contentieux administratif français, LGDJ, 2001, p. 161



pouvoir est, depuis les travaux d'Edouard Laferrière, présenté comme un recours objectif, c'est-à-dire un contrôle basé sur la confrontation d'actes qui n'est donc pas fondé sur l'aspect subjectif qu'est la situation des individus<sup>1521</sup>. Plusieurs auteurs insistent sur une évolution de cette présentation car le droit administratif en général et le recours pour excès de pouvoir en particulier tendent à se subjectiviser au contact du droit privé<sup>1522</sup>. Jean-Bernard Auby précise que le contentieux administratif « devient de plus en plus un contentieux des intérêts, personnels et subjectifs, des administrés, de moins en moins une affaire de discipline objective de l'administration. »<sup>1523</sup>.

**898.** La pénalisation du recours pour excès de pouvoir, le recours aux droits de la concurrence et de la consommation et enfin la prise en compte du droit du travail illustrent parfaitement cette tendance. L'extension de la légalité administrative conduit à gommer la frontière établie entre recours objectif et subjectif. Patrick Fraisseix note par exemple que la « banalisation de l'idéologie libérale dévalorise, démantèle le droit administratif « ancestral » qui se centre dorénavant autour de l'individu et apparaît *nolens volens* comme le résultat d'un équilibre entre les droits des particuliers et les nécessités de l'action administrative, non plus comme un droit exorbitant. »<sup>1524</sup>. Ainsi, le droit administratif et le recours pour excès de pouvoir se structurent désormais autour d'un équilibre entre les droits des particuliers et les nécessités de l'intérêt général<sup>1525</sup>. Nous ne pensons pas que ces deux objectifs soient incompatibles tout comme nous n'estimons pas que la prise en compte d'intérêts individuels dans le recours pour excès de pouvoir soit une mauvaise chose. Ce constat de subjectivisation est indéniable, mais il n'a pas pour conséquence de nier l'existence d'un droit exorbitant comme l'affirme Patrick Fraisseix.

**899.** L'extension de la légalité administrative traduit une subjectivisation du droit administratif. Le droit du travail, les droits de la concurrence et de la consommation ainsi

---

<sup>1521</sup> Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, LGDJ, édition de 1886 rééditée en 1989 ; Pascale Gonod, *Edouard Laferrière, un juriste au service de la république*, LGDJ, 1997 ; Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, Op. Cit. ; David Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ 2002.

<sup>1522</sup> Patrick Fraisseix, *La « subjectivisation » du droit administratif*, LPA 15 octobre 2004, p. 12 ; Jean-Bernard Auby, *La bataille de San Romano*, préc. ; Jacques Caillosse, *Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ?*, RA, 2002, p. 343

<sup>1523</sup> Jean-Bernard Auby, *La bataille de San Romano*, préc.

<sup>1524</sup> Patrick Fraisseix, *La « subjectivisation » du droit administratif*, préc., p. 13

<sup>1525</sup> V. Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Thèse, Dalloz, 2003

que le droit pénal imposent de plus en plus à l'administration de respecter les droits subjectifs des administrés. Pour reprendre Patrick Fraisseix, l'intérêt général est « de proche en proche, concurrencé, voire dépassé, par les intérêts subjectifs des administrés »<sup>1526</sup>. Certains peuvent s'en émouvoir en estimant que le droit administratif « tend, au contact de réalités juridiques et sociétales nouvelles, à se désagréger, à perdre ses spécificités originelles pour au final se déliter et ne devenir qu'un corpus juridique dénaturé par des influences exogènes »<sup>1527</sup>. Nous avons déjà démontré pourquoi nous ne nous rangions pas derrière ce constat pessimiste. Nous pensons au contraire que cette prise en compte des intérêts particuliers par le juge de l'excès de pouvoir tend à dynamiser et renouveler le droit opposable à l'administration. Jean Rivero dans son célèbre *Huron au Palais-Royal* affirmait qu'à l'avenir le recours pour excès de pouvoir prendrait « un nouveau départ, sur la voie de l'efficacité »<sup>1528</sup>. L'extension de la légalité administrative vers des sources non exorbitantes du droit privé conduit à équilibrer les relations qu'entretiennent l'administration et les administrés en rendant le recours pour excès de pouvoir plus efficace. Le rapport entre les prérogatives de l'administration et ses sujétions vis-à-vis des administrés évolue afin de construire un droit administratif nouveau. Certains opposeront le spectre de l'impuissance publique mais nous laissons pour notre part le dernier mot au professeur Picard : « Si, en effet, à la place de l'impuissance, l'on place le mot « sujétions » le binôme que forment la puissance publique et l'impuissance publique n'est donc plus du tout ce couple monstrueux ou contre nature. Les beaux gestes de leur conjonction prennent alors, au contraire, les mouvements vitaux de la diastole et la systole du cœur de l'Etat : celui-ci a un Etat de droit, en irriguant tous ses tissus et tous ses organes d'une force qui ne saurait être ni une violence, ni une mollesse, toutes deux incompatibles avec sa raison d'être. Sous l'égide de l'Etat de droit, la puissance publique trouve donc dans le principe qui la fonde ses propres limites, qui ne sont certainement pas leur contraire. »<sup>1529</sup>. L'exorbitance du droit administratif doit trouver son équilibre entre prérogatives et sujétions afin d'asseoir sa légitimité. L'enrichissement de la légalité administrative affirme ce mouvement.

---

<sup>1526</sup> Ibid., p. 12

<sup>1527</sup> Ibid.

<sup>1528</sup> Jean Rivero, *Le huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, D. 1962, p. 37 et spéc. p. 40

<sup>1529</sup> Etienne Picard, *L'impuissance publique en droit*, AJDA n° spé. 20 juillet-20 août 1999, p. 11 et spéc. p. 20





## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I- Ouvrages Généraux :**

- **Alland** Denis et **Rials** Stéphane, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003
- **Braconnier** Stéphane, Droits des services publics, Thémis droit public, 2003
- **Braibant** Guy, **Stirn** Bernard, Droit administratif français, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2005
- **Chapus** René, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 15<sup>ème</sup> éd., 2001
- **Chapus** René, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 11<sup>ème</sup> éd., 2004
- **Chérot** Jean-Yves, Droit public économique, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 2007
- **Chevallier** Jacques, Science administrative, 2002, PUF 3<sup>ème</sup> éd
- **Colson** Jean-Philippe, Droit public économique, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2001
- **Debbash** Charles, **Ricci** Jean-Claude, Contentieux administratif, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2002
- **Delvolvé** Pierre, Droit public de l'économie, Dalloz, 1998
- **Demogue** René, Traité des obligations en général, Paris 1923, T. 2, Sources des obligations
- **Du Marais** Bertrand, Droit de la régulation économique, Dalloz, 2004
- **Duguit** Léon, Traité de droit constitutionnel, de Bocard, 1928
- **Eisenmann** Charles, Cours de droit administratif, T. 1, LGDJ, 1982
- **Favoreu** Louis, **Philip** Loïc, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Dalloz, 14<sup>ème</sup> éd., 2007
- **Frier** Pierre-Laurent et **Petit** Jacques, Précis de droit administratif, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2006
- **Fromont** Michel, Droit administratif des Etats européens, PUF, 2006
- **Gaudemet** Yves, Droit administratif, LGDJ, 18<sup>ème</sup> éd., 2005
- **Gaudemet** Yves, Droit administratif des biens, LGDJ, 12<sup>ème</sup> éd., 2002
- **Gohin** Olivier, Contentieux administratif, LITEC, 5<sup>ème</sup> éd., 2007
- **Hauriou** Maurice, Etudes sur le droit administratif français, Dupont, 1897
- **Hauriou** Maurice, La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif, Paris, L. Larose, 1899

- **Hauriou** Maurice, Précis de droit administratif, Sirey, 12<sup>ème</sup> éd., 1933, réédité par Dalloz en 1992
- **Hubrecht** Hubert-Gérald, Droit public économique, Dalloz, 1997
- **Jeandidier** Wilfried, droit pénal des affaires, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. 2003
- **Jèze** Gaston, Les principes généraux du droit administratif, Dalloz, 2003,
- **Koubi** Geneviève, **Guglielmi** Gilles, Droit du service public, Montchrestien, 2000
- **Lachaume** Jean-François, **Pauliat** Hélène, Les grandes décisions de la jurisprudence : droit administratif, PUF, 14<sup>ème</sup> éd., 2007
- **Lachaume** Jean-François, **Boiteau** Claudie, **Pauliat** Hélène, Droit des services publics, Armand Collin, 3<sup>ème</sup> éd., 2004
- **Laferrière** Edouard, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, Berger-Levrault et Cie, 2 t., 1886, réédition LGDJ, 1989
- **Larroumet** Christian (dir.), Introduction à l'étude du droit privé, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006
- **Le Mestre** Renan, Droit du service public, Gualino, 2005
- **Linotte** Didier et **Romi** Raphael, Droit public économique, Litec, 2006
- **Linotte** Didier et **Romi** Raphael, Droit du service public, Litec, 2007
- **Linotte** Didier et **Romi** Raphael, Services publics et droit public économique, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2001
- **Long**, **M. Weil** P., **Braibant** G., **Delvolvé** P., **Genevois** B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd., 2007
- **Lucas de Leyssac** Claude et **Parleani** Gilbert, Droit du marché, PUF, 2002
- **Malaurie** Philippe et **Morvan** Patrick, Introduction générale, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2005
- **Mescheriakoff** Alain-Serge, Droit public économique, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1996
- **Morand-Deville**, Cours de droit administratif, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2003
- **Odent** Raymond, Contentieux administratif, Dalloz, 2007
- **Pélissier** Jean, **Supiot** Alain, **Jemmaud** Antoine, Droit du travail, Dalloz, 22<sup>e</sup> éd., 2004
- **Richet** Laurent, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2004
- **Rivero** Jean, **Waline** Jean, Droit administratif, Dalloz, 21<sup>ème</sup> éd., 2006
- **Seiller** Bertrand, Droit administratif, tome 1, Flammarion, 1<sup>ère</sup> éd., 2001
- **Seiller** Bertrand, Droit administratif, tome 2, Flammarion, 2<sup>ème</sup> éd., 2005
- **Servoin** François, Droit administratif de l'économie, 2<sup>ème</sup> éd., Presses Universitaires de Grenoble, 2001
- **Soyer** Jean Claude, Droit pénal et procédure pénale, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd. 2006

- **Terré** François, Introduction générale au droit, Dalloz, 6ème éd., 2003
- **Van Lang** Agathe, **Gondouin** Geneviève, **Inserguet-Brisset** Véronique, Dictionnaire du droit administratif, Armand Collin, 4ème éd., 2005
- **Vlachos** Georges, Droit public économique Français et Européen, Armand Collin, 2e éd., 2001
- **Weil** Prosper et **Pouyaud** Dominique, Le droit administratif, Que sais-je ?, PUF, 21ème éd., 2006
- **Zoller** Elisabeth, Introduction au droit public, Dalloz, 1ère éd., 2006

## II- Ouvrages spéciaux :

- **Auby** Jean-Bernard et **Braconnier** Stéphane, Service publics industriels et commerciaux : questions actuelles, LGDJ, 2006
- **Bigot** Grégoire, Introduction historique au droit administratif depuis 1789, PUF, 2002
- **Bodin** Jean, Les six livres de la République, 1576, LGF, rééd. 1993
- **Brault** Dominique, Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, 2004
- **Brenner** François et **Melleray** Fabrice, Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004, Litec, 2005
- **Burdeau** François, Histoire du droit administratif, PUF, 1995
- **Cassese** Sabino, La construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni, Montchrestien, 2000
- **Cassia** Paul, Les référés administratifs d'urgence, LGDJ, 2003
- **Charbit** Nicolas, Secteur public et droit de la concurrence, éd. Joly, 1999
- **Chevalier** Jacques, L'Etat post-moderne, LGDJ, 2ème éd., 2004
- **Cohen** E., **Henry** C., Service public, Secteur public, La doc. Fr. 1997
- **Cohen-Tanugi** Laurent, Le droit sans l'Etat, PUF, 1985
- **Conseil d'Etat**, Service public, services publics : Déclin ou renouveau ?, EDCE, La doc. Fr., 1995
- **Conseil d'Etat**, L'intérêt général, EDCE, La doc. Fr., 2000
- **Conseil d'Etat**, Collectivités publiques et concurrence, EDCE, La doc. Fr., 2003
- **Conseil d'Etat**, Perspectives pour la fonction publique, EDCE, La doc. Fr., 2004
- **Conseil d'Etat**, L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ?, EDCE, La doc. Fr., 2007
- **Crozier** Michel, Etat modeste, Etat moderne, Points Seuil, 2ème éd., 1991
- **Delamare** Nicolas, Traité de la police, 4 vol., Paris, Brunet, 1722-1738

- **Dicey** V.A., Introduction à l'étude du droit constitutionnel, Giard et Brière, Paris, 1902
- **Elias** Norbert, La dynamique de l'occident, Calmann-Lévy, 2ème éd., 1969
- **Georges Ripert**, Le déclin du droit, LGDJ, 1949
- **Gérando**, Institutes du droit administratif français, Tome 1, Paris, Nève, 1829
- **Guedj** Alain, Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, Litec, 2ème éd., 2006
- **Henaff** G., Concurrence et service public : enjeux et perspectives, Rennes, PUR, 2002
- **Latour** Bruno, La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat., éd. La découverte, 2002
- **Leakey** R., **Lewin** R., La sixième extinction. Evolution et catastrophes, Flammarion, 1997
- **Legendre** Pierre, L'administration de 1750 à nos jours, PUF, 1968
- **Malaurie-Vignal** Marie, L'abus de position dominante, LGDJ, 2003
- **Malaurie-Vignal** Marie, Droit de la concurrence interne et communautaire, Armand Colin, 3ème éd., 2005
- **Melleray** Fabrice (dir.), L'exorbitance du droit administratif en question(s), LGDJ, 2004
- **Mestre** Jean-Louis, Introduction historique au droit administratif français, PUF, 1985
- **Moderne** Franck, La responsabilité décennale des constructeurs en droit public, Dalloz, 1993
- **Nicinski** Sophie, Droit public de la concurrence, LGDJ, 2005
- **Rainaud** J.-M., **Cristini** R. (dir.), Droit public de la concurrence, Economica, 1987
- **Savatier** René, Du droit civil au droit public : à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, LGDJ, 2ème éd., 1950
- **Smith** Adam, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, 1776, Economica, réédition 2000
- **Terré** François, Le consommateur et ses contrats, Editions du Juris-classeur, 1999
- **Vailhé** Judith, La France face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme, La doc. Fran., 2001
- **Van Lang** Agathe (dir.), Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites, Dalloz, 2007
- **Vigouroux** Christian, Déontologie des fonctions publiques, Dalloz, 2006
- **Weber** Max, Economie et société, Pocket, 1922, rééd. 2003



**III- Thèses :**

- **Amar** Jacques, De l'usager au consommateur de service public, Thèse, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2001
- **Bailleul** David, L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, LGDJ 2002.
- **Bernard** Sébastien, La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif, thèse, LGDJ, 2001
- **Beroujon** François, L'application du droit de la consommation aux gestionnaires de services publics, Thèse, Grenoble II, 2005
- **Bigot** Grégoire, L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872, Thèse, LGDJ, 1999
- **Blin** Cécile, Le pantouflage saisi par le droit, Thèse, Tours, 2002
- **Brenet** François, Recherche sur l'évolution du contrat administratif, Thèse, Poitiers, 2002
- **Cesaro** Jean-François, Le doute en droit privé, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2003
- **Chapus** René, Responsabilité publique et responsabilité privée : les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, thèse LGDJ, 1957
- **Charbit** Nicolas, Le droit de la concurrence et le secteur public, L'Harmattan, 2002
- **Chevallier** Jacques, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, Thèse, LGDJ, 1970
- **Claeys** Antoine, L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir, Thèse, Poitiers, 2005
- **Clamour** Guylain, Intérêt général et concurrence, Dalloz, 2006
- **Cluzel-Métayer** Lucie, Le service public et l'exigence de qualité, thèse, Dalloz, 2006
- **Connan** Christophe, La réception du droit privé par le droit administratif français, Thèse Poitiers, 2000
- **Cornu** Gérard, Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, Thèse, Paris, 1949, Reims, Matot-Braine, 1951
- **Dellis** G., Droit pénal et droit administratif, Thèse, LGDJ, 1997
- **Denizeau** Charlotte, L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne, LGDJ, 2004
- **Ferrari** P., Recherches sur l'application du droit public interne par le juge judiciaire, Thèse, Paris, 1972
- **Fortsakis** Théodore, Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, thèse, LGDJ, 1987

- **Foulquier** Norbert, Les droits publics subjectifs des administrés, Thèse, Dalloz, 2003
- **Garbar** Christian-Albert, Le droit applicable au personnel des entreprises publiques, LGDJ, 1996
- **Gonod P.**, Edouard Laferrière, un juriste au service de la république, LGDJ, 1997
- **Jeanneau** Benoît, les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Thèse, Sirey, 1954
- **Katz** David, Juge administratif et droit de la concurrence, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004
- **Lamarque** Jean, Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs, thèse, LGDJ, 1960
- **Maillot** Jean-Marc, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, Thèse, Dalloz, 2003
- **Marcon** N., Service public et droit de la concurrence, Thèse, Paris XIII, 1999
- **Melleray** Fabrice, Essai sur la structure du contentieux administratif français, LGDJ, 2001
- **Monjal** Pierre Yves, Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires, Thèse, LGDJ, 2000
- **Morvan** Patrick, Le principe de droit privé, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 1999
- **Nicinski** Sophie, L'usager du service public industriel et commercial, Thèse, L'Harmattan, 2001
- **Payet** Marie-Stéphane, Droit de la concurrence et droit de la consommation, Thèse, Dalloz, 2001
- **Plessix** Benoit, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Thèse, éd. Panthéon-Assas, 2003
- **Potvin-Solis** Laurence, L'Effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français, Thèse, LGDJ, 1999
- **Rodrigues** Stéphane, Services publics et services d'intérêt économique général dans la Communauté européenne, Thèse, Paris I, 1999
- **Sabard** Olivia, La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle, Thèse, Tours, 2007
- **Sfez** L., Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français, LGDJ, 1966
- **Truchet** Didier, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, thèse, LGDJ, 1977
- **Van Lang** Agathe, Juge judiciaire et droit administratif, Thèse, LGDJ, 1996
- **Waline** Jean, Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif, thèse Paris, 1962

**IV- Notes de doctrine :**

- **Adam** Caroline, La prise en compte des missions de service public par les règles de concurrence, *Gaz. Pal.* 1997, p. 275
- **Amar** Jacques, Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, *CCC*, janvier 2002, p. 13
- **Amar** Jacques, Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?, *CCC* 2003, chron. 5
- **Amselek** Paul, le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente, *AJDA* 1968, p. 492
- **Auby** J.-B., Le mouvement de "pénalisation" de l'action publique, *DA*, 1997, p.3
- **Auby** Jean-Bernard, A propos de la notion d'exorbitance du droit administratif, *in* L'exorbitance du droit administratif en question(s), Fabrice Melleray (dir.), *LGDJ*, 2004, p. 9
- **Auby** Jean-Bernard, A propos des réserves d'intérêt général, *DA* 2003, repère n° 6
- **Auby** Jean-Bernard, La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions du droit administratif, *AJDA* 2001, p. 912
- **Auby** Jean-Bernard, Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites, *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3
- **Barbier** Christian, L'usager est-il devenu le client du service public ?, *JCP*1995, n°3816
- **Barthelemy** Christophe, Coûts incrémentaux et subventions croisées : une méthode d'analyse qui participe du rééquilibrage entre la libre concurrence et le service public, *RJEP* 2005, p. 225
- **Bazex** Michel, La libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative, *Gaz. Pal.* 2001, p. 1154
- **Bazex** Michel, Le droit public de la concurrence, *RFDA* 1998, p. 781
- **Bell** John, De la nécessité d'un droit administratif, *AJDA* 1995, n° spécial, p. 99
- **Belloutet-Frier** N., Service public et droit communautaire, *AJDA* 1994, p. 270
- **Berlin** Dominique, Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence, *AJDA* 1995, p. 259
- **Bettinger** Christian, L'introduction des clauses abusives dans le droit des services publics : une révolution aux suites multiples, *DA* octobre 1993, p. 9
- **Bigot** Grégoire, L'exorbitance dans la formation historique du droit administratif, *in* L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004
- **Bigot** Grégoire, La difficile distinction droit public droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif, *Droits*, 2003, p. 97

- **Bizeau** Jean-Pierre, Le juge administratif n'est-il plus le juge que de la puissance publique ?, AJDA 1992, p. 179
- **Bizeau** Jean-Pierre, Usagers ou clients du service public ? Le discours de l'administration, RA 1997, p. 209
- **Blanc** Hubert, *in* Puissance publique ou impuissance publique ? Une réévaluation des pouvoirs et procédures régaliens, AJDA n° spé. 20 juillet-20 août 1999, p. 89
- **Blanquer Jean-Michel**, Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel, *in* Mélanges Jacques Robert, LGDJ, 1998, p. 227
- **Blumann** Claude, Quelques variations sur le thème du service public en droit de l'union européenne, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 45
- **Boulouis** Jean, Supprimer le droit administratif ?, Pouvoirs 1988, n° 46 p. 5
- **Braibant** Guy, Du simple au complexe quarante ans de droit administratif (1953-1993), EDCE n°45, 1994
- **Brechon-Moulenes** Christine, La place du juge administratif dans le contentieux économique public, AJDA 2000, p. 679
- **Brenet** François, Les réserves d'intérêt général, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 139
- **Brethe de la Gressaye** Jean, Droit administratif et droit privé, *in* Le droit privé français au milieu du XXème siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, Paris LGDJ, 1950, T. 1, pp. 304-322
- **Burdeau** François, Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire, EDCE 2002, p. 391
- **Caillosse** Jacques, Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique, AJDA 1996, p. 955
- **Caillosse** Jacques, L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?, *in* François Lacasse et Jean-Claude Thoening (dir.), L'action publique, L'harmattan, 1996, p. 307
- **Caillosse** Jacques, Le droit administratif saisi par la concurrence ?, AJDA 2000, p. 99
- **Caillosse** Jacques, Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel, AJDA 2005, p. 1781
- **Caillosse** Jacques, Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ?, RA, 2002, p. 343
- **Calmette** Jean-François, L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif, DA juillet 2006, Etudes n° 14, p. 13
- **Carbajo** Joël, Les activités accessoires au service public, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 236
- **Champaud** Claude, Contributions à la définition du droit économique, D. 1967, p. 215

- **Chapus René**, Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique, RFDA 1990, p. 740
- **Chapus René**, L'administration et son juge. Ce qui change, EDCE, 1992, n°43, p. 259
- **Chapus René**, Le service public et la puissance publique, RDP 1968, p. 235
- **Charbit Nicolas et de Hauteclocque Jean**, l'action en indemnité des victimes de pratiques anticoncurrentielles, D. Affaire, 1999, p. 1063
- **Chazal J.-P.**, Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, chron. p. 260
- **Chérot Jean-Yves**, Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, AJDA 2000, p. 687
- **Chevallier Jacques**, L'évolution du droit administratif, RDP 1998, p. 1794
- **Chevallier Jacques**, Le droit administratif, droit de privilège ?, Pouvoirs n° 46, 1988, p. 57
- **Chevallier Jacques**, Les fondements idéologiques du droit administratif français, *in* Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, tome 2, PUF, 1979, p. 3
- **Cohen-Tanugi, Laurent** La révolution juridique et judiciaire, *in* Notre justice, Daniel Soulez Larivière et Hubert Dalle (dir.), Robert Laffont, 2002, p. 63
- **de Giles David**, Droit pénal de la concurrence en Europe, JCP E 2003 n°1, p. 20 et n° 2 p. 68
- **Delelis Philippe**, Principe de spécialité et droit de la concurrence, DA 2002 chron. 8
- **Delvolvé Pierre**, Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ?, *in* Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ, 1988, p. 269
- **Delvolvé Pierre**, La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative, Mélanges Auby, Dalloz, 1992, p. 47
- **Delvolvé Pierre**, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, DA octobre 1993, p. 3
- **Delvolvé Pierre**, Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 135
- **Dort Olivier**, Pantouflage : des règles simplifiées pour un contrôle simplifié, AJDA 2007, p. 516
- **Drago Roland**, La tenaille. Réflexions sur l'état du droit administratif, *in* Clés pour le siècle, Dalloz, 2000, p. 436
- **Drago Roland**, Le juge judiciaire, juge administratif, RFDA 1990, p. 757
- **Dubouis Louis**, Service public et droit de l'union européenne : un perpétuel débat, *in* Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 293
- **Dupeyroux Olivier**, La jurisprudence, source abusive du droit, Mélanges offerts à J. Maury, tome 2, 1960, p. 349
- **Durand P.**, Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives, Dr. Soc. 1956, p. 214

- **Eckert** Gabriel, L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché, *in* Gouverner, administrer, juger, Mélanges offerts à Jean Waline, Dalloz, 2002, p. p. 207
- **Eckert** Gabriel, Les modes de financement du service public dans l'environnement concurrentiel, *in* Service public et Communauté européenne : entre intérêt général et le marché, Doc. Fr. 1998, T. II, p. 429
- **Eisenmann** Charles, Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXème au XXème siècle), RDP 1952, p. 903
- **Eisenmann** Charles, Le droit administratif et le principe de légalité, EDCE n°11, 1957, p. 25
- **Eisenmann** Charles, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, *in* Mélanges offerts à J. Maury, tome 2, Dalloz, 1960, p. 379
- **Eisenmann** Charles, Un dogme faux : l'autonomie du droit administratif, *in* Perspectivas del derecho publico en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Soyagues-Laso, Madrid, Instituto des estudios de administracion local, 1969, p. 419
- **Esplugas** Pierre, Le service universel, DA décembre 2002, p. 6
- **Fardet** Christophe, La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général, AJDA 2000, p. 115
- **Favoreu** Louis, Les règlements autonomes n'existent pas, RFDA 1987, p. 871
- **Ferrari** Brigitte, Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité, AJDA 2006, p. 1021
- **Fraisseix** Patrick, La « subjectivisation » du droit administratif, LPA 15 octobre 2004, p. 12
- **Frier** Pierre-Laurent, La juridiction administrative, quel avenir ?, *in* Regards sur l'histoire de la justice administrative, sous la direction de Grégoire Bigot, LITEC, 2006, p. 333
- **Frison-Roche** Marie-Anne, Le modèle du marché, APD 1996, p. 287
- **Froment** J.-Ch., Remarques sur les enjeux et la portée d'une "criminalisation" du droit administratif, RDP 2001, p. 555.
- **Froment** J.-Ch., De la valorisation de la conception fonctionnelle de la fonction publique à son institutionnalisation (la loi du 26 juillet 1991), RDP 1996, p. 1117
- **Gaudemet** Yves, Du domaine de la couronne au domaine public, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 525
- **Gaudemet** Yves, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, *in* Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1995. p. 121
- **Gaudemet** Yves, Le juge administratif, une solution d'avenir ?, *in* Clés pour le siècle, Dalloz, 2000, p. 1213

- **Gaudemet** Yves, Monde économique et justice administrative : la mesure d'une critique, *Justices* 1995, n°1, p. 15
- **Gaudemet** Yves, Remarques sur l'évolution des sources du droit du contentieux administratif, *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz 2000, p. 329
- **Ghestin** Jacques, Droit public- droit privé institutions publiques- institutions privées le point de vue d'un privatiste *in* La pensée de Charles Eisenmann, *Economica*, 1986, p. 157
- **Glais** Michel, Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence, *EDCE* 2002 n°53, p. 403
- **Grosclaude** Jacques, la loi du 4 juillet 1984 et la révision des charges, *RFDA* 1986, p. 122
- **Guglielmi** Gilles J., Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif, *in* Le droit administratif en mutation, PUF, 1993, p. 41
- **Hauriou** André, L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Tome 3, Sirey, 1934, p. 92
- **Hertzog** Robert, Le prix du service public, *AJDA* 1997, p. 55
- **Huet** Jérôme., La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur élimination : Quel droit? Quels juges ?, *LPA* 6 février 1998, n°16 p.7
- **Iacono** G., Le nouveau statut de la Banque de France, *D.* 1994, chron. p. 92
- **Idot** Laurence, Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ?, *revue Europe*, janvier 1996 p.1
- **Idot** Laurence, Quelques réflexions sur l'avenir de l'ordonnance du 1er décembre dans la perspective communautaire ?, *Gaz. Pal.* 1997, p.257
- **Idot** Laurence, L'impact du droit communautaire sur le droit économique, *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Denys Simon (dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2001
- **Idot** Laurence, La protection par le droit de la concurrence, Les clauses abusives entre professionnels, *Christophe Jamin et Denis Mazeaud (dir)*, *Economica*, 1998, p. 55
- **Jorda** J., La responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière de la jurisprudence, *Gaz. Pal.* 11-13 février 2001, p.4
- **Jouguelet** Jean-Pierre, Remarques sur la passation des délégations de service public et les atteintes au droit de la concurrence, *RJEP* 2007, p. 288
- **Jeanneau** Benoît, La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps, *EDCE* 1981-1982, p. 33
- **Jean-Pierre** Didier, La loi de modernisation de la fonction publique, *JCP G*, 14 février 2007, p. 5
- **Jegouzo** Yves, De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité, *AJDA* 2005, Chron. p. 1164

- **Jegouzo** Yves, Le maire ne peut utiliser ses pouvoirs de police générale pour interdire la culture en plein champ des espèces végétales génétiquement modifiées, AJDA 2002, p. 1351
- **Jenny** Frédéric, Les relations entre le droit et l'économie dans l'ordonnance du 1er décembre 1986, Gaz. Pal. 1997, p. 260
- **Karpenschif** Michaël, La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire, RFDA 2002, p. 95 ;
- **Labetoulle** Daniel, L'avenir du dualisme juridictionnel, AJDA 2005, p. 1770
- **Lachaume** Jean-François, La compétence suit la notion..., AJDA 2002, p. 77
- **Lachaume** Jean-François, La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif, *in* L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2004, p. 71
- **Lachaume** Jean-François, Réflexions naïves sur l'avenir du service public, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 519
- **Landais** Claire et **Lenica** Frédéric, La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme par le Conseil d'Etat, DA juin 2005, p. 8
- **Lavialle** Christian, L'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 et l'évolution du droit de la domanialité publique, CGEG mai 1988, p. 163
- **Le Bras** Gabriel, Les origines canoniques du droit administratif, Etudes en l'honneur d'A. Mestre, L'évolution du droit public, Sirey, 1956, p. 395
- **Legendre** Pierre, La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français, RIDC 1971, p. 5
- **Lévy** Alain, L'état de la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes publiques dix ans après l'entrée en vigueur du code pénal de 1994, DA, juin et juillet 2004 (2 parties), p. 12 et p. 14
- **Linotte** Didier et **Rials** Stéphane, Conclusions d'une controverse, AJDA 1981, p. 115
- **Linotte** Didier, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, AJDA 1980, p. 632
- **Linotte** Didier, Le droit public de la concurrence, AJDA 1984, p. 60
- **Lochak** Danièle, Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?, Pouvoirs n°46, 1988, p. 43
- **Lombard** Martine, Le nouveau statut de la Banque de France, AJDA 1994, p. 491
- **Lombard** Martine, A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés, D. 1994, p. 163
- **Lombard** Martine, Le droit administratif français est-il exportable ?, JCP A, 16 avril 2007, n°2094
- **Long** Marceau, Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire, RFDA 2001, p. 1161



- **Loschak** Danièle, Le principe de légalité. Mythes et mystifications, AJDA 1981, p. 387
- **Luby** M., Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence, CCC. 2002, chron. p. 14
- **Malaurie-Vignal** Marie, transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, D. 1996, Chron. p. 361, pt. 16 et s.
- **Marceau** Anne, Police administrative et droit de la concurrence, AJDA 2002, p. 190
- **Martin** Gilles J., Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ?, AJDA 2005, Chron. p. 2222
- **Mazeaud** H., Défense du droit privé, D. 1946, chr. p. 17
- **Mazières** Arnaud, Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents, AJDA 2005, p. 1334
- **Melleray** F., Une nouvelle crise de la notion d'établissement public spécialisé, AJDA 2003, p. 711.
- **Mestre** J., Des notions de consommateurs, RTD civ. 1989, p. 63
- **Mestre** Jean-Louis, Le « cours de législation administrative » de Portiez de l'Oise (1808), RFDA 1993, p. 239
- **Moderne** Franck, Le recours par le juge administratif aux « principes dont s'inspire le Code civil » (autour et à propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France), in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz 2006, p. 641
- **Morellet** Jean, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueil Edouard Lambert, Intro à l'étude du droit comparé, tome III, LGDJ, 1973, p. 137
- **Nadal** S., Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives Dr. Ouvr. 2002, p. 423
- **Nicinski** Sophie, Les conditions de création d'un service public dans un environnement concurrentiel, AJDA 2005, p. 2130
- **Nicinski** Sophie, Le problème de la tarification des données publiques, RJEP 2004, p. 432
- **Nicinski** Sophie, Les évolutions du droit administratif de la concurrence, AJDA 2004, p. 751
- **Ondoua** Alain, Les principes généraux du droit relatifs à la fonction publique, in Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 777
- **Paisant** G., A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née du critère du rapport direct, JCP 2003-I, p. 121
- **Parleani** Gilbert, La liberté de la concurrence est-elle effective ?, in Les libertés économiques, G. Drago et M. Lombard (dir.), Editions Panthéon-Assas, 2003, p. 97
- **Peiser** Gustave, Le développement de l'application du principe de légalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Mélanges Chapus, Montchrestien, 1992, p. 517

- **Perdu** Sylvande, Le juge administratif et la protection des consommateurs, AJDA 2004, p. 481
- **Picard** Etienne, L'impuissance publique en droit, AJDA n° spé. 20 juillet-20 août 1999, p. 11
- **Plessix** Benoît, Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français, Droits, 2003, p. 113
- **Pontier** Jean-Marie, Prévenir pour se prémunir, AJDA 2006, Chron. p. 729
- **Raymond** G., Une personne morale est-elle un consommateur ?, CCC 2002, ctaire. 18
- **Rials** Stéphane, Sur une distinction contestable et un trop réel déclin, AJDA 1981, p. 632
- **Richer** Laurent, Le juge économiste ?, AJDA 2000, p. 703
- **Richer** Laurent, Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire, CJEG 1990, p. 367
- **Rivero** Jean, Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ?, D. 1947, chron. p. 69
- **Rivero** Jean, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953, p. 279
- **Rivero** Jean, Le huron au Palais royale, D. 1962, p. 37
- **Rivero** Jean, Le juge administratif : Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?, Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public, tome II, LGDJ, 1974, p. 701
- **Romi** Raphaël, Des mots et des images : libres propos sur l'impuissance publique en droit, in Mélanges Jean-Philippe Colson, PUG, 2004, p. 81
- **Rouyère** Aude, L'exigence de précaution saisie par le juge, RFDA 2000, p.266
- **Rouyère** Aude, Principe de précaution et responsabilité civile des personnes publiques, D. 2007, p. 1537
- **Seiller** Bertrand, Evolution de la conception française du service public et de son dualisme, JCP A, 16 avril 2007, n° 2097
- **Sélinsky** V., Faut-il tuer le droit administratif pour faire triompher la concurrence ?, JCP E, Cahier de l'entreprise n° 3, p. 21
- **Soleil** Sylvain, Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherches, in Regards sur l'histoire de la justice administrative, sous la direction de Grégoire Bigot, LITEC, 2006, p. 3
- **Stahl** Jacques-Henri, Le juge administratif garantie de l'administration ?, AJDA n° spéc. 20 juillet-20 août 1999, p. 58
- **Stirn** Bernard, Le code civil et la fonction contentieuse du Conseil d'Etat : du code civil écarté au code civil appliqué, RJEP 2005, p. 86

- **Terneyre** Philippe, L'utilisation des instruments juridiques de droit privé par les collectivités locales, *in* Les collectivités locales et le droit. Les mutations actuelles, Dalloz, 2001, p. 115
- **Terneyre** Philippe, La compétence du juge administratif, AJDA 2000, p. 701
- **Testu** François Xavier, La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? D. 1998, chron. p. 345
- **Truchet** Didier, Avons-nous encore besoin du droit administratif ?, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 1039
- **Truchet** Didier, Etat et marché, APD 1996, p. 315
- **Truchet** Didier, Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?, *in* Etudes offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 335
- **Truchet** Didier, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre, EDCE n°50, 1999, p. 361
- **Truchet** Didier, Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Dalloz, 2002, p. 539
- **Truchet** Didier, Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre ?, D. Aff. 1996, p. 731
- **Truchet** Didier, Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut du service public, AJDA 1982, p. 427
- **Truchet** Didier, Questions à, AJDA 2004, p. 116
- **Truchet** Didier, Réflexions sur le droit économique public en droit français, RDP 1980, p. 1009
- **Van Lang** Agathe, De l'usage du bilan dans l'après jugement, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Dalloz, 2007, p. 1051
- **Van Lang** Agathe, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, p. 1016
- **Vedel** Georges, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, n°8, p. 21
- **Voisset** Michèle, La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics, RFDA 1999, p. 743
- **Voisset** Michèle, Qualité, adaptabilité, mutabilité, Service public et communauté européenne entre l'intérêt général et le marché, Tome II, La documentation française, 1998, p. 397
- **Waline** Jean, Droit public- droit privé institutions publiques- institutions privées le point de vue d'un publiciste, La pensée de Charles Eisenmann, Economica, 1986, p. 147
- **Waline** Marcel, A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent, RDP 1961, p. 8
- **Weil** Prosper, A propos de l'application par les tribunaux judiciaires des règles du droit public, ou : les surprises de la jurisprudence Giry, Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Ed. Cujas, 1975

**V- Décisions citées :**

**A- Juridiction administrative :**

**1- Tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel :**

- CA Paris 12 octobre 1990, Crédit municipal de Paris c/ Hatton, D. 1990, IR, p. 258
- CAA Nantes, 4 novembre 1992, Melle Trempu, n°90NT00463
- TA Besançon 10 octobre 1996, M. Glory c/ Commune de Câteinois-les-Forges, AFJP 1997-1, pp.39 ; Dr. Soc. 1996, p. 1034, concl. Moulin ; LPA 23 juillet 1997, note Portet ; TDP 1997, p.107 note Portet.
- CAA Paris 3 décembre 1996, SARL Agriver c/ INC, JCP 1997, jurisp. n° 22856 note Victor Haïm
- TA de Rennes, 23 juillet 1997, Mme G, AFJP 1998-2, p. 49 note J. Mekhantar
- CAA Lyon 13 avril 2000, Commune de Saint-Sorlin-d'Arves, AJDA 2002, p. 849 concl. F. Bourrachot
- CAA de Bordeaux, 18 février 2003, Commune de Bayonne, AJDA 2003, p. 1232 note P. Quilichini.
- TA Dijon 20 février 2003, Jean-Louis Bernard consultants, AJDA 2003, p. 790 concl. B. Heckel et n. Jean-David Dreyfus ; DA 2003, j. n° 102, note Michel Bazex et Sophie Blazy
- CAA Bordeaux 19 mars 2003, Cne. Lavour, JCP Adtion. & Coll loc. 2003, p. 714 note J. Moreau
- CAA de Paris, 4 décembre 2003, Société d'équipement de Tahiti et des îles (SETIL), AJDA 2005, p. 200 note Sophie Nicinski
- CAA Douai, 30 décembre 2003, Commune du Havre, AJDA, 2004, p. 1308 note Jean-David Dreyfus
- TA de Strasbourg 23 mars 2004, Sté Amnéville c/ Ville d'Amnéville, AJDA 2004, p. 1135 note Jean-David Dreyfus
- CAA Douai 16 novembre 2004, Société Autoforum du particulier, AJDA 2005, p. 77 chron. Michel
- CAA Nantes 29 décembre 2005, M. Daniel Vitteau, AJDA 2006, p. 1289, note Jacques Fialaire
- TA Nice 8 décembre 2006, Mme Jehanne Arnaud c/ Cne. de Sainte Maxime, Lamy Coll. Terr., janvier 2007, p. 14 note Frédéric Dieu

**2- Conseil d'Etat :**

- CE 6 décembre 1855, Rotschild, p.707, S. 1856. II., p. 508
- CE 6 février 1903, Terrier, S. 1903-3, p. 25 concl. Romieu et note Hauriou

- CE 11 décembre 1903, Commune de Gore, S. 1906.3.49, note Maurice Hauriou
- CE 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Rec. p. 962 concl. Romieu ; S. 1907.3, p. 33 note M. Hauriou
- CE 4 mars 1910, Théron, p.193, RDP 1910, p. 249 note Jèze ; S. 1911-3, p. 17 concl. Pichat et note Hauriou
- CE 4 avril 1914, Gomel, rec. p. 488
- CE 8 juin 1917, Rabé, Rec. p. 446
- CE 25 novembre 1921, Sté les Savonneries Olive, p.977, RDP 1922, p. 107
- CE Sect. 9 novembre 1928, Bertrand, rec. p. 1149 ; D. 1929, p. 26 concl. Dayras
- CE Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, p.583, S. 1931.3, p. 73 concl. Josse, note Alibert
- CE Sect, 29 janvier 1932, Sté des autobus antibois, rec. p. 117
- CE Ass. 23 juin 1933, Lavabre, p.677 S. 1933.3.81 concl. Rivet et note Alibert
- CE Ass. 24 novembre 1933, Zénard, Rec. p. 1100 ; S. 1934.3.33 concl. Detton, note Achille Mestre
- CE Sect. 9 novembre 1934, Chambre de commerce de Tamatave, p.1034 Rec. p. 1034
- CE 23 mars 1938, Société des transports Citroën, Rec. p. 304
- CE Ass. 13 mai 1938, Caisse primaire aide et protection, p.417, D. 1939.3, p. 65, concl. J.-A. Latournerie, note Pépy ; RDP 1938, p. 830, concl. J.-A. Latournerie
- CE 21 janvier 1944, Léoni, rec. p. 26
- CE 10 décembre 1948, Lavaud, rec., p. 467
- CE Ass. 17 février 1950, Dame Lamotte, p. 110, RDP 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline
- CE 18 avril 1951, Flacheron, rec. p. 1963
- CE Ass. 22 juin 1951, Daudignac, p.362, D. 1951, p. 589 concl. Gazier, note J.C.
- CE Ass. 30 mai 1952, Dame Kirkwood, rec. p.291
- CE Ass. 13 mars 1953, Teissier, rec. p. 133
- CE Sect. 13 novembre 1953, Chambre syndicale des industries et du commerce des armes, munitions et articles de chasse, p. 487 ; D. 1954, p. 553 note Reuter
- CE Ass. 11 juillet 1956, Amicale des Annamites de Paris, Rec. p. 137 ; AJDA 1956, p. 400 chr. Fournier et Braibant
- CE Ass. 16 novembre 1956, Union syndicale des industries aéronautiques, p.434 D.1956, p. 759 ; S. 1957, p. 38 concl. Laurent
- CE 30 novembre 1956, Sieur Geslin, rec. p. 454
- CE Sect. 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, rec. p. 158

## Bibliographie

---

- CE Ass. 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens, p.578, D. 1959, p. 475
- CE Sect. 14 avril 1961, Ministre de la reconstruction c/ Société Sud-Aviation, p. 236 ; AJDA 1961, p. 326 chron. J.-M. Galabert et M. Gentot
- CE Sect. 13 octobre 1961, Etablissement Campanon-Rey, p.567 AJDA 1962, p. 98 concl. Heumann, note A. de Laubadère
- CE 10 novembre 1961, Missa et Association les résistants de la radiodiffusion française, rec. p. 636
- CE Ass. 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot, p.552, AJDA 1962, p.612 chron. A. De Laubadère ; JCP 1963, II. p. 13068 note Ch. Debbasch.
- CE Sect. 22 février 1963, Commune de Gavarnie, rec. p. 113
- CE Sect. 28 juin 1963, Narcy, rec. p. 401 ; RDP 1963, p. 1186 note Marcel Waline
- CE Sect. 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, rec. p. 563 ; AJDA 1964, Chr. Puybasset et Puissochet
- CE 25 mars 1966, Ville de Royan, p. 237
- CE Ass. 13 janvier 1967, Syndicat unifié des techniciens de la Radio-Diffusion-Télévision-Française, rec. p. 10
- CE Ass. 24 janvier 1969, Ministre du travail contre syndicat national des cadres des organismes sociaux, p.39, RA 1970, p. 170 conclusions Baudoin ; AJDA 1969, p. 158 chron. Dewost et R. Denoix de Saint Marc ; D. 1969, p. 440 note J. Dutheil de la Rochère
- CE 29 avril 1970, Société Unipain, Rec. p. 280 AJDA 1970, p. 340 concl. Guy Braibant
- CE Sect. 6 mai 1970, Syndicat national du cadre secrétaire comptable de la Banque de France, rec. p. 306
- CE Sect. 23 décembre 1970, Préfet du Val d'Oise et ministre de l'intérieur c/ commune de Montmagny, rec. p. 788
- CE Ass. 28 mai 1971, Ville nouvelle est, Rec. p. 409, concl. Braibant
- CE 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, p.561, AJDA 1972, p. 227 note A. Homont
- CE 27 octobre 1971, Delle Degraix, rec. p. 632
- CE Sect. 23 juin 1972, Sté. La plage de la forêt, rec. p. 477
- CE 26 janvier 1973, Lang, rec. p. 72
- CE Ass. 8 juin 1973, Dame Peynet, rec. p. 406 et concl. Grévisse p. 406 ; AJDA 1973, p. 587 chron. Franc et Boyon ; JCP 1975.II., 17957, note Saint-Jours
- CE Sect. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, p. 274 ; AJDA 298 chr. Franc et Boyon ; RDP 1975, p. 467 note Waline
- CE 31 janvier 1975, Syndicat national des directeurs de la mutualité sociale agricole, rec. p. 73

- CE 22 juillet 1977, Jouven et Roche, RDP 1977, p. 1329 note M. Waline
- CE Ass. 8 décembre 1978, GISTI, p. 493 ; D. 1979, IR, p. 94 obs. P. Delvolvé
- CE Ass. 18 avril 1980, Sté Maxi-Librati création, rec. p. 186
- CE 13 juin 1980, Mme Bonjean, rec. p. 974 ; D.1981, p. 941 note Toutlemonde
- CE 17 décembre 1980, Ministre des universités c/ Sloan et autres, p. 478
- CE 24 avril 1981, FORMA, rec. p. 190
- CE 5 février 1982, Centre hospitalier de Tours, rec. p. 653
- CE Sect. 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme Aragnou, rec. p. 152 et les concl. D. Labetoulle p 152 ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre
- CE 28 mai 1982, Roger, p. 192
- CE Ass. 2 juillet 1982, Huglo, p.257, D. 1983 IR p. 270 note P. Delvolvé ; RA 1982, p. 627 note Pacteau
- CE Ass. 22 décembre 1982, Comité central d'entreprise de la Société française d'équipements pour la navigation aérienne, p.436, D. 1983, p.277 obs. P. Delvolvé, JCP 1983, II n°20072, note M. Lombard.
- CE 4 février 1983, Ville de Charleville-Mézières, rec. p. 45
- CE 9 novembre 1983, Pandajopoulos, Rec. p. 609
- CE 2 décembre 1983, Ville de Lille, rec. p. 470
- CE 4 juillet 1984, Département de la Meuse c/ Poilera, RDP 1985, p. 199 note de Soto ; RFDA 1985, p. 58 note J.C. Douence
- CE 10 janvier 1986, Société des travaux du midi, D. 1986, IR, p. 422, obs. Philippe Terneyre
- CE 14 mai 1986, Rochaix, rec., p. 593
- CE Ass. 2 février 1987, Sté. TV 6, Rec. p. 28
- CE, 20 mars 1987, Commune de Bonneval c./ Mme Bédard, p.99, AJDA 1987, p. 554, obs. X. Prétot
- CE 20 janvier 1988, SCI La Colline, rec. p. 21
- CE Sect. 10 février 1988, Mézy, p.53, D. 1988, S.C ; p. 263 obs. Llorens
- CE Ass. 1<sup>er</sup> juillet 1988, Billard et Volle, rec. p. 268, Dr. Soc. 1988, p. 775 concl. O. Van Ruymbeke
- CE 25 janvier 1989, Centre hospitalier de Rambouillet c/ Mme Carluer, rec. p. 36
- CE Ass. 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. p. 190 concl. Frydman
- CE 30 mars 1990, Leca, rec. p. 271
- CE 14 mai 1990, Société CGEE Alstom, p. 124 ; RDP, 1991, p. 305
- CE 12 novembre 1990, Malheur, p.321, AJDA 1991, p. 332
- CE 20 mars 1991, Radio Saleve, AJDA 1991, p. 396

- CE 18 novembre 1991, Département des Alpes-Maritimes c/ Association « Agriculture 06 », RDP 1992, p.531 concl. Marcel Pochard
- CE 23 mars 1992, M. Martin et a., Rec. p. 70, AJDA 1995, p. 403 note Broussolles
- CE 23 novembre 1992, Portier, Rec., p. 1078
- CE 25 janvier 1993, Mme Jancourt, n°106.830
- CE 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux, p. 226 ; RFDA 1994, p.252, note P. Terneyre
- CE Ass. 28 juillet 1993, Fédération nationale des tabacs et allumettes FO et autres, AJDA 1993, p. 682 chron. Maugué touvet ; CJEG 1993, p. 509, concl. Le Chatelier
- CE 29 juillet 1994, S.A. Coopérative d'achat mutualiste des instituteurs-CAMIF, rec. p. 365
- CE Sect. 7 octobre 1994, Epoux Lopez, Rec. p. 430, concl. Schwartz
- CE 7 février 1994, Ghez, p.55, AJDA 1994 p. 412
- CE Ass. 17 février, 1995, Hardouin et Marie, Rec. p. 82 et 85 concl. Frydman
- CE Avis, 4 avril 1995, EDCE 1996, n°47, p. 414
- CE Ass. 7 juillet 1995, M. Damiens et autres, p.290, CJEG 1995, p.449 concl. Bonichot ; AJDA 1995, p.692 chron. J.-H. Stahl et Chauvaux ; D. 1996, Som. Com. p.230 obs. Chelle et Prétot
- CE 28 juillet 1995, Haberer, Rec. n° 157589
- CE Sect, 28 juin 1996, Krief, JCP éd. G., 1996, II, 22704, p. 388
- CE Ass. 3 juillet 1996, Koné, p. 255, RFDA 1996, p. 882 notes Favoreu, Gaïa, Labayle, Delvolvé
- CE Ass. 10 juillet 1996, Cayzeele, Rec. p. 274
- CE 4 octobre 1996, Mme Moestus, n°149704, rec. tables, pp. 970, 991, 997
- CE 8 novembre 1996, FFSA, AJDA 1997, p. 142, chron. D. Chauvaux et T. Girardot
- CE Ass. 6 décembre 1996, Sté Lambda, p.446, RFDA 1997, p. 173 concl. D. Piveteau ; AJDA 1997, p. 152 chron. Chauvaux et Girardot ; D.1997, p. 57 note M. Dobkine ; RA 1997, p. 27 note J.-M. Lemoyne de Forges et 155 note M. Degoffe ; RDP 1997, p. 567, note J.-M. Auby ; Revue Administration n°175, 1997, p. 104 note Mauriet
- CE 26 mars 1997, Société Elf-Antargaz, Rec. p. 111
- CE Sect. 3 novembre 1997, Sté Yonne Funéraire ; Sté Million et Marais ; Sté Interarbres (3 espèces), p.406, RFDA 1997, p. 1228 concl. J.-H. Stahl ; RDP 1998, p.256 note Y. Gaudemet ; AJDA 1997, p. 945 chr. Girardot et Raynaud ; AJDA 1998, p. 247 note Guézou
- CE 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, p. 491



- CE Sect. 29 décembre 1997, Commune de Gennevilliers et Commune de Nanterre, p. 499 ; RFDA 1998, p. 539 note Jacques-Henri Stahl
- CE Ass. 1er avril 1998, José Maria Bereciartua-Echarri, p.135, JCP 1988, II, n°21071, concl. Vigouroux
- CE 1er avril 1998, Union Hospitalière Privée et Fédération Intersyndicale des Etablissements d'Hospitalisation privée, rec. p. 114
- CE 27 avril 1998, Cornette de St Cyr, p.180, AJDA 1998, p. 831 concl. Christine Mangué ; CCC 1999, n° 15 obs. G. Raymond
- CE Ass. 23 octobre 1998, EDF, p.364 AJDA 1998, p.1017 concl. Jacques Arrighi de Casanova
- CE Sect. 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, Rec. p. 375
- CE 24 février 1999, Wildenstein, n° 185113, 186421, 187621, 187659, publié aux Tables du Recueil Lebon
- CE Sect. 26 mars 1999, Sté Hertz ; Sté EDA, p.96, RDP 2000, p. 353 obs. C. Guettier ; RFDA 1999, p. 977 note D ; Pouyand ; AJDA 1999, p. 427 concl. J.-H. Stahl et note M. Bazex
- CE 7 avril 1999, n° 149208, Cne de la Crau, Rec. 1999, tables, p. 660
- CE Sect. 9 avril 1999, Société The Coca-Cola Company, p.119, RFDA 1999, p. 777 concl. Jacques- Henri Stahl ; AJDA 1999, p. 614 note Michel Bazex et Bernard Thiry
- CE Sect. 27 octobre 1999, Rolin, p. 327 concl. A. Daussun
- CE avis, 9 décembre 1999, EDCE 2000, p. 211
- CE 15 janvier 2000, Sté Cegedim, req. N° 235176
- CE 22 mars 2000, Syndicat autonome du personnel de la Banque de France, p.125, AJDA 2000, p. 410 chron. Guyomar et Collin ; JCP 2000, IV 2056 obs. M.Ch. Rouault.
- CE 27 mars 2000, Mme Brodbeck, rec. p. 129
- CE 16 juin 2000, Cegetel, Europe 2000, n°395
- CE Ass. 30 juin 2000, Association Promouvoir, M. et Mme Mazaudier et autres, rec. p. 265 concl. Honorat, AJDA 2000, p. 609 chron. Guyomar et Collin, RFDA 2000 p. 182 note Canedo et p. 1311 note J. Morange
- CE 28 juillet 2000, Association Premier janvier, rec. p. 793
- CE 16 octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, p.422, BJCP 2001, p. 105 concl. Catherine Bergeal ; AJDA 2001, p. 662 note Armelle Treppoz
- CE Sect. Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, p.492, chron. Guyomar et Collin, AJDA 2000, p. 987 ; note Michel Degoffe et Jean-David Dreyfus, CJGE 2001, p. 59 ; RFDA 2001, p. 112 concl. Catherine Bergeal

- CE Sect. avis du 22 novembre 2000, Sté L&P Publicité SARL, p.526, D. 2001, n°26 p.2110, note Nathalie Albert ; RFDA 2001, concl. S. Austray ; RDP 2001, p. 393 note C. Guettier ; AJDA 2001, p. 198 note M.-C. Rouault
- CE 29 décembre 2000, Beule, p.655, LPA 18 mai 2001, p.15 concl. S. Boissard ; DA mai 2000, p. 33 note Hardy ; D. 2001, p. 1265 note Y. Lambert-Faivre ; JCP 2001, p. 499, n°10486 note Bigot et Vincent
- CE 6 juin 2001, Commune de Vannes, Rec. p. 256
- CE Sec. 11 juillet 2001, Société des Eaux du Nord, p.348, AJDA 2001, p.893 note G. Guglielmi ; DA 2001, p. 2810 note Amer ; CJEG 2001, p. 496 concl. C. Bergeal ; AJDA 2001, p. 853 chr. Guyomar et Collin ; RDP 2001, p.1495 note G. Eckert ; Gaz Pal. 2002, jurisp. p. 99 note J. Sylvestre ; RTD Civ. 2001, p. 878 obs. J. Mestre et B. Fages
- CE 27 juillet 2001, CAMIF, Rec. p 401 ; RFDA 2001, p. 1126 ; Europe 2002, n° 60 ctaire. P. Cassia
- CE Ass. 26 octobre 2001, Ternon, p.497, RFDA 2002, p. 90 note Pierre Delvolvé
- CE 13 mars 2002, Union fédérale des consommateurs, p.94, BJCP mai 2002, p. 230 concl. R. Schwartz ; AJDA 2002, p.976 chr. G.Guglielmi et G. Koubi ; DA 2002, p.31 note R.S ; RFDA 2003, p. 772 note C. Deffigier
- CE 10 avril 2002, SARL Somatour, JCP G 2002 I p. 169 note Stéphane Braconnier
- CE 29 juillet 2002, Sté Cegedim, p.280 DA 2002, Ctaire. N° 173 Muichel Bazex et Sophie Blazy ; CJEG 2003, p. 16 concl. Christine Maugué ; AJDA 2002, p. 1072 note Sophie Nicinski
- CE 2 octobre 2002, Banque de France, p.321 DA 2003, n°10 note D.P
- CE 13 janvier 2003, Mutuelle générale des services publics, LPA 27 octobre 23, p. 6 note Saillard
- CE Sect. 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans, p.21, AJDA 2003, p. 784 note Sablière ; RFDA 2003, p. 477 concl. Mauguë
- CE 21 février 2003, Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières, p.47, DA avril 2003, p. 23 note GLC
- CE 28 avril 2003, Fédération nationale des géomètres experts, DA 2003, comm. n° 143 note Alain Ménéménis
- CE Sect. 30 avril 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, p.189, Droit ouvrier, juillet 2003, p. 261 note Gérard Lyon-Caen ; AJDA 2003, p. 1150 chron. D.Casas et F. Donnat ; DA 2003, p. 22 note Michel Bazex et Sophie Blazy ; AJDA 2003, p. 1849 note Pierre Subra de Bieusses ; Jean-Denis Combrexelle, Droit du travail et droit de la concurrence : le conflit des droits, *in* mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 185
- CE 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys, p.234, DA oct. 2003, n°208 note Martine Lombard

- CE 11 juin 2003, EDF, n° 240512, mentionné aux tables du recueil Lebon.
- CE 9 juillet 2003, Assistance publique-Hôpitaux de Paris c. Mme Marzouk, rec. p. 338, AJDA 2003 p. 1946 note M. Deguegue ; JCP A 2003, n° 1897 note Chavrier
- CE 30 juillet 2003 SA Caen Distribution, AJDA 2003, p. 2036. M
- CE 24 septembre 2003, CAMIF, n° 240604, CMP 2003, n° 226, note Délélis
- CE 15 octobre 2003, Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres, p.400, RFDA 2003, p. 1259 ; DA 2004, N°18 p. 36 note M. Bazex et S. Blazy ; AJDA 2004, p. 666 note Laget-Annamayer
- CE ord. 20 octobre 2003, Sté Louis Dreyfus Communication, n° 260477
- CE 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement, p.501, DA avril 2004, p. 20 note Alain Ménéménis
- CE ord. 19 janvier 2004, Sté T-Online, AJDA 2004,p. 1476 note Sophie Nicinski, DA mai 2004, ctaire. N°73 p. 17 note Michel Bazex et Sophie Blazy
- CE Sect. 6 février 2004, Sté Royal Philips Electronics, p.29, DA avril 2004, p. 15 ctaire. Michel Bazex et Sophie Blazy
- CE Ass. 11 avril 2004, Association AC ! et autres, p.197 concl. Devys, AJDA 2004, p. 1183 chr. Landais et Lenica ; DA 2004, n° 115 note Martine Lombard
- CE 16 juin 2004, Mutuelle générale des services publics, DA octobre 2004, p. 27 ctaire n° 140 M. Bazex et S. Blazy ; AJDA 2004, p. 1509 note N. Charbit ; BJCP 2004, p. 367 Concl. J.-H. Stahl et p. 374 note Ch. Maugué
- CE 30 juin 2004, Département de la Vendée, rec. p. 277 ; RJEP 2004, p. 487 concl. Collin ; AJDA 2004, p. 2210 note Sophie Nicinski et p. 2309 note Nicolas Charbit ; JCP A 2004, n° 1712 note Marie-Christine Rouault ; DA 2004, Comm. 161, note Michel Bazex et Sophie Blazy
- CE Sect. 22 octobre 2004, M. Lamblin, p.382, AJDA 2004, p. 2153
- CE Sect. 19 novembre 2004, Ramond ; Roche (2arrêts), p.430, RFDA 2005, p. 375 note Benoît Plessix
- CE 21 février 2005, Fédération nationale UFC Que Choisir, n° 277442 inédit au Recueil Lebon
- CE Sect. 25 février 2005, France Télécom, p.86, AJDA 2005, p. 997, Chron. C. Landais, F. Lenica
- CE 27 février 2005, Ministre de l'outre mer c/ Cne. de hitia'a O Te Ra, JCP A 2005, n° 531
- CE ord. 19 mai 2005, Société Fiducial Informatique et société Fiducial Expertise, p.334, AJDA 2005, p. 2167
- CE 6 juillet 2005, Société Dodin, p.309, CJEG 2006, p. 34 Concl. Francis Donnat ; JCP 2005, IV, 3010
- CE Ass. 8 juillet 2005, Sté Alusuisse-Lonza-France, rec. p. 311 concl. Guyomar ; RFDA 2006, p. 374, obs. Benoît Plessix ; AJDA 2005, p. 1829 obs. Landais et Lenica ;

- CE 23 août 2005, AFORS Télécom, mentionné aux tables du recueil Lebon
- CE 7 novembre 2005, Compagnie générale des eaux, p.490, RFDA 2006, p. 691
- CE ord. 10 février 2006, Sté Poweo, DA juin 2006, ctaire. N° 104 p. 35 note Géraud D'Alboy
- CE 13 février 2006, Société De Longhi SPA, rec. p. 70
- CE 1er mars 2006, Centre hospitalier de Saulieu, n° 263117
- CE Sect. 10 mars 2006, Commune d'Houllgate, p.138, DA juin 2006, p. 23 ctaire. Alain Ménéménis ; AJDA 2006, p. 751 note. Jean-David Dreyfus ; BJCP 2006, p. 203 concl. D. Casas
- CE Ass. 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, p.272, RJEP 2006, p. 430 concl. Didier Casas ; AJDA 2006, p. 1595 ; DA Août-septembre 2006, p. 21 ctaire. Michel Bazex
- CE 7 juillet 2006, Société Poweo, p.325, AJDA 2006, p. 1416 ; RJEP 2007, p. 70 concl. Stéphane Verclytte
- CE 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, p.20, DA, mai 2007, p. 27 ; RJEP juillet 2007, p. 265 concl. Nicolas Boulouis
- CE Sect. 22 février 2007, APREI, RFDA 2007, p. 803 note C. Boiteau
- CE 27 juin 2007, Société métropole télévision, à paraître au Lebon
- CE Ass. 16 juillet 2007, Sté Tropic travaux signalisation, JCP 2007, II, 10160 note B. Seiller, JCP A 2007, 2221 note M.-Ch. Rouault ; DA 2007, repère 7 J.-B. Auby

**B- Jurisdiction judiciaire :**

- Trib. Civ. Seine, 28 novembre 1952, Dr. Giry, JCP 1953, n° 7371 note George Vedel
- Cass. Civ. 2ème, 23 mai 1956, D. 1957, p. 34 concl. Lemoine, JCP 1956 n°9181, note P. Esmien, RDP 1958, p. 298, note Waline, AJDA 1956, chron. p. 91
- Cass. Crim. 2 octobre 1980, D. 1981, IR, 292
- Crim. 15 novembre 1982, Bull. crim. N°254
- Crim. 18 juillet 1984, Bull. crim., n°262
- TI Paris, 5 décembre 1985, Seroussi c/ RATP, CPAMP er EDF, CJEG 1986, p. 92 note Pierre Sablière
- Crim. 12 novembre 1986, Bull. crim., n° 335
- Civ. 1ère, 9 décembre 1986, EDF c/ Grosset-Janin, CJEG 1987, p. 825 note R. Savignat
- Cour d'appel d'Angers, 16 décembre 1987, EDF c/ Briant et autres, CJEG 1988, p. 178 note P. Sablière

## Bibliographie

---

- Cass. Civ. 1ère, 21 décembre 1987, BRGM, JCP 1989-II-21183 note B. Nicod ; RFDA 1988, concl. Charbonnier et note Pacteau
- TGI Paris, 17 janvier 1990, Caisse d'épargne et de prévoyance de Paris c/ SA CGE, D. 1990, J., p. 289, note Jacques Ghestin
- C. cass. crim. 12 février 1990, Esquerre, JCP 1990, éd. G. n°47, 21582 obs. Conte ; D. 1991, p. 247 obs. Gavalda et Lucas de Leyssac.
- Cass. 1ère civ. 19 décembre 1990, Bull. civ. I, n°303 ; D. 1992, p. 13 chron. Y. Lambert-Faivre
- Cass. Com. 5 février 1991, CRCAM de l'île de France, Rev. Soc. 1991, p. 741, note Debène
- CA Paris 18 mars 1993, Météorologie nationale, Gaz. Pal. 1993, 2, p. 317 note A. Cousin ; AJDA 1996, p. 652 note Michel Bazex
- Cass. Soc. 11 mai 1993, Rousson c/ EDF, Dr. Soc. 1993, p. 53 note Chorin
- Cass. com. 14 décembre 1993, Sté Couach Plascoa, CJEG 1994, p. 124
- CA Paris 3 novembre 1994, BOCC 9 décembre 1994, D. 1996, somm. 181 obs. Gavalda et Lucas de Leyssac
- Civ 1ère, 24 janvier 1995, Sté. Héliogravure Jean Didier c/ EDF, Bull. civ. I, n°54 ; D. 1995, Somm., p. 229 obs. Philippe Delbecque
- Civ. 1ère, 3 janvier 1996, D. 1996, p. 228 note G. Paisant
- Cass. Civ. 1ère, 30 janvier 1996, D. 1997, jurisp. p. 83 note Legrand
- Cass. Com. 6 mai 1996, CMS c/ France télécom, Bull. 1996 IV N° 125 p. 109
- Soc. 17 juillet 1996, Dr. Soc. 1996, p. 1049 concl. P. Lyon-Caen.
- Cass. 1re civ. 13 novembre 1996, Bull. Civ. I, n°309
- CA Paris, 13 novembre 1997, D. 1998, IR. p. 11
- Crim. 8 décembre 1997, D. 1988, IR, p. 43
- Crim. 14 octobre 1998, Bull. crim., n° 262 ; CCC 1999, comm. n° 32 note G. Raymond
- Cass. 22 février 2000, Air France, Bull. Civ. Ve partie, n°72, D.2000, IR. p. 136
- Cass. Crim. 3 avril 2000, LPA 2 août 2002, n°154, p.10 note Boisdeffre
- Cass. Com. 16 mai 2000, D. Affaires 2000, n° 26
- CA Paris 13 juillet 2000, S.A France Telecom et S.A Wappup com, JurisData n°2000-116828
- CA Paris 9 janvier 2001, SA d'études et d'Entreprises électriques, BOCCRF 2001, n°1
- Cass. Crim. 16 mai 2001, n° 99-83.467 et n° 97-80.888 Bull. crim. N° 124
- CA Reims, Ch. Civ., 2e, Sect., 18 octobre 2001, Dalloz, som. Com., 2002, p. 1276
- Cass. 1re civ. 5 février 2002, Banque de France c/ Sté Editions C. Audval, JCP 2002, jurisp. N° 10088 note Touboul.

- Cass. Crim. 3 avril 2002, JCP 2002. I. 155 obs. Véron
- Cass. Civ. 2ème, 21 octobre 2004, bull. 2004 II, N° 465 p. 395
- Cass. 1ère Civ., 15 mars 2005, D. 2005, p. 887 Obs. Céline Rondey
- Cass. Com. 10 mai 2006, Bull. 2006 IV N° 115, p. 116
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 2007, Cne. D'Argenton-sur-Creuse, DA mars 2007, p. 19
- Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2007, JCP A, mai 2007, p. 19 note O. Renard-Payen

**C- Conseil de la concurrence :**

- Cons. Conc. Avis n° 97-A-20, 4 novembre 1997, disponible sur le site Internet du Conseil de la concurrence à l'adresse suivante : <http://www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/97a20.pdf>
- Cons. Conc. Avis n° 03A-21, 31 décembre 2003, Position de la mutualité fonction publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics, non publié au BOCC
- Cons. Conc. 04-D-10, 1<sup>er</sup> avril 2004, point 36, D. 2004, AJ. 1235
- Cons. Conc. N° 04-D-17, 11 mai 2004, BOCC 6 septembre 2004, CCC 2004, n° 160, obs. Poillot-Peruzzetto
- Cons. Conc. 04-D-48 du 14 octobre 2004, BOCCRF 2005, n° 1.
- Cons. Conc. 23 décembre 2004, RJEP 2005, p. 225 note CH. Barthélemy, AJDA 2005, p. 470, note Laurent Richer ; DA 2005, note Michel Bazex et Sophie Blazy, comm. N°33

**D- Jurisprudences communautaires :**

- CJCE 19 mars 1991, République française c/ Commission, Rec. CJCE, I, p. 1223, point 51
- CJCE 23 avril 1991, Klaus Hoffner et Fritz Elser Macrotron GMBH, aff. C-41/90, rec. CJCE I, p. 2010
- CJCE 19 mai 1993, Paul Corbeau, Rec. I, p. 2533, AJDA 1993, p. 865 note Hamon
- CJCE 19 Janvier 1994 , SAT Fluggesellschaft Mbh c/ Eurocontrol, Rec. I, p. 43
- CJCE 27 avril 1994, Commune d'Almelo, D. 1995, p. 17 note Dutheil de le Rochère
- CJCE 5 octobre 1994, Société civile agricole du centre d'insémination de la Crespelle, aff. C-232/93, rec. I.2077
- CJCE 28 juin 1995, RVA, JOCE n° L 216, 12 septembre 1995 ;
- CJCE 14 décembre 1995, Banchemo, Rec. I 1995, p. 4663.

- CJCE 11 septembre 1997, Job Centre, Rec.7119
- CJCE 31 mars 1998, aff. C-68/94, République française c/ Commission, Aff. jointes C-68/94 et C-30/95, Rec. I-1375
- CJCE 10 février 2000, Deutsche Post, aff. C-147 et 148/97, rec. p. I-825
- CJCE 20 mars 2001, Deutche Post, 2001/354/C.E., JOCE l. 125/27 du 5 mai 2001, Europe, juillet 2001, n° 228, obs. Laurence Idot
- CJCE 22 novembre 2001, Sté Cape Sncs et Idealservice srl (1ère espèce), Idealservice MN RE sas et OMAI (2nd espèce), CCC 2002, comm. 18 note G. Raymond ; LPA 22 mai 2002, n°102, p. 16 note C. Nourrissat ; JCP, 2002. II. 10047, note G. Paisant

**E- Conseil Constitutionnel :**

- CC 25 juillet 1979, AJDA 1980, p. 191 note Legrand ; Dr. Soc. 1980, p. 446 note D. Turpin
- CC n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, RDP 1980, p. 1658, chron. Louis Favoreu
- CC n° 86-224 DC 23 janvier 1987, Conseil de la concurrence, , AJDA 1987, p. 315 note J. Chevalier ; RFDA 1987, p. 301 note L. Favoreu ; RDP 1987, p. 1341 note B. Genevois ; D.1988, p. 117 note F.Luchaire
- CC n° 98-401 DC, 10 juin 1998, Rec. p. 458 ; CC n°2000-433 DC, 27 juillet 2000, Rec. p. 121
- CC n°2000-433 DC, 27 juillet 2000, Rec. p. 121
- CC n° 2000-439 DC, 16 janvier 2001, Rec. p. 42

**F- Tribunal des conflits :**

- TC 8 février 1873, Blanco, D. 1873.3.20, concl. David ; S. 1873.3.153, concl. David ; GAJA n°1
- TC 9 décembre 1899, Association syndicale du Canal de Gignac, S. 1900.3 p.49 note Hauriou
- TC 29 février 1908, Feutry, RDP 1908, p.206 note Jèze
- TC 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, D. 1921.3, p. 1, concl. Matter ; S. 1924.3, p. 34, concl. Matter
- TC 16 juin 1923, Septfonds, rec. p. 498
- TC 14 janvier 1935, Thépez, Rec. p. 224 ; S. 1935, p. 17 note Alibert ; GAJA n°50
- TC 20 mars 1943, Société Béthunoise d'éclairage, rec. p.322
- TC 10 février 1949, Guis, rec. p. 590
- TC 7 juin 1951, Dame Noualek, p. 636 concl. Delvolvé

## Bibliographie

---

- TC, 26 mai 1954, Moritz, D. 1955, p. 385 note René Chapus
- TC 20 novembre 1961, Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis », rec. p. 879
- TC 17 décembre 1962, Dame Bertrand, rec. p. 831, concl. Chardeau
- TC 17 octobre 1966, Dame Vve Canasse c. SNCF, Rec. p. 834 ; JCP 1966.II.14899, concl. A. Dutheillet de Lamothe
- TC 15 janvier 1968, Compagnie Air France c. E poux Barbier, rec. 789, concl. Kahn ; RDP 1968, p. 893, note M. Waline ; D. 1969, p. 202 note J.-M. Auby
- TC 24 juin 1968, Sté Distilleries Bretonnes, rec. p. 801
- TC 5 décembre 1983, Nidam c/SNCF, rec. p. 541
- TC 6 juin 1989, Préfet de la région Ile-de-France, p. 293 ; RFDA 1989, p. 457 concl. B. Stirn ; AJDA 1989, p.431 chr. Honorat et Baptiste ; AJDA 1989, p. 467 note M. Bazex ; JCP 1990.II, 21395 note P.Terneyre ;RDP 1989, p. 1780 note Y. Gaudemet
- TC 23 octobre 1989, Marescaux, AJDA 1990, p. 196 obs. X. Prétot
- TC 19 février 1990, M. Thomas c/ Commune de Francazal, AJDA 1990, p. 558 note Jean-Pierre Théron
- TC 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpe c/ Conseil de prud'hommes de Lyon, rec. p. 535
- TC 3 juin 1996, Gagnant, rec. p. 542
- TC 4 novembre 1996, Sté Data sports, AJDA 1997, p. 204
- TC 16 juin 1997, Société La Fontaine de Mars, M. et Mme Muet c/ Banque de France, rec. p. 532
- TC 19 janvier 1998, Union française de l'Express C/ La poste, rec. p. 434 ; D. 1998 p. 329 concl. Arrighi de Casanova ; RFDA 1999, p. 189 note Bertrand Seiller
- TC 18 octobre 1999, Préfet de la région Ile-de-France c/Cour d'appel de Paris, AJDA 1999, p.996
- TC 15 novembre 1999, Commune de Bourisp, rec. P. 478 ; DA 2000, n° 29 note R. S.
- TC 21 mars 2005, Alberti-Scott, AJDA 2005, p. 964



## Bibliographie

---



---

## **INDEX :**

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- **Abus automatique** : 706 et s.
- **Abus de position dominante** : 651, 699
- **Activité de plus grand service/ de plus grand profit** : 632 et s.
- **Banque de France** : 534
- **Chartes qualité** : 878
- **Ciseau tarifaire** : 661
- **Clause exorbitante du droit commun** : 804-807, 886
- **Clause réglementaire** : 448 et s.
- **Clauses abusives** : 450 et s., 488 et s., 505, 509 et s., 637
  - Notion de : 453 et s
- **Client** : 332
- **Concentration** : 653-455, 664
- **Consommateur** :
  - Notion de : 455, 471 et s.
  - Personne morale : 455, 639
  - Personne publique : 637 et s., 644 et s.
- **Coûts incrémentaux** : 663
- **Coûts pertinents** : 662
- **Distinction SPA-SPIC** : 467 et s., 750-760,
- **Domaine public** : 147, 354, 602, 668, 740
- **Droit administratif** :
  - Notion de : 90 et s., 99, 103, 131
- **Droit de l'administration** : 95
- **Droit de la concurrence** : 312-387
  - Compétence d'application : 340
  - Domaine d'application : 349 et s., 750 et s.
  - Et ppp : 350, 340
  - Communautaire : 359 et s., 695 et s., 783
  - Appréciation du prix et des coûts : 658 et s.
  - Et droit du travail : 813-814
- **Droit de la consommation** : 441-526
  - Et SPA : 465 et s.
  - Et SPIC : 442-464
  - Domaine d'application : 750 et s.
- **Droit des assurances** : 491-495
- **Droit du travail** : 527-589
  - Et entreprises à statuts : 529 et s.
  - Et principe de faveur : 571 et s.
  - Et droit de la concurrence : 813-814
- **Droit pénal** : 388-436
- **Effet de levier (gamme, portefeuille)** : 655

- 
- **Efficacité du service public** : 835 et s.
  - **Entente** : 650
  - **Entreprise à statut** : 569 et s.
  - **Entreprise défailante** : 664
  - **Entreprise publique** :
    - Notion d' : 569
  - **Entreprise** :
    - Notion d' : 359
  - **Exorbitance** : 145 et s., 150 et s.
  - **Facilités essentielles** : 660
  - **Financement du service public** : 632 et s., 837
  - **Impuissance publique** : 799-823
  - **Intérêt général** :
    - Notion d' : 376 et s., 81 et s., 88, 274 et s., 763
    - Et droit de la consommation : 516 et s., 520, 762 et s.
    - Et droit de la concurrence : 375 et s., 386, 762 et s.
    - Et droit du travail : 586, 588, 770 et s.
    - Et droit pénal : 423
  - **Limites d'intérêt général** : 153, 383 et s., 775-786, 833 et s.
  - **Marché pertinent** : 653 et s.
  - **Obligation d'information** : 874-876
  - **Obligation de sécurité** : 877
  - **Ordre public** : 835
  - **Pénalisation du recours pour excès de pouvoir** : 416 et s.
  - **Performance publique** : 856-862
  - **Police administrative** :
    - Et droit de la concurrence : 809-812
  - **Prévention des risques** : 719
  - **Principe de précaution** : 719
  - **Principes dont s'inspire le Code** : 216 et s., 238, 552 et s.
  - **Principes fondamentaux reconnus par les lois de la république** : 195
  - **Principes généraux de la fonction publique** : 553
  - **Principes généraux du droit** : 195 et s., 214 et s., 233, 236 et s., 243, 245 et s., 544 et s.
  - **Privatisation du droit administratif** : 826-840
  - **Prix abusivement bas** : 659
    - Article L. 420-5 du Code de commerce : 665
  - **Prix abusivement haut** : 660
  - **Prix prédateurs** : 659
    - Article L. 420-5 du Code de commerce : 665
  - **Professionnel** :
    - Notion de : 474 et s.
  - **Publicité trompeuse** : 878
  - **Puissance publique** : 787-823
    - Ecole de la : 70 et s., 77 et s.
  - **Qualité du service public** : 783, 858, 864 et s.
  - **Référés** : 364, 674 et s.
  - **Responsabilité pénale des personnes morales** : 391 et s., 689
  - **Responsabilité pour faute** : 668, 670

- **Responsabilité sans faute** : 669 et s.
- **Sanctions pécuniaires** :
  - concurrence : 672, 686 et s., 690
- **Service d'intérêt économique général** : 756
- **Service public** :
  - Ecole du : 73 et s., 77 et s. ; 737-786
  - Et droit de la concurrence : 739 et s., 741
  - Et son personnel : 743
  - Et intérêt général : 762 et s.
- **Statut de l'entreprise publique** : 815, 533
- **Subjectivisation du droit administratif** : 897-900
- **Transposition du droit privé** : 252 et s.
- **Usager** : 440-526
- **Vente liée** : 459 et s., 506
- **Vente sans commande préalable** : 484 et s., 507



## **Index des principales décisions citées :**

Les chiffres renvoient aux paragraphes qui présentent précisément ces décisions.

- **Aéroport de Paris** : 339 et s.
- **Association de défense, d'éducation et d'information du consommateur et autres (ADEIC)** : 484
- **Association Promouvoir** : 716
- **Berton** : 576 et s.
- **Beule** : 491 et s., 885
- **Billard et Volle** : 549
- **Blanco** : 163 et s.
- **Commune d'Houlgate** : 357 et s.
- **Dame Peynet** : 546, 562
- **Damiens** : 582 et s.
- **Daniel Vitteau** : 520
- **Département de la Vendée** : 386
- **Fédération CFDT des syndicats de banques et sociétés financières** : 586
- **Giry** : 253 et s.
- **Jean-Louis Bernard Consultants** : 621 et s.
- **L&P Publicité** : 355 et s.
- **Lambda** : 405, 407 et s.
- **Million et Marais** : 329
- **Ordre des avocats au barreau de Paris** : 630 et s.
- **Rotshild** : 168 et s.
- **Sté des eaux du Nord** : 450 et s.
- **Sté Hertz et EDA** : 339 et s., 354
- **Union fédéral de consommateurs** : 459 et s.
- **Ville de Pamier** : 32
- **Ville de Sochaux** : 765





## **TABLE DES MATIÈRES**

<b>Liste des abréviations .....</b>	<b>VII</b>
<b>Sommaire .....</b>	<b>XI</b>

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

I- Délimitation du sujet.....	3
A. Les sujets exclus. ....	3
1. Les objets exclus.....	4
2. Les phénomènes exclus.....	7
B. Le sujet retenu.....	11
II- Intérêt du sujet.....	21
A. Un intérêt multiplié. ....	21
B. Insuffisance des études sur le sujet. ....	25
III- Construction de la problématique. ....	26
IV- Construction du plan. ....	28

<b>PREMIERE PARTIE : UNE EXTENSION PARADOXALEMENT POSSIBLE.....</b>	<b>31</b>
---	-----------

<b>Chapitre I : .....</b>	<b>33</b>
---------------------------	-----------

<b>L'autonomie de la légalité au sein d'un droit administratif hétérogène.....</b>	<b>33</b>
--	-----------

<b>Section I : La difficile autonomisation du droit administratif.....</b>	<b>33</b>
--	-----------

I- La recherche d'un critère d'autonomisation théorique. ....	34
A. Des tentatives d'autonomisation infructueuses.....	34
1. Le recours aux notions de service public et de puissance publique insatisfaisant.....	35
a. La notion de puissance publique.....	35
b. La notion de service public. ....	37
c. La liaison des deux notions.....	39

## Table des matières

---

2.	L'échec d'une autonomisation fondé sur l'intérêt général. ....	40
B.	La prise en compte d'une conception large et non autonome.....	44
1.	La consécration d'une définition réaliste. ....	44
2.	Le nécessaire recours à l'origine de la règle. ....	48
II-	La recherche d'un critère d'autonomisation technique.....	50
A.	La présence d'une opposition doctrinale traditionnelle. ....	51
1.	Le juge administratif n'applique que du droit administratif. ....	51
2.	Le juge administratif applique du droit d'origine privée. ....	54
B.	Une opposition dépassée. ....	55
1.	Le constat d'une unité de l'ordre juridique. ....	56
2.	Le juge administratif, gardien administratif de la légalité. ....	60
	<b>Section II : L'autonomisation pragmatique de la légalité administrative. ....</b>	<b>65</b>
I-	L'exclusion constatée du droit privé.....	65
A.	Une exclusion historique.....	66
1.	Une exclusion déjà présente sous l'Ancien Régime. ....	66
2.	Une exclusion renforcée à partir de la révolution. ....	69
B.	Une exorbitance plurielle. ....	71
1.	Une exorbitance de normes.....	71
2.	Une exorbitance dans l'application du droit privé. ....	73
II-	Une exclusion fondée par la pratique.....	77
A.	L'absence de fondements normatifs à l'inapplication du droit privé. ....	77
1.	L'absence de fondements textuels. ....	78
2.	Une jurisprudence muette sur l'autonomie de la légalité.....	81
a.	L'arrêt <i>Blanco</i> fondement de l'exorbitance de la responsabilité. ....	81
b.	L'absence de jurisprudence sur la légalité. ....	83
B.	La prise en compte des fondements extra-juridiques.....	84
1.	Une construction historique. ....	84
2.	Une construction renforcée par le dualisme juridictionnel. ....	88
	<b>Conclusion du premier Chapitre :.....</b>	<b>92</b>

**Chapitre II : Une autonomie à l'application partiellement atténuée.....95**

**Section I : L'application par le juge de l'excès de pouvoir de règles de droit privé.  
.....95**

- I- L'application directe.....96
  - A. L'application décidée.....96
    - 1. Une application en cas de vide juridique.....97
    - 2. Une application dangereuse.....100
  - B. L'application imposée.....101
    - 1. L'application prévue par les textes.....102
    - 2. Des règles *a priori* mixtes.....103
  
- II- L'application indirecte.....104
  - A. Le recours avantageux aux PGD.....105
    - 1. Un recours fréquent.....105
    - 2. Un recours à des principes malléables.....110
  - B. Une application tacite du droit privé.....112
    - 1. Une application déguisée.....112
    - 2. Une application d'origine privée dépassant le clivage public-privé.....117

**Section II : Une application assumée par le juge administratif.....119**

- I- Une application autonome du juge.....119
  - A. Une autonomie de choix.....120
    - 1. Une véritable « transposition » du droit administratif.....120
    - 2. Un choix favorable à l'autonomie de la légalité administrative.....124
  - B. Une autonomie d'application.....127
    - 1. Une autonomie théorisée.....128
    - 2. Une adaptation attendue.....129
  
- II- Une application offensive du juge administratif.....132
  - A. Le renforcement du rôle du juge.....133
    - 1. Le juge administratif comme source normative du droit administratif.....133
    - 2. Un renforcement par rapport au juge judiciaire.....135

---

B. Une jurisprudence maximaliste.....	138
1. Une volonté de soumettre l’administration au droit en élargissant le bloc de légalité.....	138
2. Une volonté de protéger les administrés.....	141
<b>Conclusion du second Chapitre :</b> .....	<b>143</b>
<b>Conclusion de la première Partie :</b> .....	<b>144</b>
<b>DEUXIEME PARTIE : UNE EXTENSION VOLONTARISTE.....</b>	<b>147</b>
<b>Chapitre I : Des emprunts liés à la défense de l’ordre administratif.....</b>	<b>149</b>
<b>Section I : L’application calculée du droit de la concurrence. ....</b>	<b>150</b>
I- La difficile répartition des compétences d’application.....	150
A. Une difficulté justifiée. ....	151
1. Un texte imprécis.....	151
2. Une logique étrangère au droit administratif. ....	154
B. Une attribution de compétence discutée. ....	157
1. Une détermination progressive de la compétence administrative.....	158
2. Une compétence d’application défensive. ....	162
II- L’application graduelle du droit de la concurrence. ....	164
A. Une application extensive. ....	164
1. L’application large du droit de la concurrence. ....	164
2. Une politique jurisprudentielle offensive.....	170
B. Une application à organiser. ....	173
1. L’absence de protection issue de l’ordonnance de 1986. ....	174
2. La nécessaire conciliation avec l’intérêt général. ....	176
a. Une conciliation a priori antinomique. ....	176
b. Une conciliation décisive.....	178

---

<b>Section II : L’application préventive du droit pénal.</b> .....	<b>183</b>
I- La pénalisation progressive du bloc de légalité. ....	183
A. Une application raisonnée. ....	184
1. Une nature ambiguë. ....	184
2. Une application partielle mais efficace. ....	187
B. Une application graduelle. ....	188
1. L’application expresse. ....	189
a. Une application étendue. ....	189
b. La naissance d’une prise en compte privilégiée de la norme pénale. ....	191
2. Le recours aux principes généraux du droit. ....	193
II- Vers une pénalisation du recours pour excès de pouvoir. ....	196
A. L’affirmation volontariste d’un contentieux pénal devant le juge administratif. ....	196
1. Une application défensive. ....	196
2. Le développement d’une pénalisation du recours pour excès de pouvoir. ....	198
B. Un contentieux à organiser. ....	200
1. Vers une criminalisation plus intense des activités publiques. ....	201
2. Un contentieux dispersé. ....	203
<b>Conclusion du premier Chapitre :</b> .....	<b>207</b>
<b>Chapitre II : Des emprunts tendant à une amélioration de la protection des sujets du droit administratif.</b> .....	<b>209</b>
<b>Section I : L’amélioration progressive de la situation de l’usager.</b> .....	<b>209</b>
I- Une application fonction du caractère du service public. ....	210
A. L’application unanime du droit de la consommation aux services publics industriels et commerciaux. ....	211
1. Une application initiée par la juridiction judiciaire. ....	211
2. Une application prolongée par la juridiction administrative. ....	213
a. L’ouverture aux clauses abusives. ....	214
b. Une application liée au droit de la concurrence : la prohibition de la vente liée. ....	219

B.	Vers une application élargie du droit privé au profit des usagers des services publics administratifs.....	221
1.	Pour une application différenciée du droit de la consommation.....	222
a.	La détermination des limites à l'application du droit de la consommation aux services publics administratifs .....	222
b.	Pour une application calquée sur l'application du droit de la concurrence. 228	
2.	La possible extension de l'application du droit privé aux usagers des services publics administratifs. ....	231
a.	L'application du Code de la consommation à une décision d'une autorité administrative indépendante. ....	232
b.	L'application du Code de la consommation à l'organisation du transport public.....	234
c.	L'application du Code des assurances à un arrêté ministériel. ....	235
II-	Une application efficace à organiser.....	238
A.	L'apport positif de droits nouveaux par le droit de la consommation. ....	239
1.	Une ouverture progressive. ....	239
2.	Une amélioration avérée. ....	241
B.	Une application à maîtriser. ....	247
1.	Une application à adapter.....	247
2.	Une application conduisant à une opposition juridictionnelle. ....	251
	<b>Section II : L'amélioration nuancée de la situation des agents. ....</b>	<b>255</b>
I-	Une application différenciée du droit du travail. ....	255
A.	Une application directe limitée. ....	256
1.	L'application lorsque le Code le prévoit.....	256
2.	Une application prétorienne : le cas particulier de la Banque de France... 258	
B.	Une application indirecte plus générale. ....	263
1.	L'application multipliée de principes généraux du droit issus du Code du travail. ....	264
2.	Une portée plus large. ....	268
II-	Une application vertueuse du droit du travail. ....	270
A.	Une application restreinte visant à l'amélioration de la situation de l'agent. 271	

## Table des matières

---

1. Une application indirecte destinée à combler les lacunes du droit administratif.....	271
2. Une amélioration limitée par les statuts des entreprises publiques.....	276
a. L'application du « principe de faveur ».....	278
b. La limite de l'économie générale du statut.....	279
B. Une application encadrée par les obligations de service public.....	281
1. Une limite opposable lors de l'application directe et indirecte.....	281
2. Une application exemplaire.....	285
<b>Conclusion du second Chapitre :.....</b>	<b>289</b>
<b>Conclusion de la seconde Partie : .....</b>	<b>291</b>
<b>TROISIEME PARTIE : UNE EXTENSION SALVATRICE.....</b>	<b>293</b>
<b>Chapitre I : La transformation nécessaire des acteurs du droit administratif.....</b>	<b>295</b>
<b>Section I : La banalisation de l'administration.....</b>	<b>296</b>
I- Une administration affaiblie.....	296
A. Le renforcement du contrôle de l'interventionnisme.....	297
1. L'adaptation de l'administration aux règles du marché.....	297
2. La prise en compte d'une conception large de l'interventionnisme.....	300
B. L'administration soumise aux contraintes du droit de la consommation.....	302
1. Le contrôle d'un domaine d'action restreint.....	302
2. Une soumission contraignante mais nécessaire.....	304
II- Une administration transformée.....	306
A. Le maintien d'un rôle économique sous contrôle.....	307
1. La recherche d'une égalité entre opérateurs.....	307
2. Une multiplication des contraintes pouvant favoriser l'action économique des personnes publiques.....	311
B. L'attribution de nouveaux droits aux personnes publiques par le droit de la consommation.....	317
1. Une personne publique comme consommateur au sens de la législation sur les clauses abusives.....	318
2. Une possible protection par l'ensemble du Code de la consommation.....	320

---

<b>Section II : La transformation du juge administratif.....</b>	<b>323</b>
I- L'affirmation du juge administratif dans le contentieux économique. ....	323
A. L'importation de raisonnements économiques en droit administratif. ....	324
1. L'appropriation de nouvelles méthodes. ....	324
2. Des méthodes influençant l'ensemble du contentieux administratif. ....	333
a. L'évolution du contentieux de la responsabilité. ....	333
b. L'évolution du contentieux de l'urgence. ....	336
B. L'affirmation nuancée de la compétence économique du juge administratif.	338
1. Une compétence existante.....	338
a. Un juge administratif apte.....	338
b. Un juge administratif aux pouvoirs suffisants. ....	340
2. Une compétence encadrée.....	345
II- L'adaptation du juge administratif à ces nouvelles sources.....	349
A. Une évolution du contentieux de l'excès de pouvoir.....	349
1. L'appréciation de comportements à travers des actes.....	350
2. Une appréciation « naturelle ». ....	360
B. Un juge administratif exigeant.....	363
1. Une sévérité systématiquement constatée.....	363
2. Une sévérité volontaire. ....	365
<b>Conclusion du premier Chapitre :.....</b>	<b>369</b>
<b>Chapitre II : La transformation bénéfique du droit administratif. ....</b>	<b>371</b>
<b>Section I : L'adaptation des fondements idéologiques du droit administratif.....</b>	<b>372</b>
I- L'évolution du service public. ....	372
A. L'exigence de modernisation du service public.....	373
1. L'adaptation large du service public aux évolutions de la société.....	374
2. L'impossible détermination d'un domaine d'application fondé sur la notion de service public. ....	380
B. Une évolution conforme à l'intérêt général. ....	384
1. Une extension dans le sens de l'intérêt général. ....	385



## Table des matières

---

2. Une conformité démontrée. ....	392
II- La réserve de la puissance publique.....	400
A. Une application à la puissance publique essentielle. ....	401
1. L'encadrement constaté de la puissance publique. ....	401
2. L'encadrement nécessaire de la puissance publique.....	404
B. Une application à organiser. ....	406
1. La limite de l'impuissance publique. ....	406
2. Une extension dangereuse.....	418
<b>Section II : Une nouvelle évolution du droit administratif. ....</b>	<b>425</b>
I- Une évolution bénéfique. ....	426
A. L'absence de privatisation du droit administratif. ....	427
1. Une autonomie préservée.....	427
2. Une application à adapter.....	431
B. Une consolidation du droit administratif. ....	436
1. Une évolution sociétale.....	437
2. Une évolution légitimant l'action administrative. ....	440
II- Une évolution historique.....	443
A. Une nouvelle étape dans l'évolution du droit administratif.....	444
1. Une ouverture vers la performance publique. ....	444
2. La continuité d'une ouverture. ....	447
B. Une étape à prolonger. ....	451
1. Vers une ouverture importante au droit privé. ....	452
2. Pour la mise en place d'une théorie du bilan. ....	459
<b>Conclusion du second Chapitre :.....</b>	<b>464</b>
<b>Conclusion de la troisième Partie :.....</b>	<b>466</b>
<b>CONCLUSION GENERALE :.....</b>	<b>467</b>
I- Une libéralisation modérée du droit applicable à l'administration. ....	468
II- Une subjectivisation du droit administratif.....	470

## Table des matières

---

<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>475</b>
I- Ouvrages Généraux :.....	475
II- Ouvrages spéciaux :.....	477
III- Thèses :.....	479
IV- Notes de doctrine :.....	481
V- Décisions citées :.....	490
<b>INDEX :</b> .....	<b>505</b>
<b>Index des principales décisions citées :</b> .....	<b>509</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	<b>511</b>









## Table des matières

---

**TITRE :** L'extension du bloc de légalité administrative.

**RÉSUMÉ :**

Le droit administratif est fréquemment présenté comme un droit exorbitant c'est-à-dire différent du droit privé. Le juge de l'excès de pouvoir fait pourtant régulièrement référence à des droits classiquement appliqués par les juridictions judiciaires. Les juridictions administratives reprennent ainsi directement ou indirectement les droits de la concurrence, de la consommation, du travail, le droit pénal ou encore le droit des assurances. Il est de plus en plus difficile de présenter le droit administratif comme un droit autonome. Il paraît plus réaliste de le définir comme l'ensemble du droit appliqué à l'administration quel que soit l'ordre juridictionnel compétent et quelle que soit l'origine du droit appliqué. Au sein du droit administratif, le bloc de légalité administrative est également progressivement pénétré par des textes qui ne sont pas différents du droit privé. Le juge administratif décide quels textes de droit privé viendront enrichir le bloc de légalité. Cet enrichissement volontariste suit un certain nombre d'objectifs. D'une part, lorsque le juge reprend le droit de la concurrence et le droit pénal, il cherche à intervenir dans des contentieux qui semblaient lui échapper. En reprenant ces normes, le juge devient un acteur de la pénalisation de la société et participe aux développements du droit de la concurrence. D'autre part, en appliquant les droits de la consommation et du travail, le juge administratif cherche activement à améliorer la situation des sujets du droit administratif que sont les agents et les usagers de service public. Au-delà de ces objectifs, l'extension du bloc de légalité administrative transforme positivement l'ensemble du droit administratif et de ses acteurs. Le juge développe certaines de ses compétences, notamment dans le domaine économique et s'affirme comme un des acteurs principaux de la construction du droit administratif. Ce dernier subit quant à lui une nouvelle transformation qui conduit à l'adapter aux évolutions sociétales contemporaines. L'extension de la légalité administrative à des sources de droit privé n'est pas dangereuse pour l'avenir du droit administratif. L'étude de la jurisprudence démontre ainsi que l'objet de ce droit, à savoir la réalisation de l'intérêt général, peut être atteint en reprenant des textes classiquement appliqués par le juge judiciaire. Le droit administratif, droit différent du droit privé, permet la réalisation de l'intérêt général mais le droit privé peut aussi, dans certains cas, aboutir au même objectif. Afin d'assurer pleinement le développement de cet intérêt, il peut arriver que le juge administratif oppose une limite d'intérêt général lorsqu'une de ces nouvelles normes de légalité conduit à faire prévaloir un intérêt particulier aux dépens de l'intérêt général. Les juridictions administratives n'opposent que trop rarement cette limite mais il ne fait nul doute que sa mise en place devrait se développer avec la multiplication des références aux textes de droit privé.

**MOTS-CLEFS :**

Légalité administrative- Recours pour excès de pouvoir- Intérêt général- Droit de la concurrence- Droit de la consommation- Droit pénal- Droit du travail- Droit des assurances-Droit exorbitant du droit commun- Juge administratif- Acte unilatéral

**TITLE :** The Expansion of the Sources of Administrative Law.

**SUMMARY :**

French Administrative law is usually distinguished from private law as being a different branch of law. Yet, administrative tribunals take into account many sources of law that are traditionally applied by civil or criminal courts. They directly or indirectly implement Competition law, Consumer law, Labor law, Criminal law or Insurance law. It is thus very difficult to conclude that Administrative law is a self-sufficient branch of law. It seems more realistic to describe it as the law that is applied to all administrative bodies, the court jurisdiction and the origin of the law implemented being irrelevant. Sources that are no different from those of Civil or Criminal law reach Administrative law itself. Administrative tribunals voluntarily decide which provision of the law they will put into practice. This phenomenon fulfils many aims. Firstly, when administrative tribunals apply Competition law or Criminal law, they wish to intervene in disputes that may not otherwise be within their jurisdiction. Thus, they become an actor of the penalization of society and take part in the improvement of Competition law. Secondly, the implementation of Labor law and Consumer law provides a better protection of the people who are under administrative jurisdiction, such as civil servants and users of public services. Beyond these goals, the expansion of the sources of Administrative law positively transforms it. Tribunals sharpen their skills, particularly in the economic field, and become leading actors of the development of Administrative law, in order to adapt it to the evolution of French society. The implementation of private law sources is not dangerous for the future of Administrative law. Case law reveals that the aim of this branch of law, the carrying out of public interest, may be achieved by private law as well. In order to reach this goal, administrative tribunals do not apply private law sources whenever these new rules may lead to give priority to individual interests upon public interest. Administrative tribunals do not often use this limit but the growing recourse to private law sources will undoubtedly show the way for its setting up in French law.

**KEYWORDS :**

Administrative law – Judicial review – Public interest – Competition law – Consumer law – Criminal law – Labor law – Insurance law – Administrative tribunal – Unilateral act