UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE À L'ÉPREUVE DE L'ÉROSION DE LA DISTINCTION ENTRE LE DROIT PUBLIC ET LE DROIT PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat en droit présentée par

Pauline SERRE

Sous la direction de

Monsieur **Olivier SALATI**, Maître de conférences HDR à l'université d'Aix-Marseille
Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles (EA4690)

Membres du jury :

- Monsieur **Christophe ALBIGES,** Professeur à l'université de Montpellier
- Monsieur **Jean-Louis BEDIER,** Président de chambre à la cour administrative d'appel de Marseille
- Monsieur **Pascal OUDOT,** Maître de conférences HDR à l'université de Toulon-Draguignan
- Monsieur **Emmanuel PUTMAN,** Professeur à l'université d'Aix-Marseille

Aix-en-Provence – 5 décembre 2016

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Les opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mon petit frère.

À la mémoire de ma grand-mère.

REMERCIEMENTS

Même si la thèse est une démarche personnelle, il est évident que rien ne se fait jamais seul. Ce travail n'aurait pu s'accomplir sans l'aide et le soutien de nombreuses personnes qui m'ont accompagnées tout au long de cette étape importante de ma vie.

Avant tout et même si l'usage ne le prévoit pas, je remercie mon directeur de recherches, Monsieur Olivier Salati, pour m'avoir donné l'opportunité de travailler sur un sujet que j'ai librement choisi. J'aimerai lui témoigner, à travers ces quelques lignes, toute ma reconnaissance pour sa disponibilité et ses conseils.

Mes remerciements vont également aux membres de la cour administrative d'appel de Marseille, particulièrement à Monsieur Jean-Louis Bédier avec qui j'ai passé deux années extrêmement enrichissantes tant intellectuellement qu'humainement.

Au delà de l'aide technique et de l'expertise juridique dont j'ai pu bénéficier, il ne faut pas sous-estimer l'importance du soutien moral qui permet à un doctorant de mener à bien sa recherche dans des conditions optimales. C'est la raison pour laquelle je remercie infiniment mes proches pour leur support. Ma reconnaissance va à ceux qui ont plus particulièrement assuré le soutien affectif de ce travail doctoral : ma famille ainsi que la famille Delandre.

Un grand merci à Marie-France Mouly pour avoir joué le rôle de relectrice du document final.

Enfin, j'adresse à Willy Delandre ma gratitude pour toutes les heures qu'il a consacré à la mise en page de cette thèse ainsi que pour ses conseils, son soutien et son optimisme sans faille.

ABRÉVIATIONS UTILISÉES

Nous avons adopté la nomenclature des abréviations des principales références en matière juridique, élaborée en 1990 puis modifiée en 1993 par le Groupe des éditeurs de Droit, Sciences Economiques et Sociales du Syndicat national de l'édition. Cette nomenclature est reproduite après le texte (annexe).

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE I : LA PERTINENCE DE LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE MENACÉE

TITRE 1 : L'AFFAIBLISSEMENT DE LA DIVISION ENTRE LE DROIT PUBLIC ET LE DROIT PRIVÉ

CHAPITRE 1 : LA CONFUSION PROGRESSIVE DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ

CHAPITRE 2 : LA PERTURBATION DES RÔLES DU JUGE ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE, CONSÉQUENCE DU DÉCLIN DE LA DISTINCTION

TITRE 2 : LA COHÉRENCE PRÉSERVÉE ENTRE LES DEUX ORDRES JURIDICTIONNELS

CHAPITRE 1 : L'HARMONISATION PROGRESSIVE DES PROCÈS ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE

CHAPITRE 2 : DES CONTENTIEUX COMMUNS À L'ORIGINE D'INTERPRÉTATIONS CONVERGENTES

PARTIE II : L'EXIGENCE D'UNE DUALITÉ JURIDICTIONNELLE RENOUVELÉE

TITRE 1 : LE CONSTAT DE DIVERGENCES RÉSIDUELLES

CHAPITRE 1 : DES SPÉCIFICITÉS EXTÉRIEURES À LA MISSION DES JUGES

CHAPITRE 2 : DES PARTICULARISMES LIÉS À L'OFFICE DES JUGES

TITRE 2 : L'ADAPTATION DE LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE AU PHÉNOMÈNE DE L'ÉROSION DE LA DISTINCTION ENTRE LE DROIT PUBLIC ET LE DROIT PRIVÉ

CHAPITRE 1 : UNE ORGANISATION TOUJOURS PERTINENTE MALGRÉ SES IMPERFECTIONS

CHAPITRE 2 : PROPOSITIONS EN FAVEUR D'UNE DUALITÉ JURIDICTIONNELLE RENOUVELÉE

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« En cette période de renouveau où se dessinent les pistes d'une refondation de notre Justice pour le siècle où nous vivons, le thème du rapprochement des ordres juridictionnels se présente comme une réflexion majeure qu'il revient à notre génération d'entreprendre en portant un regard lucide, ouvert et honnête sur la complexité de l'organisation de notre Justice, sur ses causes et ses justifications, sur ses avantages et ses inconvénients[1] ».

1. Vieille de plus de deux cents ans, la dualité juridictionnelle, en France, est le résultat d'une succession complexe de faits historiques, de réformes et de constructions jurisprudentielles audacieuses. Déjà, les conditions de son apparition sont sujettes à caution et provoquent, aujourd'hui encore, des débats doctrinaux animés, particulièrement en ce qui concerne la portée à donner à la célèbre loi des 16 et 24 août 1790. Intimement liée au sort, maintes fois remis en cause, de la juridiction administrative, la dualité juridictionnelle telle qu'elle existe aujourd'hui, a connu bien des épreuves. Souvent l'objet de critiques, le développement de la juridiction administrative a fait surgir des revendications parfois démesurées, visant à supprimer cette dernière ou à organiser la fusion entre les juridictions administratives et judiciaires. Ce que l'on présentait autrefois comme une spécificité française, s'est pourtant progressivement imposé partout ailleurs dans le monde[2]. Mais, comme l'a justement relevé Didier Truchet[3], si l'ancienneté de cette organisation force le respect, elle n'est pas nécessairement un gage d'avenir.

2. Qu'il soit considéré comme une véritable science ou comme un simple objet d'étude[4], le droit est indissociable de la société et de ses évolutions. Comme le souligne Françoise Dekeuwer-Défossez : « Droit et société sont consubstantiellement

---

[1] Extrait du discours de Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de Cassation, lors de l'audience solennelle de rentrée du 14 janvier 2016 (disponible sur https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/rentree_2016_33389.html)

[2] H. Pauliat, le modèle français d'administration de la justice : distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative, Revue française d'administration publique, 2008 n° 125, p. 93-110.

[3] D. Truchet, Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?, in Mélanges J.-B, Dalloz, Paris, 1992, p. 335 et s.

[4] Certains auteurs concluent à l'impossibilité d'une science du droit en raison, par exemple, de la difficulté d'isoler des données purement empiriques dans le champ juridique, ou encore de l'impossibilité définir l'objet d'étude ; v. par exemple : Ost, F., *Science du droit*, in Arnaud, A.-J. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2 éd., L.G.D.J, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 540.

liés : il n'existe pas de possibilité de société sans droit, et le droit n'a de sens que dans un cadre social. Le droit est, en effet, un système de normes qui a pour fonction d'organiser la vie en société (…) La société peut et doit donc imposer, au besoin par la force, les comportements individuels nécessaires à sa perpétuation et à son harmonie[5]». De façon à ce que l'étude du droit se présente sous une forme plus intelligible, des catégories juridiques ont vu le jour et sont analysées par Jean-Louis Bergel comme des « constructions intellectuelles destinées à une meilleure connaissance, à une meilleure application du droit, à l'amélioration du système juridique[6] ». Le système des catégories juridiques permet, selon l'auteur, « de discipliner le désordre et l'incertitude des faits sociaux en les saisissant plus aisément sous une qualification claire et des règles déterminées[7] ». C'est précisément pour remplir ces missions de clarification et de cohérence du droit que s'est progressivement imposée la distinction entre le droit public et le droit privé. Plus qu'une simple catégorie juridique, elle est considérée comme une véritable *summa divisio*, dont l'utilité dépasse la seule clarification du droit. En vertu de l'adage bien connu selon lequel « la compétence suit le fond », la qualification d'une règle appartenant au droit public ou au droit privé conditionne la compétence juridictionnelle. Mais, le droit évoluant constamment au gré des transformations de la société, la distinction s'est progressivement vidée de sa substance. Droit public et droit privé se sont enchevêtrés jusqu'à ce que la division perde peu à peu sa pertinence. Cette étude débute finalement sur le constat d'un échec, celui de l'incapacité d'une catégorie fondamentale à remplir ses fonctions. Pour autant, faut-il lier le destin tragique de cette *summa divisio* devenue *seconda divisio*, à celui de la dualité juridictionnelle, à laquelle elle est intimement liée ?

3. Définition des éléments du sujet – La dualité juridictionnelle est le fruit d'une longue maturation, le résultat, comme nous venons de l'évoquer précédemment, d'une succession de faits historiques, de réformes et de constructions jurisprudentielles. Certains auteurs se sont employés avec vigueur, à confirmer ou discréditer l'existence des prémices de la séparation de l'ordre juridictionnel judiciaire et administratif avant la Révolution. Jean-Louis Mestre percevait les débuts

---

[5] F. Dekeuwer-Defossez, « Droit et société », in Dictionnaire des sciences humaines, S. Mesure et P. Sadivan (dir.), Puf, Paris, 2006, p. 1127 ; V. également sur le même sujet : D. Linotte et C. Atias., Le mythe de l'adaptation du droit au fait, Recueil Dalloz, chronique XXXIV, 1977, pp.251-258 ; R. Bourdon., Penser la relation entre le droit et les mœurs, in L'Avenir du droit, Paris, Puf & Dalloz, 1999 ; J. Carbonnier., Essais sur les lois, (1979), Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1995 ; W. Friedmann., Law in a Changing Society, (1959), Littelton, F. B. Rothman, 1988 ; L. Leverneur., Situations de fait et droit privé, Paris, LGDJ, 1990 ; G. Ripert., Les forces créatrices du droit, (1955), Paris, LGDJ, 1994 ; A. Sayag., Essai sur le besoin créateur du droit, Paris, LGDJ, 1969.

[6] J.-L Bergel, Théorie générale du droit, 5ème éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 238.

[7] *ibid.*

d'un traitement spécifique du contentieux administratif avant la Révolution, notamment à travers l'existence de certaines instances spécialisées comme les Chambres des comptes au Moyen âge[8]. D'autres auteurs préfèrent évoquer l'édit de Saint Germain par lequel, en février 1641, la Monarchie adressa aux juges judiciaires l'interdiction « explicite et impérieuse[9]» de connaître des affaires administratives[10].

4. La Révolution consacrera solennellement la séparation entre la fonction administrative et judiciaire par la loi des 16 et 24 août 1790, dont l'interprétation reste aujourd'hui très discutée. Cette disposition trouve son fondement dans la volonté d'empêcher les abus des parlements de l'ancien régime qui participaient à la fonction législative, en vérifiant les ordonnances et s'étaient reconnus le droit de faire des règlements. Elle était également justifiée par le fait que les constituants de l'époque souhaitaient concevoir une organisation des pouvoirs de manière stricte et assujettir la fonction judiciaire à la loi, qui devait suivre fidèlement la volonté du législateur. Les articles 10 à 13 de cette la loi précisent l'idée selon laquelle les tribunaux ont une fonction relativement circonscrite. L'article 10 interdit aux tribunaux de prendre directement ou indirectement part à l'exercice de pouvoir législatif. L'article 11 impose, quant à lui, de retranscrire les lois et de les publier telles qu'elles leurs seront transmises. L'article 12 empêche les juges de prononcer des arrêts de règlements qui constituaient une façon pour eux, de se prononcer par voie de disposition générale et règlementaire par le biais d'un litige qui lui était soumis. Enfin, par l'article 13, ils ne peuvent s'immiscer dans la sphère de la

---

[8] V. les études de J.-L. Mestre, Introduction historique au droit administratif, Puf, Paris, 1985. ; J.-L. Mestre, Administration, justice et droit administratif, Annales historiques de la Révolution française, 2002, n°328, pp. 61-75 ; J.-L. Mestre, Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des Communautés de Provence, LGDJ, Paris, 1976, pp. 61-107; J.-L. Mestre, La signification de la loi des 7-14 octobre 1790, Études et documents du Conseil d'État, Paris, Documentation française, n°43, 1991, pp. 281-298. ; P. Payen, La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII[e] siècle, Puf, Paris, 1999, pp. 491-494 ; S. Soleil, Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherches, G. Bigot et M. Bouvet (dir.), Regards sur l'histoire de la justice administrative (Journées d'études du Centre d'histoire du droit de l'Université de Rennes 1), Litec, Paris, 2006, p. 3 et s. ; K. Weidenfeld, Histoire du droit administratif, Economica, Paris, 2010, pp. 82-103.

[9] F.-P. Benoît, Les fondements de la justice administrative, in Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public, LGDJ, Paris, 1974, Tome II, p. 283 et s.

[10] « disons et déclarons que notredite cour de parlement de Paris et toutes nos autres cours, n'ont été établies que pour rendre la justice à nos sujets ; leur faisons très expresses inhibitions et défenses, non seulement de prendre, à l'avenir, cognoissance d'aucunes affaires semblables à celles qui sont cy-devant énoncées, mais généralement de toutes celles qui peuvent concerner l'état, administration et gouvernement d'icelui que nous réservons à notre personne seule et de nos successeurs rois, si ce n'est que nous leur en donnions le pouvoir et commandement spécial par nos lettres-patentes, nous réservant de prendre sur les affaires publiques les advis de notredite cour de parlement, lorsque nous le jugerons à propos pour le bien de notre service ».

compétence de l'administration active[11].

5. Par conséquent, puisque les tribunaux judiciaires ne pouvaient connaître des litiges impliquant l'administration, ces derniers étaient portés, dans un premier temps, devant l'administration elle-même. Était alors en vigueur le système dit du « ministre-juge », abandonné en 1889, par le biais duquel le ministre exerçait à la fois des compétences administratives et juridictionnelles afférentes à son domaine. Ce système mis en place par la crainte de voir réapparaître l'immixtion du juge avait finalement abouti à instaurer le mécanisme de l'administrateur-juge. Ces dispositions ont pour conséquence d'empêcher les tribunaux judiciaires de connaître du contentieux de l'administration, mais elles ne sont pas directement à l'origine de l'ordre juridictionnel compétent en cette matière, et génèrent un vide sur la question de savoir qui allait s'occuper effectivement des litiges relatifs à l'administration.

6. Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires marque donc une étape importante dans le processus de construction de la dualité juridictionnelle, en créant un contexte favorable à son développement. Pourtant, certains auteurs, tels que Serge Velley[12], estiment qu'il ne faut pas associer abusivement l'existence de la juridiction administrative et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Selon lui, « pour les révolutionnaires, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires ne préjugeait en rien de la solution à apporter au problème du contentieux administratif[13]». Bernard Pacteau[14] quant à lui, évoque l'existence d'une véritable controverse à propos de la filiation entre ce principe et l'existence de la juridiction administrative. D'autres, comme Françis-Paul Benoît[15], dénient toute relation d'interdépendance : « la séparation des autorités administratives et judiciaires ne doit rien au principe de la séparation des pouvoirs. Ces deux principes sont bien distincts ». Si la majorité de la doctrine semble se méfier du raccourci qui consisterait à voir dans cette disposition, l'acte fondateur de la dualité juridictionnelle, d'autres, comme Pascal Binczak,[16] cherchent à en faire la démonstration. Nous rejoignons l'opinion dominante, selon laquelle, si la dualité juridictionnelle n'est pas directement liée à la séparation des

---

[11] «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 ».

[12] S. Velley, La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1989, pp. 767-783.

[13] *Ibid.*

[14] B. Pacteau, Le contrôle de l'administration, Revue administrative, 2000, n°3, spécial, p.96.

[15] F.-P. Benoît, *op. cit.,* p.285.

[16] P. Binczak, Un silence fondateur. Réflexions sur la loi des 16-24 août 1790, in G. Bigot et M. Bouvet (dir.), Regards sur l'histoire de la justice administrative, journées d'études du Centre d'histoire du droit de l'Université de Rennes 1, Litec, Paris, 2006, pp. 73-102.

pouvoirs, elle « constituait en tout cas l'issue naturelle et nécessaire tellement, après avoir écarté la compétence judiciaire parce qu'on en contestait la légitimité, on ne pouvait qu'écarter aussi l'administrateur juge qui correspondait si peu à nos inspirations et nos aspirations libérales[17]».

7. Le dualisme juridictionnel, sans avoir exclusivement pour origine la loi des 16 et 24 août 1790, a pris racine en même temps que l'émergence d'une justice administrative indépendante de l'administration active. Ce sont les différentes réformes et la jurisprudence audacieuse du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, postérieurement à la loi des 16 et 24 août 1790 qui sont à l'origine de la justice administrative et donc, de l'existence de deux ordres juridictionnels distincts. Sa forme actuelle est le résultat de nombreuses étapes, qui se sont étendues sur une période relativement longue, allant de l'ancien régime jusqu'à la IIIe République. C'est véritablement à partir de la création du Conseil d'État par l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII et des Conseils de préfectures départementaux par la loi du 28 pluviôse an VIII, que la justice administrative évoluera vers son organisation actuelle. Initialement, le Conseil d'État avait pour unique fonction de conseiller, mais peu à peu, il sera progressivement investi d'une fonction juridictionnelle qui ne cessera de prendre de l'ampleur. Mais, aux prémices du Conseil d'État, l'administration restait jugée par les institutions administratives et suscitait à ce titre, de nombreuses critiques. Ces critiques dénonçaient le Conseil d'État comme étant une institution dangereuse, mêlant à la fois politique et juridique. Le décret du 2 février et du 12 mars 1831 ont permis une forme d'apaisement en instaurant une audience publique, la possibilité de présenter des observations orales pour les avocats ou l'existence de commissaires du gouvernement. Ses attributions juridictionnelles se sont vues renforcées, lorsqu'est créée une commission du contentieux chargée de proposer des avis à l'assemblée générale du Conseil d'État. Cette commission marque un premier pas vers l'apparition d'un traitement spécifique du contentieux administratif. Des modifications plus importantes ont été apportées par la loi du 24 mai 1872 permettant une réorganisation par le passage de la justice retenue à la justice déléguée. Jusqu'alors, la justice était retenue au profit du souverain, c'est à dire que le Conseil d'État ne formulait qu'un avis qui ne recevait d'effet juridique qu'après l'approbation du chef de l'Etat. Par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 le Conseil d'État trouve le fondement de sa consécration définitive : « Le Conseil d'État statut souverainement sur les recours en matière de contentieux administratif et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ». Les Conseils de préfecture seront par la suite supprimés et la juridiction administrative bénéficiera alors pleinement de

[17] B. Pacteau, *op. cit.* p. 96.

la justice déléguée, ce qui lui permettra de disposer du pouvoir de rendre elle-même les décisions en matière contentieuse. En 1873, par l'arrêt « Blanco », le Tribunal des Conflits reconnaît la spécificité du droit appliqué aux litiges administratifs et en 1889, le système du ministre-juge est purement et simplement supprimé par le Conseil d'État par son arrêt Cadot. Les décrets du 30 septembre et du 28 novembre 1953 créent les tribunaux administratifs qui remplacent les conseils de préfecture. Ces tribunaux deviennent les juges de droit commun du contentieux administratif en première instance, le Conseil d'État en étant le juge d'appel. La loi du 31 décembre 1987 crée à son tour les cours administratives d'appel, désormais chargées de connaître de la quasi-totalité des appels dirigés contre les jugements des tribunaux administratifs. Le Conseil d'État devient le juge de cassation des décisions des nouvelles cours. Compte tenu du degré d'évolution de la juridiction administrative, des auteurs, tels que Raymond Martin, se demandent « si l'évolution de la juridiction administrative n'est pas arrivée à son terme, et s'il ne serait pas opportun d'unifier les deux ordres de juridictions. Ainsi la justice de l'Etat et la justice pour l'Etat administratif appartiendraient à un seul corps et seraient servies par les mêmes magistrats[18]».

8. Pour la justice judiciaire, la période révolutionnaire se révèlera être, comme pour la justice administrative, un point de rupture marquant le passage d'une justice d'origine divine rendue ou déléguée par le Roi, à une justice d'État rendue au nom du peuple français. Au roi, ce juge suprême, succède les grands principes révolutionnaires. La loi des 16 et 24 août 1790 pose les principes sur lesquels fonctionne encore aujourd'hui la justice française moderne : séparation des autorités judiciaires et administratives, droit d'appel, égalité devant la justice, gratuité de la Justice (les juges étant désormais rétribués par l'État) et création d'un jury populaire en matière criminelle. La Révolution institue, pour Jean-Claude Farcy : « une justice libérale et démocratique fondée sur la souveraineté nationale, les citoyens étant étroitement associés à son exercice[19]». Hormis la parenthèse du Directoire qui se traduira par l'affaiblissement de la justice libérale pour une justice étatisée, l'époque napoléonienne permettra plusieurs évolutions notables, telles que les efforts de codification, la rénovation de l'organisation judiciaire, l'évolution du statut des magistrats (…). L'auteur constate la stabilité du modèle napoléonien jusqu'au milieu du XXe siècle et décrit pour la fin du XXe siècle et le début du XXIe siècle, une période où la justice se trouve progressivement réformée au gré des mutations d'une société

[18] R. Martin, Les cheminements des pouvoirs judiciaires depuis 1789, RTD civ., 2004, pp. 251-260.

[19] J.-C. Farcy, Histoire de la justice en France, de 1789 à nos jours, La découverte, collection Repères, 2015, p. 28 ; v. également : F. Chauvaud, J.-G. Petit, J.-J. Yvorel, Histoire de la justice de la Révolution à nos jours, Presses universitaires de Rennes, 2007, Collection Didactique histoire. ; J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Durasse, B. Dubois, Histoire de la justice en France 1715-2010, Puf, Paris, 2010.

en crise[20]. Malgré une évolution historique différente, les juridictions administratives et judiciaires présentent aujourd'hui, du moins institutionnellement, de nombreuses similitudes. Pour chacune d'entre elles, la période révolutionnaire a été le socle, l'élément déclencheur d'une profonde mutation.

9. La distinction entre le droit public et le droit privé - Comme le relève René Savatier[21], la tâche du juriste peut parfois se révéler décevante parce que le droit est un objet d'étude sans cesse à reconstruire. Pour l'auteur, le droit traduit la vie et donne nécessairement lieu à des transformations. Ainsi, « les compartiments qu'il établit ne sont jamais étanches ni définitifs. Telle est la division classique des branches du droit positif entre Droit public et Droit privé ». La réflexion de l'auteur nous permet d'ores et déjà d'anticiper les difficultés quant à la définition du droit public et du droit privé.

10. En ce qui concerne les origines de cette distinction, la plupart de la doctrine en situe les fondements à l'époque romaine. L'étude de Georges Chevrier[22] permet de retracer les évolutions de cette distinction à partir de l'époque romaine. Cette distinction s'est formée de façon très lente, notamment en raison du fait que d'autres distinctions étaient privilégiées, comme celle entre le droit sacré et le droit profane. Georges Chevrier évoque Ciceron, qui, dans *partitiones oratoriae*, a utilisé la distinction *jus publicum* et *jus privatum* mais seulement en tant que subdivision de la distinction droit écrit et non écrit. C'est Ulpien qui fera de cette distinction une distinction principale et, après avoir renouvelé sa conception, il a décrit le droit public avec une plus grande généralité. Cette distinction, formulée par Ulpien sera reprise dans les Institutes et dans le Digeste de Justinien. Le droit romain a permis de développer les bases de notre distinction contemporaine en précisant la terminologie. Cependant, à partir du Ve siècle et jusqu'au milieu du XIe siècle, cette distinction souffrira d'un déclin lié à la conception du pouvoir : « à l'intérêt commun se substitue celui du prince, de telle sorte que la division droit public-droit privé se mue en une division toute concrète et plus utilitaire : droit du prince, droit des sujets[23] ». Après l'époque carolingienne, il sera même impossible d'identifier au sein du *jus*, un aspect privé et un aspect public. Certaines études, telles que celles de Jean-Louis Mestre[24],

---

[20] J.-C. Farcy, *loc. cit.,* p.28.

[21] R. Savatier, Droit privé et droit public, Dalloz, 1946, Chron. n°7.

[22] G. Chevrier, De la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français, APD, 1952, p.16 et ss.; v. également pour une étude plus récente et plus synthétique : L.-A. Barrière, « Une approche historique de la *summa divisio* droit public droit privé » in De l'intérêt de la *summa divisio* droit public-droit privé ? sous la direction de B. Bonnet, Dalloz, Paris, 2010, p.18.

[23] G. Chevrier, *op. cit.* p.17.

[24] J.-L. Mestre, Introduction historique au droit administratif français, Puf, 1985, p.25 et s.

tendent à découvrir au Moyen-âge les premiers fondements des règles administratives à travers les pouvoirs des seigneurs et du roi sur leurs sujets et vis à vis de leurs auxiliaires et de leurs concessionnaires. Grégoire Bigot met en lumière les deux arguments en faveur de l'existence d'un droit administratif à cette époque : « d'une part, l'organisation des pouvoirs seigneuriaux ou municipaux illustre un rapport de puissance à sujétion, condition préalable pour le déploiement d'un droit administratif, qui est *a priori* le droit de l'administration dans ses rapports avec les particuliers (…) D'autre part, il s'agirait d'un droit administratif par anticipation parce qu'il apparaitrait clairement différencié du droit commun (…) [25] ». L'auteur semble toutefois écarter cette idée, estimant qu'un droit administratif ne pouvait exister à cette époque puisque une administration indépendante de la justice ne pouvait être identifiée.

11. La division renaîtra à partir du XIe siècle grâce à un renouveau scientifique émanant des romanistes du moyen-âge permettant en quelque sorte de ressusciter la distinction, mais sans aller jusqu'à circonscrire précisément les contours de cette dernière. Plus tard, Placentin[26] dépassa cette difficulté en se référant à une sorte de critère matériel. Pour lui, le droit public est *res publica* et le droit privé la *res privata.* Cette conception sera néanmoins critiquée par Azo, qui pensait que cette vision pouvait aboutir à un morcellement infini de la science du droit. Il estimait qu'il était impossible de distinguer deux droits parfaitement séparés et prônait une conception finaliste. La glose d'Accurse considérait la distinction comme fondamentale mais rejetait également l'idée de Placentin, selon laquelle le critère de distinction doit être matériel et réaffirme l'idée d'un critère finaliste. Pour l'auteur, le XVIe siècle restera un siècle d'hésitation à cause de la domination de l'esprit seigneurial et des procédés de la pensée médiévale. Ce n'est qu'au XVIIème et au XVIIIe siècles que sera réaffirmée la division entre le droit public et le droit privé, sans toutefois que les auteurs de l'époque précisent quels en sont les contours et les critères de distinction.

12. Grégoire Bigot décrit la période de l'ancien régime comme une période où se développe une conscience de la spécificité du contentieux administratif et cite, à ce titre, l'édit de Saint Germain. Il met toutefois en doute l'existence d'une réelle « volonté administrative [27] » avant 1789 principalement à cause de l'absence de deux conditions nécessaires : « Il faut d'abord que l'administration ait été réellement le souci majeur et nouveau de l'absolutisme. Il convient ensuite que cette administration se soit exercée de façon centralisée pour vérifier l'assertion selon laquelle toute

[25] G. Bigot, Introduction au droit administratif depuis 1789, puf, 2002, p.18.

[26] Placentini, Placentini summa institutionum: Bulgari de iudiciis. Hugonis de expediendis iudiciis. Iacobi tractatus criminum, libri IIII, Lyon, 1536, t. I.

[27] G. Bigot, *op. cit*. p.23.

l'action administrative ait été déposée entre les mains des intendants, représentants du Conseil sur tout le territoire du royaume[28]».

13. Selon Louis-Augustin Barrière[29], la Révolution du XVIIIe siècle marquera un tournant dans l'affirmation de cette distinction en supprimant les corps intermédiaires entre l'Etat et les individus : « les révolutionnaires ont par là même supprimé l'intérêt de la distinction selon l'origine du droit, atténué l'importance du droit naturel en pratique et promu corrélativement la distinction entre droit public et droit privé ». Le règne de Napoléon Bonaparte contribua également au renforcement de la distinction en entreprenant la codification du droit privé et en créant les conseils de préfecture et le Conseil d'État. Le XIXe siècle prolongera cette tendance, notamment parce que l'Etat conservera un rôle libéral en limitant ses interventions et la science du droit public acquerra une place de plus en plus importante dans l'enseignement du droit.

14. Grâce aux réformes du Conseil d'État et le développement d'une science administrative au sein du milieu universitaire, la distinction est apparue de plus en plus nette, particulièrement suite à l'arrêt « Blanco » du Tribunal des conflits. L'auteur poursuit en observant que le droit public et les branches qui le composent se consolident en même temps que la République s'installe. L'étude de ce droit fait l'objet de revues spécialisées et devient, en parallèle, une discipline à part entière au sein des universités et une section dans le cadre du concours de l'agrégation, malgré des opinions contraires en faveur de l'unicité de la matière juridique.

15. Le XXe siècle, jusqu'à nos jours, verra la distinction à nouveau faiblir sous l'influence d'une multitude de facteurs que nous tenterons de décrire. Le déclin de cette distinction est lié, au moins partiellement, à la circonstance qu'elle reflète une certaine conception idéologique.et politique. La phase d'évolution et de déclin que subit cette distinction au fil de l'histoire épouse les différentes formes et les rôles que l'Etat a revêtu selon les époques. Nous pensons néanmoins que les diverses transformations que connaît l'Etat et les modes de gouvernance ne sont pas les seuls facteurs en cause. Des facteurs sociaux, comme les revendications égalitaires, l'idéologie sécuritaire, ou des facteurs internationaux comme la globalisation et la mondialisation influent également sur l'érosion progressive de notre *summa divisio*.

---

[28] *loc. cit.*

[29] L.-A. Barrière, Une approche historique de la summa divisio droit public droit privé in De l'intérêt de la *summa divisio* droit public-droit privé ? (dir.) B. Bonnet, Dalloz, Paris, 2010, p.18.

16. Qu'est-ce que le droit public, qu'est-ce que le droit privé ? Le contenu de cette distinction fait l'objet de débat. À l'occasion de la critique des travaux de René Savatier[30], Charles Enseinman[31] est revenu sur les différents critères de distinction qui caractérisent le droit public et le droit privé. Il évoque dans un premier temps, le droit public comme un droit de soumission et le droit privé comme un droit d'autonomie qui, selon lui, ne peut être éclairante que si les notions sont précisément définies. Or, elles peuvent faire l'objet de définitions variables. La première signification du droit d'autonomie est lorsqu'aucune obligation ou limitation ne pèse sur un sujet. Le droit impératif ou d'autorité renvoie à l'idée que ce n'est plus le sujet lui même qui détermine sa propre conduite, mais une règle. Selon une seconde interprétation, il est possible de qualifier un droit, d'autonomie, bien que le sujet soit obligé par une règle, pourvu qu'à l'origine, il ait consenti à cette soumission. Par une troisième interprétation, on peut encore qualifier un droit d'autonomie, lorsque le sujet est soumis à la suite d'un acte juridique de volonté même si cet acte emporte soumission d'office, et s'il a la possibilité de s'exonérer de ses obligations. Pour Charles Enseinman, les trois interprétations sont à rejeter, car « toute règle de droit est finalement la détermination d'une relation entre deux groupes de sujets, un groupe de sujets « actifs », auxquels elle confère des droits, un pouvoir, une liberté ; un groupe de sujets « passifs », auxquels elle impose des obligations, charges ou restrictions de liberté ; d'où il suit qu'il n'y a pas de règles absolument et donc uniquement « impératives » - qui commanderaient sans habiliter – ni de règles absolument et uniquement « permissives » - qui habiliteraient sans commander – toute règle de droit a cette double nature ».

17. Il évoque ensuite un critère de distinction visant à différencier le droit public et le droit privé en fonction de l'intérêt en cause, individuel ou général. En somme il s'agit de faire prévaloir un critère finaliste. Il apparaît, au même titre que la thèse précédente, une difficulté similaire résultant de l'imprécision des notions utilisées. Par exemple, certaines dispositions visant à protéger le cocontractant le plus faible sont considérés par certains auteurs comme du droit public, car ces dispositions présentent une finalité d'intérêt général. Charles Enseinman évoque le fait que ces dispositions protègent les intérêts des particuliers, d'où la nécessité de définir précisément ce que sont les intérêts individuels et l'intérêt général avec peut être, l'adjonction de nuances. L'auteur n'est pas plus convaincu par cette distinction, car selon lui, on peut trouver dans une même règle, à la fois un aspect visant à satisfaire des intérêts individuels, particuliers et un intérêt général.

---

[30] R. Savatier, Du droit civil au droit public, RIDC, 1951, Vol.3, n°3, pp. 560-561.

[31] C. Enseinman, Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe Siècle), RDP 1952, n°68, p.921.

18. Nous pensons toutefois que la distinction entre l'intérêt général et les intérêts particuliers est certainement le critère qui possède le plus de qualités pour permettre de servir de référence à la distinction entre le droit public et le droit privé. En dépit de ses différentes acceptions, l'intérêt général a fondé les grandes théories jurisprudentielles du droit public : le service public, le domaine public, l'ouvrage public, et pendant un temps, on a cru pouvoir l'ériger en critère unique. Si l'on retrouve cette notion en droit public comme en droit privé, il apparaît toutefois qu'elle recouvre une acception bien plus large devant le juge administratif que devant le juge judiciaire [32] où la notion d'intérêt général renvoi en pratique à une communauté d'intérêts particuliers. Cette importante nuance nous conduit à considérer le critère de l'intérêt général comme susceptible de remplir sa mission de distinguer le droit public du droit privé, à condition toutefois d'être affiné. Si comme le suggère Charles Enseinman, dans toute règle, il y a une volonté de satisfaire à la fois des intérêts particuliers et un intérêt général, on peut toutefois se pencher sur « le degré de généralité » de chacune d'entre elle pour estimer si elle relève du droit public ou du droit privé.

19. Charles Enseinman évoque ensuite l'idée que le droit public serait identifiable par l'intervention de l'Etat, là où il y aurait une intervention étatique, il y aurait du droit public. Formule que l'auteur qualifie très vite de radicalement fausse[33] car si « toute intervention de l'Etat donnait des règles, des rapports de droit public, créait du droit public (…) il s'ensuivrait nécessairement qu'il n'y aurait pas de place pour les notions de législation de droit privé, ni de juridiction de droit privé (…) ». La question de l'identification du droit public par l'intervention de l'administration est moins aisée à résoudre. L'intervention de l'administration entraîne t-elle nécessairement l'existence du droit public ? Pour l'auteur, l'intervention de l'administration ou de l'Etat en général est toujours marque d'intérêt public mais pas nécessairement de droit public et cite pour exemple, les législations qui fixent des salaires, des prix.

20. L'auteur finit par rejeter les différents critères de distinction développés en doctrine pour conclure ce qu'il nomme comme « les vraies bases de la distinction entre le droit public et de sa théorie[34]». Il revient à la définition traditionnelle, caractérisée par sa simplicité et à son objectif pratique, c'est à dire la division d'un objet d'étude ou d'enseignement. Il dénonce la fâcheuse tendance des juristes à découvrir dans cette distinction des racines plus profondes que son existence

---

[32] Depuis le XIXe siècle et le développement de la gestion privée des services publics, le champ de compétences du juge administratif s'est restreint au profit du juge judiciaire. La notion de service public et *a fortiori* d'intérêt général n'est pas inconnue au juge judiciaire.

[33] *Ibid.* p. 941.

[34] *Ibid.* p. 959.

originelle, destinée à mettre de l'ordre dans l'étude du droit. Il réfute catégoriquement toute portée idéologique de la notion. Pour lui, le droit privé désigne des règles relatives aux rapports entre particuliers qui établissent des obligations, des droits ou des pouvoirs corrélatifs entre personnes privées. Le droit public quant à lui, fait appel aux règles qui instituent l'appareil étatique ou gouvernant et définissent les rapports entre lui (les agents ou organes qui le composent et les membres de la collectivité)[35]. Il fait donc prévaloir la qualité du sujet et les rapports entretenus pour définir s'il s'agit du droit public ou du droit privé.

21. Nous n'adhérons pas totalement à la vision de Charles Enseinman dans la mesure où, bien que la distinction existe pour permettre l'étude et l'enseignement du droit, elle présente au moins deux intérêts supplémentaires. Elle n'a pas qu'une utilité en terme d'étude et d'enseignement mais un véritable retentissement en droit positif, puisque l'appartenance à la catégorie du droit public ou au droit privé a souvent conditionné la compétence juridictionnelle. Cette idée est d'ailleurs matérialisée par une règle bien connue des juristes aux termes de laquelle : « la compétence suit le fond ». Par ailleurs, elle illustre, au moins en partie, une certaine idéologie, comme en témoigne l'histoire de cette distinction, étroitement lié à celle de l'état et de la conception du pouvoir.

22. Devant l'impossibilité de définir respectivement le droit public et le droit privé par le biais des critères évoqués ci-dessus, Charles Enseinman[36] s'est résolu à les définir en fonction d'un critère organique. Pourtant, la définition qu'il propose, comporte, elle aussi, son lot de faiblesses. Alors qu'il est susceptible de régir aussi bien les rapports entre particuliers que les rapports entre les organes étatiques et les personnes privées, comment doit-on qualifier le droit pénal ? De la même façon, il apparaît difficile de classer le droit de la consommation et de la concurrence, qui régissent indifféremment les deux types de rapports. Nous pensons les récentes évolutions, qu'elles soient juridiques ou non, ne permettent plus de diviser la science du droit en deux principales catégories. Cette présentation binaire ne reflète plus la complexité et l'hétérogénéité des différentes branches du droit.

---

[35] *Ibid.* p.964.

[36] C. Eisenmann, *op. cit.,* p. 964.

23. Dualisme juridictionnel et dualisme juridique : un rapport d'interdépendance - Bien que la dualité juridictionnelle et le dualisme juridique désignent des concepts différents, ils entretiennent un véritable rapport d'indépendance. Toujours selon les travaux de Charles Eisenmann[37], la question du rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français a donné lieu à plusieurs interprétations. Selon une première théorie défendue par une minorité, la compétence juridictionnelle et le droit applicable sont indépendants l'un de l'autre, il n'existe aucune corrélation entre ces derniers. Selon une seconde théorie, qui fut pendant longtemps celle à laquelle beaucoup se sont ralliés, cette corrélation existe mais « c'est le règlement de la compétence juridictionnelle qui commande le règlement du droit applicable[38]». La troisième théorie, soutenue par René Chapus et désormais la plus répandue, consiste à soutenir qu'il y a également corrélation mais que c'est le droit applicable qui commande la détermination de la juridiction compétente. Charles Enseimann adhère à cette dernière thèse et souligne qu'elle dispose d'un écho important en jurisprudence. Les termes de l'arrêt Blanco[39] sont, à ce titre, dépourvus d'ambiguïté : c'est parce que le régime de la responsabilité de l'Etat présente une certaine spécificité que la juridiction administrative est compétente. L'arrêt Moritz[40] évoque les principes du droit public applicables entre l'Etat et son agent, pour lesquels la juridiction administrative a seule qualité pour en connaître.

24. La jurisprudence postérieure à l'article écrit par Charles Eisenmann viendra confirmer ce postulat. Par exemple, dans l'arrêt Union des assurances de Paris[41], le Tribunal des conflits rappelle qu'un contrat administratif conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif et que seule la juridiction administrative est compétente pour connaître des litiges relatifs à son exécution. Pourtant, nombreux sont les auteurs qui se sont employés à vouloir discréditer cette thèse, à laquelle nous adhérons, à travers plusieurs arguments retracés par l'auteur.

---

37 C. Eisenmann, Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, in Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, p. 379-403 ; v. Également M. Waline, À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridique compétent, RDP 1961, p.8.

38 C. Eisenmann, *op. cit.* p.382.

39 T. confl. 8 fév. 1873, Blanco Rec. 1er supplt 61, concl. David ; D. 1873.3.20, concl. ; S. 1873.3.153, concl. ; v. également G. Bigot, Les mythes fondateurs du droit administratif, AJDA 2000, n°3, pp. 527-536.

40 T. confl. 26 mai 1954, Moritz, Rec. 708 ; S. 1954. 85, concl. Letourneur ; JCP A 1954. 8334, note G. Vedel ; D. 1955. 385, note R. Chapus.

41 T. confl. 21 mars 1983, n°022576, Union des assurances de Paris, Rec. 537.

25. Le premier argument est celui selon lequel les termes de la loi de 1790 apporteraient un sérieux désaveu aux partisans de la troisième théorie. Pourtant, cette disposition ne préjuge en rien l'existence d'une dualité juridictionnelle, et n'évoque pas plus l'existence du droit public et du droit privé. Le second argument, sans doute le plus sérieux compte tenu du contexte actuel, consiste à dire que si la corrélation entre droit privé et compétence judiciaire se vérifie, la corrélation entre le droit public et la juridiction administrative n'est pas systématique. En raison du phénomène d'érosion entre le droit public et le droit privé, nous pouvons même affirmer qu'aujourd'hui, il y a pas de corrélation automatique, ni en ce qui concerne le droit privé et la compétence judiciaire, ni en ce qui concerne le droit public et la compétence du juge administratif. Néanmoins, ce n'est pas la théorie visant à faire prévaloir le droit applicable sur la détermination de la juridiction compétente qui s'avère fausse, ce sont simplement la force des concepts à la base du droit public et du droit privé qui s'affaiblissent. Le troisième argument met en lumière le caractère illogique de l'ordre de cette corrélation qui se vérifierait en pratique. Pour les tenants de cet argument, le juge est supposé appliquer le droit au fait de l'espèce que s'il a, au préalable, retenu sa compétence. Mais, selon Charles Eisenmann[42], ce truisme est d'une part, le résultat d'une confusion entre le fait de l'application et la décision d'applicabilité, d'autre part, l'argument ne peut s'appliquer dans le cas où c'est le même juge qui statue sur la compétence et, éventuellement, sur le fond. Cet argument ne s'applique pas, par exemple, lorsque le Tribunal des conflits est compétent.

26. Le quatrième argument réitère ce caractère illogique, en soulignant que cette thèse heurterait l'examen des faits en cause. Le droit à appliquer constitue le motif de la compétence. Encore une fois, l'auteur contredit ses détracteurs avec une facilité déconcertante en développant l'idée que la constatation de la nature de la situation litigieuse, des faits en cause est une opération qui fait partie intégrante de la détermination du droit applicable[43]. Enfin, le dernier argument, purement théorique et développé par René Chapus lui même, met en doute la pertinente technique de sa théorie au delà du contentieux administratif. Charles Enseinman conclut néanmoins que cette théorie est valable au delà du simple contentieux administratif, et évoque à ce titre, les différentes juridictions de l'ordre judiciaires (juridictions civiles, pénales) auquel il assigne l'application d'un droit déterminé, le droit civil, le droit pénal, le droit commercial par exemple.

[42] C. Eisenmann, *op. cit.* p.394.

[43] C. Eisenmann, *op. cit.* p.396.

27. Délimitation du sujet et angle d'approche - La dualité juridictionnelle ou dualisme juridictionnel désigne la coexistence, en France, d'un ordre judiciaire et d'un ordre administratif. Il sera parfois fait référence à certaines autorités administratives indépendantes (comme l'autorité de la concurrence) ou à des juridictions spécialisées que nous rattacherons à l'un ou l'autre des ordres juridictionnels, en fonction de la procédure suivie. Notre étude se focalisera, non sur ce qui définit réellement le droit public et le droit privé, mais sur certains traits caractéristiques et propres à chacun d'eux. L'absence d'une définition ou d'un critère unique ne nous paraît pas être un obstacle à l'étude du sujet. Ce qui est au cœur de cette recherche, ce n'est pas tant la division elle-même, mais précisément les causes et les effets de son émiettement, de son recul. Nous tenterons également de mettre de côté les plaidoyers de certains auteurs[44] en faveur de l'une ou l'autre des disciplines à laquelle ils appartiennent et qui peuvent, malgré tout, exercer une influence sur notre démonstration.

28. Une partie de la réflexion sera consacrée au phénomène de l'érosion du droit public et du droit privé, à ses éléments caractéristiques et surtout, à ses multiples causes. Les origines de ce phénomène nous conduiront à des considérations impliquant les ordres juridictionnels européens, internationaux et plus encore, à des manifestations hors du droit. L'autre partie de la réflexion consistera à étudier les conséquences du recul de cette distinction sur le fonctionnement de la dualité juridictionnelle et *a fortiori,* sur la pertinence et le maintien de cette dernière.

29. Problématique et hypothèses - Quelles sont les origines et les caractéristiques de l'érosion du droit public et du droit privé ? Quels sont les effets de ce phénomène, aux dimensions multiples, sur le fonctionnement et la pertinence de la dualité juridictionnelle ? Nous chercherons à conceptualiser la notion d'érosion du droit public et du droit privé et à confirmer l'hypothèse selon laquelle cette manifestation engendre plusieurs conséquences de nature à porter atteinte à la pertinence et au fonctionnement de la dualité juridictionnelle française. Ces

---

[44] v. par exemple : H. Mazeau, Défense du droit privé, D., 1945, chron. V, p.5 ; pour une illustration plus récente et plus modérée, notons les propos interrogateurs de Bertrand Louvel, Premier président de la Cour de Cassation, prononcés lors de l'audience solennelle d rentrée du 14 janvier 2016 : « qu'on me comprenne bien. Mon propos n'est pas critique ni revendicatif. Il est seulement interrogatif. Pourquoi l'Autorité judiciaire est-elle ainsi évitée ? Elle est la première appelée à rechercher en elle-même les réponses à cette question fondamentale. Gouvernement, Parlement, Conseil constitutionnel ont convergé pour ne pas désigner le juge judiciaire dans ces lois récentes. Au-delà de la problématique technique autour des notions de prévention et de répression, dont tous les juristes connaissent la labilité, pourquoi ce choix ? Ceci mérite un débat de société. J'espère que l'année 2016 en permettra l'émergence ».

conséquences se traduisent, pour l'essentiel, par une multiplication des interconnexions entre le juge administratif et le juge judiciaire et une confusion des règles relatives à la répartition des compétences. Nous tenterons de démontrer que, si dans son ensemble, la dualité juridictionnelle résiste relativement bien aux contraintes générées par l'érosion du droit public et du droit privé, elle souffre de l'existence, certes minoritaires, de divergences que nous essayerons de classifier. Par « divergences » nous entendons des différences de toute nature, non exclusivement jurisprudentielles, susceptibles d'exister entre les juges des deux ordres juridictionnels lorsqu'ils se prononcent sur des contentieux communs.
Dans cette entreprise de classification, nous avons pu déduire l'existence de divergences liées à des spécificités irréductibles alors que d'autres sont liées à des particularismes qui peuvent faire l'objet d'une atténuation. Alors que les premières sont justifiées par des éléments extérieurs au juge, les secondes, directement liées à ce dernier, mettent en cause la pertinence de notre système juridictionnel.
De façon plus générale, nous constaterons que l'érosion entre le droit public et le droit privé contrarie la pertinence du système juridictionnel, complique l'accès au juge par le justiciable et le traitement de sa requête. Pour remédier à ses effets, et sans remettre en cause l'existence même de la dualité juridictionnelle, nous proposerons une approche pragmatique, consistant à énoncer plusieurs propositions pratiques, visant à adopter une conception renouvelée de la dualité juridictionnelle.

30. Plan - La réflexion consistera, dans un premier temps, à étudier la menace qui pèse sur la dualité juridictionnelle française à travers la conceptualisation de la notion d'érosion du droit public et du droit privé (I). L'érosion du droit public et du droit privé se révèlera être la conséquence d'une confusion plus générale, entre le public et le privé, déplaçant alors momentanément la réflexion sur un plan extra-juridique. S'en suivra la confrontation entre ce phénomène, aux multiples facettes, et l'organisation juridictionnelle française. Si ces deux notions entretiennent des rapports d'interdépendance, elles présentent chacune des caractéristiques presque antinomiques. Alors que l'érosion du droit public et du droit privé évolue de façon permanente, avec des contours difficiles à appréhender, la dualité juridictionnelle, quant à elle, laisse apparaître une structure relativement rigide, accompagnée de règles de fonctionnement *a priori* bien déterminées. C'est de ce décalage que naitrons plusieurs difficultés, bien que globalement, la pertinence du système juridictionnel soit conservée. Cette observation nous conduira, dans un second temps, à prendre la mesure des difficultés qu'engendre l'érosion du droit public et du droit privé sur le fonctionnement de la dualité juridictionnelle et à en proposer une conception renouvelée (II).

PARTIE I : LA PERTINENCE DE LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE MENACÉE

31. Depuis son apparition jusqu'à nos jours, la dualité juridictionnelle fait régulièrement l'objet de débats autours desquels sont généralement mis en balance les intérêts de cette organisation, avec les contraintes qu'elle est susceptible de générer. Si jusqu'alors, son existence paraissait justifiée, il semblerait qu'elle soit, à l'heure actuelle, plus que jamais menacée par les évolutions du droit. La confusion constante entre le droit public et le droit privé est une de ses évolutions qu'il devient difficile d'occulter. L'érosion de la *summa divisio* du droit dilue les catégories juridiques, fausse la détermination du droit applicable et par voie de conséquence, la détermination de l'ordre juridictionnel compétent. Les conséquences de cette manifestation représentent un véritable défi, une épreuve pour la pertinence et l'avenir de la dualité juridictionnelle (Titre I).

32. La déconstruction progressive des principales divisions du droit a nécessairement impacté la pertinence de la dualité juridictionnelle en multipliant les interconnexions entre les juges. Mais pour autant, est-il possible de considérer que notre organisation juridictionnelle est menacée dans son existence ? En dépit des difficultés engendrées par le métissage entre le droit public et le droit privé, notre organisation juridictionnelle fait preuve d'une réelle adaptation, notamment grâce à un assouplissement contrôlé. Le déroulement du procès comme l'étude de la jurisprudence qui découle des contentieux communs entre le juge administratif et judiciaire laissent apparaître une cohérence globale (Titre II).

TITRE 1 : L'AFFAIBLISSEMENT DE LA DIVISION ENTRE LE DROIT PUBLIC ET LE DROIT PRIVÉ

33. L'érosion entre le droit public et le droit privé n'est pas un fait nouveau, mais à l'heure actuelle, elle n'apparaît plus comme une observation de second plan associée à une branche spécifique du droit. Il s'agit véritablement d'une tendance globale qui caractérise le droit français contemporain. Si beaucoup d'auteurs constatent cette confusion au sein de leur propre spécialité et au delà, rien ne nous renseigne sur son origine et ses effets sur la cohérence du système juridictionnel et particulièrement sur l'office du juge.

Il semblerait que l'origine de cette confusion entre le droit public et le droit privé provienne d'une confusion plus générale, entre le public et le privé (Chapitre 1). Véritable miroir de la société, le droit subit cette tendance par l'effet de domino, qui se manifeste par l'affaiblissement des spécificités respectivement attachées à la catégorie du droit public et du droit privé. En ce qui concerne le droit public, mais sans aller jusqu'à évoquer le terme de banalisation, nous observons clairement un mouvement d'uniformisation et de rationalisation. Quant au droit privé, il intègre progressivement des éléments liés à l'intérêt général, tandis que dans le même temps, la place de l'individu et de l'autonomie de la volonté déclinent.

Le principal effet de cette confusion sur le fonctionnement de la dualité juridictionnelle est de modifier l'office du juge, en multipliant les points de contact entre le juge judiciaire et le juge administratif (Chapitre 2). Ces interconnexions, qui peuvent se créer en contradiction avec les règles traditionnelles de répartition des compétences, génèrent alors des contentieux dits « communs » sur lesquels se prononcent le juge administratif et judiciaire. Dans ce contexte de confrontation, le risque de divergences emporte avec lui, les spectres du désordre et de l'incohérence.

CHAPITRE 1 : LA CONFUSION PROGRESSIVE DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ

34. La confusion entre le droit public et le droit privé modifie sensiblement le contenu de la distinction. Les caractéristiques qui permettaient autrefois de classer une règle comme appartenant au droit public ou au droit privé tendent à perdre leur spécificité, leur originalité (section 1). Par exemple, l'exorbitance particulièrement présente en droit public est progressivement amoindrie par le recours aujourd'hui plus fréquent à des procédés égalitaires, moins arbitraires. De même, le caractère prétorien attaché à la formation et au développement de ce droit est occulté par la codification. Le droit privé quant à lui, n'est plus nécessairement centré sur l'individu et se trouve influencé par l'esprit du droit public en intégrant des considérations liées à l'intérêt général.

35. L'origine de cette confusion procède d'une multitude de facteurs qui s'avèrent difficile à exposer de façon claire et exhaustive, tant ils sont entremêlés et divers (Section 2). Certains d'entre eux sont clairement imputables à l'existence d'un ordre juridique supra national, d'autres sont liés à des facteurs politiques nationaux, tel que l'évolution des modes de gouvernance ou à des facteurs socio-économique à l'instar des révolutions industrielles, technologiques ou encore, à des revendications égalitaires. Compte tenu de cette pluralité, la tâche se révèle ardue quant à la détermination des facteurs déterminants de cette érosion.

SECTION 1 : L'EFFACEMENT DES ATTRIBUTS PROPRES À CHAQUE CATÉGORIE

36. S'il est difficile de définir avec précision ce qu'est le droit public ou le droit privé, l'un et l'autre peuvent être identifiés grâce à des traits caractéristiques. En ce qui concerne le droit public, longtemps considéré comme un « droit spécial », il subit aujourd'hui une forme de rationalisation, de standardisation qui le rapproche, du moins dans certains de ses aspects, du droit commun (Paragraphe 1). Parallèlement, alors que la place de l'individu et ses prérogatives était autrefois au cœur des règles de droit privé, des considérations d'intérêt général, comme les différentes règles visant à rétablir l'équilibre dans le domaine contractuel, s'immiscent dans les relations entre particuliers (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'optimisation et la standardisation du droit public

37. Les règles du droit public voient leur spécificité s'atténuer à travers l'évolution des origines et de la nature des règles appartenant à cette catégorie. Par son œuvre prétorienne, le juge administratif a largement contribué à construire le droit public, particulièrement le droit administratif, marquant ainsi sa différence avec le juge judiciaire. Pourtant, cette œuvre prétorienne laisse place aujourd'hui à une codification croissante rapprochant ainsi le droit public du droit privé, largement codifié (A). Par ailleurs, en diversifiant ses modes de gouvernance, notamment par le recours à des procédés moins contraignants, le droit public se rationalise à travers l'affaiblissement de l'une de ses notions clé, la notion d'exorbitance (B).

A/ L'atténuation du caractère spécial du droit public

38. Le rôle de la jurisprudence dans la construction du droit public est aujourd'hui clairement en déclin (1°). Dans le même temps, les règles de droit public s'inspirent directement de certaines règles de droit privé (2°).

1° Le déclin du rôle de la jurisprudence dans la construction du droit public

39. Traditionnellement considéré comme un droit jurisprudentiel, le droit public, et particulièrement le droit administratif, a été construit grâce aux grands arrêts du Tribunal des conflits et du Conseil d'État. Cette spécificité, qui caractérisait autrefois

le droit administratif, semble aujourd'hui s'effacer devant la prolifération et l'importance des textes (lois, règlements) dans l'élaboration de ce droit. C'est ainsi que le Conseil d'État a pu observer dans un premier rapport de 1991, puis dans un second de 1996, une tendance à la multiplication des normes. Déjà, en 1991, le rapport évoquait cette tendance et en soulignait les effets néfastes : « quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite[45] ». Cette réflexion, toujours d'actualité, a été reprise en 2006 dans un autre rapport[46] consacré à la sécurité juridique et à la complexité du droit. Dans ce dernier, il est fait état d'une « intempérance normative » caractérisé à la fois par une longueur excessive, et une complexité accrue des textes : « d'une longueur moyenne de 15 000 pages par an au cours des années 1980, le Journal officiel comporte plus de 23 000 pages annuelles au cours des dernières années[47] (…) Le recueil des lois de l'Assemblée nationale est passé de 433 pages en 1973 à 1 067 pages en 1983, 1274 pages en 1993, 2 400 pages en 2003 et 3 721 pages en 2004[48] ».

40. Ainsi, comme le présente Bernardo Mattarella[49], « ces dernières années ont vu se multiplier des textes sur pratiquement tous les domaines du droit administratif en dehors des textes d'organisation : marchés publics, droit domanial (contrat d'occupation et constitution de droits réels), polices administratives spéciales (statut des étrangers, déchets, eau, air, bruit, carrières...). Tous les secteurs du droit administratif sont touchés par cette profusion des textes : il n'est plus possible aujourd'hui d'enseigner le droit administratif sans utiliser la source textuelle, le secteur de la responsabilité administrative semblant pour le moment oublié. La multiplication des textes laisse forcément moins de place à la création jurisprudentielle ». La multiplication des textes s'accompagne également d'une codification importante de nombreuses branches du droit public, codification jusqu'alors plutôt réservée au droit privé.

41. Dans sa contribution, l'auteur dégage deux acceptions de la notion de codification, qu'il définit notamment comme : « une mesure de rationalisation normative plus limitée, un mode d'agencement du droit existant » correspondant à la codification opérée en France. Ce dernier résume ensuite l'évolution de la codification

---

[45] Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, De la sécurité juridique, La Documentation française, p.32.

[46] Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, sécurité juridique et complexité du droit, La Documentation française, p.264 et s.

[47] *Ibid.,* p.265.

[48] *Ibid.,* p.266.

[49] B. G. Mattarella La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine , RFDA 1994, pp. 668-685.

en France en évoquant les quatre codes napoléoniens, qui sont les seuls à avoir été rédigés au XIXe siècle suivit de cinq autres codes, entre 1910 et 1945. Dans une perspective de codification à plus grande échelle, une Commission supérieure de codification a été créée, afin que soient étudiées la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires. Une cinquantaine de code verront ensuite le jour entre 1955 et 1989, dont certains ne sont pas encore ratifiés. En 1989, Mattias Guyomar faisait le constat qu' « environ 60 % des lois et 30 % des textes réglementaires en vigueur se trouvent ainsi aujourd'hui codifiés[50] ».

42. Le contentieux administratif n'a pas échappé à cette tendance, en témoigne, par exemple, la codification de la procédure administrative non-contentieuse par la loi du 3 janvier 1973 instituant le médiateur de la République, la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés[51], la loi du 17 juillet 1978 relative à la communication des documents administratifs[52], la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs[53], le décret du 28 novembre 1983 portant sur les relations entre l'administration et les usagers[54] ou encore la loi du 12 avril 2000 portant sur les droits des usagers dans leurs relations avec l'administration[55] (...) parmi les illustrations les plus connues.

43. Certains auteurs, comme Yves Robineau ont pu retracer l'ampleur de la codification : « nombreux sont les codes, existants ou en cours de refonte, qui relèvent tout entiers du droit administratif. Il n'est pas inutile de les recenser pour mieux cerner les données du débat[56] ». C'est le cas de l'action administrative, largement codifiée avec le code général des propriétés publiques, le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, des marchés publics, le code de l'urbanisme, de la voirie routière etc. L'organisation juridictionnelle est également concernée, avec le code de justice administrative, le code des juridictions financières, le livre des procédures fiscales etc. Bien que le droit public fasse l'objet d'une codification de plus en plus intensive, il reste, selon les termes de François Melleray, « toujours jurisprudentiel dans la mesure où, pour le comprendre, pour l'enseigner et en appréhender la logique il convient encore de se plonger sans modération dans la lecture des grands arrêts.[57] ». Le droit public présente désormais des sources à la fois jurisprudentielles,

---

[50] M. Guyomar, Les perspectives de la codification contemporaine, AJDA 2014, p. 400.
[51] Loi n°78-17.
[52] Loi n°78-753.
[53] Loi n°79-587.
[54] Loi n°83-1025.
[55] Loi n°2000-321.
[56] Y. Robineau, Droit administratif et codification, AJDA 1995, p. 110.
[57] F. Melleray, Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? AJDA 2005, p.637.

législatives et règlementaires. La situation actuelle apparaît comme une période transitoire vers un processus de codification plus complet, qui n'est toutefois pas sans poser de problèmes momentanés.

44. Ces difficultés tiennent à l'imbrication des règles administratives que Nicolas Kada qualifie « d'inquiétante[58] » car, « aux normes prétoriennes viennent se greffer les règles du droit interne et communautaire ». L'auteur estime que « loin d'être un facteur de clarté, l'éclatement des sources du droit s'avère être un vecteur de complexification ». Cette codification révèle, par ailleurs, une certaine méfiance du juge administratif, habitué à fonder leur solution sur un principe, qui présente l'avantage de la souplesse. Cela étant, cette codification reste un élément positif et comme le Doyen Georges Vedel[59] l'a justement précisé, la construction du droit administratif par le juge administratif ne saurait conserver indéfiniment ce caractère jurisprudentiel. Le droit écrit et codifié présente le mérite de rendre le droit administratif, et plus globalement le droit public, plus accessible et compréhensible pour les administrés.

45. Actuellement, et comme cette tendance a été décrite jusqu'ici, les sources jurisprudentielles du droit public, particulièrement celle du droit administratif, sont peu à peu remplacées par des règles codifiées. Cette codification lui fait perdre une part de sa spécificité et le rapproche, du fait de la codification entreprise, des branches du droit privé et notamment du droit civil dont la création résulte initialement d'une codification. Cette particularité est également atténuée par l'utilisation régulière de dispositions de droit privé par le juge administratif.

2° L'influence et l'utilisation des règles de droit privé

46. La spécificité des règles qui caractérise le droit public s'est progressivement atténuée à travers le recours, de plus en plus fréquent, aux règles de droit privé. De nombreuses illustrations peuvent être livrées, tant en ce qui concerne le droit matériel que le droit processuel. Il peut s'agir d'une importation « directe », sans aménagement des dispositions ou d'une importation « indirecte », qui se traduit par l'utilisation de principes ou de dispositions de droit privé adaptés au contentieux administratif.

---

[58] N. Kada, Les grands arrêts et le droit administratif, AJDA 2008, p.2098.

[59] G. Vedel, Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ? EDCE 1979-1980, n°31, p. 31.

47. Par exemple, les juridictions administratives appliquent le régime de responsabilité de la garantie décennale[60] en prenant toutefois le soin de préciser qu'elles ont recours : « aux principes dont s'inspirent le code civil » sans que cela traduise une réelle différence. Cette formule semble plutôt faire référence à l'attachement du juge administratif aux méthodes de création jurisprudentielle, plutôt qu'un véritable écart des règles de droit commun au profit d'une solution adaptée au contentieux administratif. Le même constat peut être dressé à propos du contrat, devenu à la fois un nouveau mode d'action publique et une nouvelle forme de production des normes[61]. Alors que la décision unilatérale était le mode d'action privilégié des personnes morales de droit public, le recours au contrat concurrence avec force, les moyens traditionnels de l'action publique. Ainsi, comme l'a relevé le Conseil d'État dans son rapport public de 2008 intitulé « Le contrat, mode d'action publique et de production des normes », de nombreux aspects de l'action administrative font l'objet d'une contractualisation : gérer le patrimoine, recruter du personnel, piloter l'action administrative etc.

48. Le droit de la fonction publique subit le même sort et fait l'objet, comme le soulignent de nombreux auteurs spécialistes de la matière, d'une forme de « privatisation ». Didier Jean-Pierre [62] a parfaitement illustré la tendance en expliquant que le droit privé est non seulement une source d'inspiration du droit de la fonction publique mais se trouve également appliqué directement au sein des relations entre les fonctionnaires et les personnes morales de droit public. Pour pallier certaines carences législatives et règlementaires, le Conseil d'État a pu dégager plusieurs principes, présents initialement dans le code du travail. C'est le cas de l'interdiction de licencier une femme agent public en état de grossesse[63], le droit à un minimum de rémunération[64], l'interdiction des amendes et sanctions pécuniaires prononcées par une personne publique contre son personnel[65]. Mais c'est parfois en ayant directement recours aux dispositions du code de travail que le juge administratif tranche un litige relatif à un fonctionnaire. Ainsi, l'auteur précise que « le juge administratif n'a pas hésité à appliquer des règles issues du droit privé aux activités administratives. C'est ainsi qu'il est arrivé au Conseil d'État de faire directement application de l'article 213 du code civil qui donne aux époux la direction

---

[60] C. civ., art.1792 et s.

[61] Titre du rapport public du Conseil d'État de l'année 2008.

[62] D. Jean-Pierre, La privatisation du droit de la fonction publique, JCP Adm 2003, n° 29, p. 973.

[63] CE, Ass., 8 juin 1973, n°80332, Dame Peynet, Rec. 406, concl. Grévisse ; JCP G 1975, II, 17957, note Saint-Jours ; AJDA 1973, p. 587, chron. Léger et Boyon.

[64] CE, sect., 23 avr. 1982,n°36851, Ville de Toulouse c./ Aragnou, Rec. 152 concl. Labetoulle ; RDP 1983, P. 1077, note De soto.

[65] CE, ass., 1er juill. 1988, n°66405, Billard et Volle, Rec. 268, Concl. Van Ruymbeke, Droit soc. n°11, nov. 1988, pp. 775-779.

conjointe de la famille[66] ou de l'article 488 qui fixe à 18 ans l'âge de la majorité[67]. Il en est de même à propos de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence codifiée depuis au Code du commerce et donc opposable à l'administration[68] ». Toutefois, selon lui, « il ne faudrait pas déduire de tout ce qui précède que l'immixtion du droit privé dans le droit de la fonction publique va conduire celui-ci à perdre toute spécificité ».

49. Notons également que la structure et l'organisation des juridictions administratives est aujourd'hui le reflet de celle de ses homologues judiciaires, comportant chacune, deux degrés de juridictions et une juridiction suprême. Déjà, au moment de la Révolution, ce double degré de juridiction existait au sein de la justice civile comme de la justice pénale, à travers le Tribunal de cassation et les Tribunaux d'appel. Côté administratif, ce n'est qu'en 1953 que les Tribunaux administratifs sont devenus juges de droit commun de premier degré en matière administrative, se plaçant ainsi comme les reflets des juges de premier degré en matière civile. Les cours administratives d'appel, quant à elles, n'apparaissent qu'en 1987 et ont compétence pour statuer sur la plupart des jugements des tribunaux administratifs.

50. Si l'évolution des juridictions administratives et judiciaires procèdent de facteurs différents, leurs structures apparaissent aujourd'hui tout à fait semblables. Poussé par les mêmes impératifs de célérité et d'efficacité de la justice, le juge administratif est doté d'un pouvoir d'injonction et se trouve être en mesure de faire face aux affaires prioritaires, grâce à toutes les procédures d'urgences. Si ces mécanismes figurent dans le code de justice administrative, d'autres, figurant dans le code de procédure civile, sont directement appliqués par le juge administratif. À titre d'exemple et sans prétendre à l'exhaustivité, le Conseil d'État a fait application de l'article 642 du code de procédure civile[69], l'article 656 du code de procédure civile[70], l'article 456 du code de procédure civile[71], l'article 1269 du code de procédure civile[72]. Le caractère spécial du droit public était en outre, lié à la présence et l'influence de la notion d'exorbitance qui semble progressivement s'atténuer.

---

[66] CE, 28 juill. 1993, n°134086, Dupuy, Rec. p. 244.

[67] CE, 22 mars 1996, n°151719, Paris et Roignot, Rec. 99 ; AJDA 1996, p. 404, chron. Stahl et Chauvaux ; RD publ. 1996. 893, concl. Schwartz.

[68] CE, sect., 9 avr. 1999, n°201853, Sté The Coca-Cola Company, Rec. 119, AJDA 1999, p.611, note M. Bazex et B. Thiry ; D. 2000. 157, note A. Troianiello ; RTD com. 1999. 855 note G. Orsoni ; RFDA 1999, p. 777, concl. J.-H. Stahl.

[69] CE, 13 mai 2015, n°368892.

[70] CE, 23 juin 2014, n°359822.

[71] CE, 3 avr. 2014, n°364146.

[72] CE, 6 nov. 2013, n°361837, rec. T.

B/ L'affaiblissement de l'exorbitance en droit public

51. L'affaiblissement de l'exorbitance en droit public s'observe à travers deux principaux éléments. D'une part, les pouvoirs publics délaissent progressivement les modes d'action traditionnels au profit d'une gouvernance plus souple et où une certaine réciprocité est de mise (1°). D'autre part, le privilège de juridiction, qui s'avère être l'une des manifestations de l'exorbitance, est aujourd'hui plus fréquemment écarté (2°).

1° L'impact des nouveaux modes de gouvernance et de gestion

52. Le droit public désigne traditionnellement, le recours par les personnes morales de droit public à des procédés impératifs et exorbitants, et ce, dans un cadre préalablement défini. Pour l'heure, et depuis plusieurs dizaines d'années, l'acte administratif unilatéral et son corollaire, le privilège du préalable ne sont plus les seuls moyens d'action privilégiés par l'administration. Sous l'effet d'une multitude de facteurs[73] les procédés de l'administration empruntent des formes plus souples et comportent une certaine réciprocité.

53. L'un des exemples les plus caractéristiques se trouve dans la formidable expansion de l'utilisation du contrat en droit public. Dans son rapport public de 2008, le Conseil d'État décrit l'ascension du contrat comme mode de production de normes et comme procédé d'action publique, qu'il définit comme « un des traits les plus remarquables des dernières décennies[74] ». L'engouement croissant pour le contrat peut être constaté dans de nombreux domaines de l'action publique : « les délégations de service public, les contrats de partenariat ou les baux emphytéotiques et les contrats de crédit-bail pour gérer le domaine ou les services publics ou pour financer, construire et exploiter des infrastructures ; les marchés publics pour acquérir des biens et des services ; les instruments de pilotage de l'action administrative avec les contrats de performance ou d'objectif et de moyens qui se sont développés au sein de l'État ou entre celui-ci et ses agences ou établissements sous tutelle ; les contrats entre l'État et les collectivités territoriales pour les politiques de la ville et de l'aménagement du territoire ; la place éminente du contrat

[73] n°76 et s.

[74] Rapport public 2008 du Conseil d'État : « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », La documentation française, 2008, p.7 (consultable à l'adresse suivante : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000313-rapport-public-2008-jurisprudence-et-avis-de-2007-le-contrat-mode-d-action-publique).

dans le champ social, en droit du travail mais aussi dans celui de la sécurité sociale, des hôpitaux, de la politique du médicament ou de l'action sociale, le contrat étant aussi au cœur des politiques de lutte contre l'exclusion. Le contrat a enfin conquis une place croissante en droit économique et il émerge en droit fiscal[75] ».

54. L'apparition du « droit souple » dit « soft law » incarne également l'illustration de la modification des procédés utilisés par les personnes morales de droit public[76]. Initialement utilisé en droit international dès les années 1930, le « soft law » appelé également « droit mou » ou « droit souple », est un droit « qui n'emporte pas d'obligation par lui même ». Selon l'étude du Conseil d'État [77], plusieurs caractéristiques sont attachées au droit souple :

- ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;
- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. L'usage du *soft law* n'est pas resté cantonné au droit international et s'est progressivement répandu dans le cadre du fonctionnement de l'union européenne. Plus discret mais néanmoins présent en France, le « droit souple » est notamment utilisé par les autorités administratives indépendantes, qui génèrent des recommandations et des lignes directrices dans le cadre de leurs attributions.

55. La relation entre l'administration et les administrés offre également un bon exemple de la rationalisation du droit public, par l'équilibrage qui s'opère dans le cadre de cette relation, auparavant largement déséquilibrée au profit de l'administration. Selon Jacques Chevallier, l'innovation principale de la loi du 12 avril 2000 est symbolique, la relation administrative construite au préalable en France sur la base d'une claire distinction avec la relation politique laisse place à un administré conçu comme un « citoyen », détenteur de droits vis-à-vis de l'administration. Pour l'auteur, si « les conséquences concrètes tirées de cette promotion de la « citoyenneté

---

[75] *op. cit.*

[76] Le Conseil d'État a récemment précisé la nature du contrôle à effectuer sur ce type de procédé ; v. F. Melleray, Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple ; RFDA 2016, p.679 ; CE 21 mars 2016 Société Fairvesta International et autres et Société NC Numéricable ; RFDA 2016. 497, concl. S. von Coester ; *ibid.* 506, concl. V. Daumas : AJDA 2016. 717, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet ; AJDA 2016. 931, tribune F. Rolin ; Dr. adm. 2016, comm. 20, note S. Von Coester et V. Daumas ; Dr. adm. 2016, comm. 34, note A. Sée.

[77] CE, Rapport public « Le droit souple », n°64, La documentation française, 2013, p.24 et s.

administrative » restent, dans l'immédiat, limitées : elles consistent pour l'essentiel dans l'extension du droit à l'information de l'administré et dans le renforcement des garanties dont il dispose face à l'action administrative ; cependant, les pas accomplis dans ces deux directions ne sont pas négligeables[78] ». Cette rationalisation des rapports entre les administrés et l'administration s'observe par ailleurs, à travers le recul du privilège de juridiction accordée aux personnes morales de droit public.

2° Le recul du privilège de juridiction

56. Des auteurs, comme Yves Gaudemet[79], ont décrit le privilège de juridiction dont bénéficient les personnes morales de droit public, comme un élément caractérisant l'exorbitance en droit public. Si le terme de « privilège » n'est pas partagé de tous, il est admis que la compétence de la juridiction administrative induit un traitement spécifique. Bien que globalement, le principe du privilège de juridiction des personnes morales de droit public ne soit pas remis en cause, cette spécificité souffre dorénavant de plusieurs atténuations.

57. Ces atténuations présentent la particularité de soumettre les personnes morales de droit public aux juridictions de droit commun. La soumission des personnes morales de droit public ou des fonctionnaires aux juridictions de droit commun est possible, mais seulement dans l'hypothèse où ces derniers agissaient hors de leurs fonctions. Les exemples les plus caractéristiques sont sans doute celui de la voie de fait, ou encore celui de la faute personnelle de l'agent. Aujourd'hui se multiplient les cas où l'action des personnes publiques est jugée par le juge judiciaire, sans que cela soit justifié par un comportement particulièrement grave ou hors des fonctions pour agent public. C'est par exemple l'hypothèse prévue par l'article 111-5 du code pénal[80] qui dispose que les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. La consécration du principe de la responsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public[81] a également eu pour effet de lever le privilège de juridiction, du moins en ce qui concerne les activités pénalement répréhensibles. Comme le droit public, le droit privé se transforme progressivement en adoptant des

[78] J. Chevallier, La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ?, D. 2000, p.575.
[79] Y. Gaudemet, L'exorbitance du droit administratif en question(s), dir. F. Melleray, LGDJ, Paris, 2003, p. 3.
[80] v. n°131 et s. ; n° 367 et s.
[81] Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal (Journal Officiel 23 Juillet 1992), entrée en vigueur le 1er mars 1994.

traits qui lui sont, en principe, étrangers.

Paragraphe 2 : Le déclin de la place de l'individu et de ses prérogatives en droit privé

58. La réglementation et la collectivisation croissante des rapports entre les personnes privées affaiblissent la place stratégique qu'occupait l'individu en droit privé (A). Cet affaiblissement se confirme par la recherche d'un équilibre au sein des rapports privé, témoignant d'une préoccupation « d'intérêt général » (B).

A/ Le recul de l'individualisme

59. La tendance au regroupement n'est pas nouvelle, mais elle semble connaître au XXIe siècle un regain d'intérêt et place, d'une certaine manière, l'individu au second rang[82] (1°). L'inflation du nombre des droits et libertés reconnus aux individus ne peut que nous pousser à constater une régulation toujours plus accentuée pour en assurer l'effectivité (2°).

1° La collectivisation des rapports privés

60. René Savatier[83] et Léon Duguit[84] ont tout deux mis l'accent sur la multiplication des groupes, associations, syndicats, qui sont autant d'écrans entre l'État et les individus. Si à première vue, l'individualisme est ce qui semble

---

[82] P. Brechon, L'individualisation progresse mais pas l'individualisme, Le Monde, 24 avr. 2009, disponible surhttp://www.lemonde.fr/idees/article/2009/04/24/l-individualisation-progresse-mais-pas-l-individualisme-par-pierre-brechon_1185004_3232.html (consulté le 22 avr. 2015) ; v. également R. Boudon, L'individualisme : un phénomène qui ne commence nulle part et qui est au fondement des normes, Revue du MAUSS 1/2002, n°19, p. 39 et s. en s'appuyant sur Durkheim, l'auteur souligne que l'individualisme est « de tout temps ». Dans sa contribution intitulée Modernité et individualisme, Alain Cugno a avancé l'idée que l'individualisme moderne ou post-moderne n'exprime en réalité que la disparition de l'individu. Cette conception postule une dénonciation de l'individu qui constitue le seul rempart contre le prétendu « individualisme », lequel n'est en réalité qu'un communautarisme. A. Cugno, Modernité et individualisme, Revue Projet 3/2002, n° 271, p. 37 ; M. Mafessoli, Le temps des tribus : le déclin de l'individualisme dans les sociétés post-modernes, 3ème éd., La table ronde, 2000.

[83] R. Savatier, Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1945.

[84] L. Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 2ème éd., La mémoire du droit, Paris, 1920.

caractériser les sociétés modernes, force est de constater l'augmentation du nombre des groupes, qui permettent de satisfaire un intérêt à la fois individuel et collectif. Si ces auteurs perçoivent cette collectivisation comme un affaiblissement de la liberté individuelle, cette vision n'est toutefois pas partagée de tous, et notamment par Charles Einsemann[85] qui considère que le fait pour les individus de se regrouper n'implique pas un affaiblissement de leur liberté individuelle, qu'ils peuvent aussi satisfaire à travers le groupe. Une position pragmatique nous amènera à penser que la collectivisation implique nécessairement une part de renonciation de la liberté individuelle, mais n'induit pas nécessairement une renonciation totale, une partie des revendications individuelles peut être satisfaite à travers celle du groupe. Pour Léon Duguit, la conception individualiste ne peut perdurer *ad vitam aeternam*, il considère l'idée de l'homme indépendant et isolé totalement fictive, l'homme est selon lui, un être social destiné à vivre en société. C'est en s'associant que les hommes ont fatalement apporté des restrictions aux droits de chacun d'eux.

61. Cette collectivisation s'observe, sur le plan juridique, principalement à travers deux phénomènes. Le premier est l'existence et l'extension de l'action de groupe en droit français et le second est le développement toujours plus importants des mécanismes de réparation fondés sur la collectivité. L'action de groupe, introduite en 2014[86] dans le cadre du droit de la consommation permet aux consommateurs d'engager une procédure de façon collective à l'égard d'un professionnel lorsqu'ils sont victimes d'un même préjudice. Cette action permet d'obtenir la réparation de pratiques anticoncurrentielles ou de préjudices individuels patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique. Le titre V de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle et le décret n° 2016-1249 du 26 septembre 2016 prévoient l'extension des actions de groupe en matière de discrimination, en matière environnementale et en matière de protection des données à caractère personnel. L'expression de la collectivité s'observe également à travers la multiplication des procédés de réparation tels que les nombreux fonds d'indemnisation (par exemple le fonds d'indemnisation des victimes du terrorisme, des victimes d'infractions etc.) et mécanismes faisant appel à l'assurance. Ces mécanismes de réparation font échos à l'introduction de la notion de risque en droit et sa principale conséquence : la responsabilité objective. L'accent est mis sur la réparation, qui doit être supportée par la collectivité alors que la faute, rattachée à un

[85] C. Eisenmann, Droit public, droit privé, RDP1952, vol. LXVIII, pp. 903-979.
[86] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

individu est progressivement délaissée[87].

2° La régulation de l'exercice des droits et libertés individuels

62. Le XIXe siècle a favorisé l'émergence de nouveaux droits visant à protéger les individus de manière plus effective. Les évolutions économiques et sociales ont été le point de départ d'une constante expansion des droits et libertés (droits des travailleurs, droits des femmes, des enfants). Au cours du XXe siècle, les droits de la personne ont poursuivi leur développement dans la lignée des idées des XVIIIe et XIXe siècles. C'est durant ce même siècle, que plusieurs pays ont déployé les droits des femmes, des minorités ethniques, des enfants, des travailleurs ou des homosexuels tout en luttant contre la torture ou le travail forcé. Si toutes ces mesures visent à éliminer les différentes formes de discrimination, l'extension progressive des droits et libertés pose toutefois la question de l'effectivité de la protection et la coexistence de ces derniers.

63. Aux côtés du juge, l'Etat est également partie prenante dans l'effectivité de la protection des droits et libertés qui, par leur multiplication, impliquent un équilibre toujours plus difficile à trouver. L'une des conséquences de la recherche de cet équilibre entre les droits et libertés en présence, est celle de la régulation ou la limitation des droits et libertés individuels. Pour un exemple récent concernant la liberté de culte, mentionnons la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public[88] qui dispose en son article 1er que : « Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage ». Cette loi concerne *de facto,* le port du niqab ainsi que celui de la burqa. Il est de même avec la loi du 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Selon l'article L. 141-5-1 du code de l'éducation : « Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit (…) ».

64. Dans le contexte de la lutte antiterroriste, le projet de loi relatif au renseignement, voté le 5 mai 2015 par le parlement, constitue encore une illustration de l'encadrement que peuvent subir les libertés individuelles et particulièrement le respect de la vie privée ainsi que toutes ses composantes. Ce texte organise le recours

[87] V. sur ce point, Conseil d'État, Rapport public : « Responsabilité et socialisation du risque », La documentation française, 2005.

[88] Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

aux procédés visant à « la recherche, la collecte, l'exploitation et la mise à disposition du Gouvernement des renseignements relatifs aux enjeux géopolitiques et stratégiques ainsi qu'aux menaces et aux risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation. Ils contribuent à la connaissance et à l'anticipation de ces enjeux ainsi qu'à la prévention et à l'entrave de ces risques et menaces[89] ». L'actualité fourmille d'exemples, comme la parution d'un décret n°2016-1460 « autorisant la création d'un traitement de données à caractère personnel relatif aux passeports et aux cartes nationales d'identité ». Ce dernier permettra la création d'un fichier national qui rassemblera les données personnelles et biométriques de la quasi totalité des Français. L'idée de favoriser la collectivité, le groupe se matérialise également à travers la recherche d'équilibre au sein des rapports privés.

B/ La recherche d'équilibre au sein des rapports privés

65. La liberté contractuelle, principe directeur du code civil, subit aujourd'hui au moins deux transformations. D'une part, ce principe supporte une forme d'affaiblissement, causé par son encadrement progressif, dans le but de protéger la partie la plus faible ou de respecter l'ordre public (1°). D'autre part, et cela apparaît clairement depuis la réforme du droit des contrats et des obligations, le juge est susceptible de devenir un acteur important dans le cadre des relations contractuelles entre deux parties (2°).

1° L'encadrement de la liberté contractuelle

66. Aux racines de la liberté individuelle se trouve l'autonomie de la volonté, cette théorie fondamentale de l'homme, « apte à se donner sa propre loi, d'où positivement pour l'individu, la liberté de contracter ou de ne pas contracter, celle de déterminer par accord le contenu du contrat dans les limites laissées à la liberté des conventions par l'ordre public et les bonnes mœurs, celle, en principe, d'exprimer sa volonté sous une forme quelconque. Plus généralement, l'affirmation que la volonté des parties est la source est la source de l'obligation contractée[90] ». Alors que le code civil place au cœur des obligations le pouvoir et l'autonomie de la volonté, l'observation de l'évolution du droit démontre un affaiblissement de la place faite à celle-ci.

[89] C. séc. int. art. L.811-2.

[90] G. Cornu, vocabulaire juridique, 11 éd., Puf, Paris, 2014, p.106.

67. Léon Duguit a, quant à lui, défini cette notion comme « le pouvoir de l'homme de créer par un acte de volonté une situation de droit[91]». Il résume l'autonomie de la volonté de la manière suivante :

- tout sujet de droit doit être un sujet de volonté ;
- tout acte de volonté d'un sujet de droit est socialement protégé comme tel ;
- il est protégé à la condition qu'il ait un objet licite ;
- toute situation juridique est un rapport entre deux sujets.

Il explique toutefois que cette conception ne cadre plus avec les faits et évoque le mouvement associationiste en France. C'est pour lui une illustration de l'impact du social, c'est à dire de la volonté de se regrouper. Ce mouvement est fondé, explique-t-il, sur la notion réaliste de la fonction sociale.

68. Pour René Savatier[92], le constat de l'infléchissement de l'autonomie de la volonté en droit civil est également présent. Pour le démontrer, il fait référence à la part grandissante de la responsabilité extracontractuelle et surtout, à l'économie dirigée qui, selon lui, est en grande partie la cause d'une de ces transformations du droit civil. Il cite par exemple, la restriction des loyers, les réquisitions d'usage (…) Le contexte d'après guerre et les crises connues par la France occupe une grande part des justifications à ces transformations qui sont, aujourd'hui, quelque peu différentes[93].

69. Si les justifications peuvent varier aujourd'hui, les réflexions des auteurs à propos de l'autonomie de la volonté nous paraissent toujours d'actualité. De nombreuses illustrations peuvent enrichir le constat fait par ces derniers. Prenons par exemple, le cas de l'encadrement des contrats d'adhésion pour lesquels, « le consentement de l'une des parties consiste à accepter une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion, adhérant ainsi aux conditions établies unilatéralement à l'avance par l'autre partie[94] ». Sous l'influence d'une conception égalitaire du contrat et une volonté de limiter les éventuels abus de faiblesse au XXe siècle : « différents statuts contractuels ont été fixés par la loi, et dotés de l'autorité de l'ordre public, dans le but de ménager un équilibre contractuel rendu inaccessible par l'absence de négociation précontractuelle[95]».

---

[91] L. Duguit, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, *op. cit.* p.57.

[92] R. Savatier, Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile, *op. cit.* p.53 et ss.

[93] v. n°76 et s.

[94] G. Cornu, vocabulaire juridique, 11 éd., Puf, Paris, 2016 p.30.

[95] J.-L Aubert et al., Le contrat, 4ème éd., Dalloz, Paris, 2010, p.83.

70. Plusieurs domaines sont concernés par ce rééquilibrage : le contrat de travail, le contrat d'assurance, le bail rural, les baux commerciaux et le bail d'habitation (…) Ces mesures vont au delà du simple respect de l'ordre public et des bonnes mœurs que chaque convention est tenue de respecter en vertu de l'article 6 du code civil, et répondent à un véritable forme d'idéologie égalitaire. Selon les mêmes auteurs, l'apparition de la notion de consommateur au XXe siècle aurait relancé la théorie du contrat d'adhésion par le développement d'une législation basée sur le protectionnisme. Cette législation se manifeste tantôt par des interdictions (les clauses abusives), tantôt par le développement de règles impératives.

71. En ce qui concerne précisément les contrats adhésions, l'ordonnance du 10 février 2016 a étendu l'application des dispositions relatives aux clauses abusives au droit commun des contrats[96]. Désormais, la notion de clauses abusives n'est plus exclusive au droit de la consommation[97] ou du commerce. Au terme du nouvel article 1171 du code civil : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Certains observateurs relèvent toutefois que la définition du contrat d'adhésion est très large et appelle ainsi à la vigilance à l'égard du champ d'application potentiellement très étendu de cette disposition[98].

72. C'est dans ce contexte protectionniste que nous assistons également à une véritable renaissance du formalisme, qu'il soit *ad probationem* ou *ad solemnitatem*. Stéphanie Porchy-Simon a observé que les vertus du consensualisme se sont révélées incertaines dans un contexte d'inégalité économique des contractants. Les exigences de forme, et notamment d'un écrit, seraient devenues un moyen de protection permettant aux parties « de mieux prendre conscience de la portée de leurs engagements : dans l'esprit du profane, « contrat » est souvent synonyme « d'acte écrit » ; le contenu de ce dernier est défini avec davantage de précision, et sa preuve est facilitée[99]». Il en est ainsi du contrat d'assurance où doivent figurer les clauses

---

[96] R. Boffa, Juste cause (et injuste clause) : D. 2015, p. 335. ; S. Bros, Article 1169 : le déséquilibre significatif : RDC 2015, p. 761 ; F. Bicheron, N'abusons pas de la clause abusive : Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 24 ; F. Chénedé, Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme : D. 2015, p. 1226 ; Ph. Stoffel-Munck, Les clauses abusives : on attendait Grouchy... : Droit et patrimoine oct. 2014, p. 56 ; N. Dissaux, Clauses abusives – pour une extension du domaine de la lutte : Droit et patrimoine oct. 2014, p. 53.

[97] C. conso. art. L. 132-1 ; C. com. art. L.442-6.

[98] M. Mekki, Réformes des contrats et des obligations : clauses abusives dans les contrats d'adhésion, JCP N, 2016, n°45, p.1190.

[99] S. Porchy-Simon, Droit civil 2e année, Les obligations, 8ème éd., Dalloz, Paris, 2014, p.130.

d'exclusion de manière visible[100], ainsi que dans le cadre du contrat à la consommation, où un écrit est exigé. Ces différentes évolutions décrites tant à propos du droit public que du droit privé, sont le fruit d'une multitude de facteurs aux origines très diverses.

2° Le renforcement des pouvoirs du juge

73. Si le renforcement des pouvoirs de juge peut être illustré de bien des manières, il suffit d'évoquer l'évolution du droit relative à la théorie de l'imprévision en droit privé. Jusqu'alors, la Cour de Cassation refusait d'admettre l'application, pourtant approuvé par le juge administratif, de la théorie de l'imprévision. Dans le célèbre arrêt Canal de Craponne[101], les juges du quai de l'horloge refusaient qu'un juge puisse, à la demande d'une partie, corriger le déséquilibre provoqué par les circonstances. Rappelant l'importance de la règle générale et absolue de la force obligatoire du contrat, la Cour de Cassation précisait qu'il n'appartenait pas « aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». Malgré l'augmentation progressive des pouvoirs d'intervention du juge sur le contenu contractuel, la position de la Cour de Cassation, à quelques exceptions près, restait ferme.

74. Pourtant, le législateur semble vouloir remettre en cause cette posture en consacrant, par le biais de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016[102] portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, un article 1195, au terme duquel : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». Cette disposition intègre la théorie de l'imprévision au sein des contrats de droit

---

[100] C. ass. art. L112-4.

[101] Cass. civ. 6 mars 1876, Canal de Craponne, Bull. 1876, n° 25, D. 76. 1. 193, note Giboulot.

[102] Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, JORF n°0035 du 11 févr. 2016 ; v. A. Bénabent et L. Aynès, Réforme du droit des contrats et des obligations, D. 2016, p.434.

privé, minimise ainsi les effets de la règle de la force obligatoire des contrats et donne un pouvoir important au juge puisque selon les termes de l'article précité et à défaut d'accord dans un délai raisonnable sur la renégociation du contrat, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. Néanmoins, comme le précise Jean-François Fédou[103], la portée de cette innovation doit être tempérée puisque l'ensemble du mécanisme instauré peut être mis en échec par une clause d'acceptation du risque d'imprévision stipulée par les parties contractantes.

SECTION 2 : LES CAUSES DE L'EFFRITEMENT DE LA DIVISION

75. Parmi les facteurs qui sont à l'origine de l'érosion du droit public et du droit privé, certains sont imputables à des transformations qui se déploient au niveau national (Paragraphe 1), alors que d'autres, sont la conséquence de l'influence des ordres juridiques supranationaux et plus généralement, des interactions au niveau mondial (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les évolutions nationales

76. Avant d'aborder les différents facteurs internes, il est nécessaire de se pencher, en premier lieu, sur la distinction elle-même et de comprendre en quoi elle porte l'origine de son propre déclin (A). L'incidence des facteurs politiques et socio-économiques (B) responsables de la confusion entre le droit public et le droit privé seront ensuite évoqués.

A/ La nature et le contenu de la distinction entre le droit public et le droit privé

77. C'est par les différents aspects qu'elle présente que la distinction entre droit public et droit privé porte en elle, une partie des causes de son déclin. Dans la majorité des études consacrées à la distinction du droit public et du droit privé, les auteurs éprouvent beaucoup de difficultés à établir les origines de la distinction et la plupart d'entre eux ont renoncé à en rechercher la paternité. Michel Troper a pu écrire que si la distinction avait au sens et qu'elle existait en droit positif, ce ne fut pas toujours le cas. Il est pour lui tout à fait impossible de faire cette distinction pour le

[103] J.-F. Fédou, Le juge et la révision du contrat, Revues des contrats, 2016, n°2, p.382.

Moyen âge et difficile d'en dater l'apparition en droit positif, « on est contraint ici de tenir la théorie du droit pour une indication suffisante et d'admettre que s'il existe dès la fin du XVIe siècle des ouvrages portant le titre *jus publicum* et dès le XVIIe siècle des chaires, le droit public et le droit privé ne sont encore perçus que comme *positiones studii iuris.*[104] ». Grégoire Bigot,[105] quant à lui, admet la difficulté d'établir une quelconque distinction entre le droit public et le droit privé dans l'ancien droit.

78. Par ailleurs, compte tenu des multiples aspects, à la fois pratique, idéologique, politique ou scientifique qu'on lui prête, le contenu de cette distinction est fortement sujet à caution. Alors que certains y voient une définition politique, c'est à dire que l'un serait un droit de l'autorité et l'autre, un droit de liberté[106], d'autres, comme Charles Einsenman ont voulu démontrer que cette distinction était dépourvue de toute pertinence, qu'il ne s'agit que d'une « classification d'ordre », « sans grande portée, ni importance[107] ». L'auteur estime que beaucoup de juristes ont voulu donner à cette classification une portée et une profondeur dont elle est dépourvue : « l'on pousse ainsi la distinction à l'opposition, à l'antithèse radicale ; de deux séries de règles de droit on crut devoir faire deux types différant par leurs caractères primordiaux ; de deux hémisphères d'une même monde, deux mondes contraires, sinon même antagonistes[108] ». Mais encore, si l'on examine le droit positif, il apparaît que les cas d'interpénétrations entre droit public et droit privé sont nombreux, à tel point que des auteurs se questionnent sur la nature de certaines branches du droit qui, par leur contenu, présentent à la fois des caractéristiques de droit public et de droit privé. C'est notamment le cas du droit pénal[109], ou celui du droit de la concurrence[110].

79. Face à l'effritement de la distinction, des auteurs ont tenté de justifier sa survivance actuelle de la manière suivante : « si l'on poursuit la recherche de ce qui, en France, continue de cristalliser la distinction du droit public et du droit privé, on s'aperçoit qu'elle tient aujourd'hui à titre principal à la dualité de juridictions, et non l'inverse. On en arrive à dire que le droit public se définit comme ce qui est soumis au

---

[104] M. Troper, Pour une théorie juridique de l'Etat, Puf, Paris, 1994, p.192.

[105] G. Bigot, la difficile distinction du droit public et du droit privé dans l'ancien droit : l'exemple du droit administratif, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques, 2003, n°38, p.97.

[106] C'est le cas de René Savatier.

[107] C. Eisenmann, Droit public, droit privé, *op. cit.,* p. 960.

[108] *Ibid.,* p.961.

[109] M. Köhler, Le droit pénal entre public et privé, AFPD 1997, n°47, p.199.

[110] L. Idot, Propos introductifs : la distinction droit public-droit privé a-t-elle une pertinence en droit de la concurrence, RJC 2014, n°6, p.434.

juge administratif et le droit privé comme ce que connaît le juge judiciaire[111] ». Pourtant, cet intéressant postulat n'est pas tout à fait exact puisque, nous le démontrerons[112], le juge judiciaire et le juge administratif appliquent un droit qu'ils ont en commun. À titre d'exemple, mentionnons seulement le rôle du juge administratif dans la protection des libertés individuelles[113], malgré l'existence de l'article 66[114] de la Constitution ou encore, la pénalisation des personnes morales de droit public (à l'exclusion de l'Etat), soumises au juge répressif[115]. Difficile dans ces conditions, de trouver une réelle justification à la survivance de cette distinction en droit positif si ce n'est, un intérêt purement scientifique ou pédagogique. Et pourtant, même en ce qui concerne son intérêt pédagogique, il apparaît que certains cursus d'enseignements universitaires combinent à la fois des matières dites de droit public et de droit privé. Au delà des conséquences provoquées par des racines instables, la division entre le droit public et le droit privé subit l'influence des évolutions politiques et socio-économiques françaises.

B/ Les facteurs politiques et socio-économiques

80. Les facteurs politiques, particulièrement les transformations relatives aux modes de gouvernance et de gestion impactent la distinction entre le droit public et le droit privé (1°). Les évolutions économiques et certaines revendications sociales exercent également une influence non-négligeable (2°).

1° Les changements politiques

81. Le déclin de l'irresponsabilité de l'État – Si l'engagement de la responsabilité des personnes privées a toujours été admis, le principe d'irresponsabilité prévalait en ce qui concernait l'État et ses démembrements. L'adage « le roi ne peut mal faire » illustrait parfaitement cette irresponsabilité, justifiée par l'idée de souveraineté et par l'action de l'État en vue d'assurer le bien

---

[111] R. Drago et M.-A. Frison-Roche, mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative, AFPD 1997, n°41, p. 136 et s.

[112] v. n°119 et s.

[113] Par exemple, le juge administratif est amené à connaître, dans le cadre du contentieux du droit des étrangers, de moyens relatifs à la violation de la liberté d'aller et de venir des requérants.

[114] « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

[115] CP art. 121-1.

commun[116]. Si l'arrêt Blanco a posé le principe selon lequel la responsabilité de l'État est soumise à des règles spéciales, des régimes spéciaux permettront, plus tard, d'engager la responsabilité des personnes morales de droit public devant les tribunaux judiciaires en le soumettant à un régime de droit privé de même nature que celui qui est prévu aux articles 1240 et suivants du code civil (1382 anc.). L'exemple le plus caractéristique est certainement le régime prévu par la loi n°57-1424 du 31 décembre 1957[117] attribuant aux tribunaux judiciaires compétence sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigées contre une personne morale de droit public. C'est, selon Roland Drago[118], sous l'influence de plusieurs facteurs que la responsabilité de l'État a pu progressivement être engagée comme l'augmentation des fonctions de l'État, le progrès des idées solidaristes, l'apparition et le développement de la théorie dite du service public, le développement du Conseil d'État vers une véritable juridiction.

82. Les nouveaux modes de gouvernance et de gestion - Les nouveaux modes de gouvernance et de gestion font appel à des procédés qui favorisent une plus grande réciprocité, affaiblissant dans le même temps la posture de l'Etat. La multiplication des personnes publiques distinctes de l'Etat, implique une reconnaissance aux collectivités, des droits et libertés individuels et contribue à influencer le droit public d'une conception libérale et individualiste. L'intervention croissante de l'Etat dans les rapports privés par le biais d'une régulation des droits et libertés, diminue quant à elle, l'influence de la conception libérale sur le droit privé. Lointaine paraît l'époque de l'État centralisateur et planificateur agissant par le biais des normes unilatérales, qui focalisait l'action publique sur la réalisation des équipements collectifs. L'ascension du contrat est certainement le mécanisme le plus révélateur de l'évolution des modes de gouvernance et de gestion. S'il était utilisé depuis le XIXe siècle dans les domaines tels que la gestion des services publics ou le domaine public, le contrat s'est largement étendu à travers les procédures de recrutement de personnel et s'utilise en matière économique, pour l'aménagement du territoire, l'éducation, le sport, la culture, et même les relations internationales.

83. La place accordée à la négociation est progressivement étendue[119], elle semble « être devenue un objet qui permet de saisir la « sociologisation » des pratiques de l'État dans un contexte de plus en plus mouvant et incertain et où l'effectivité de la loi

---

[116] Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, v° responsabilité (principes généraux), n°5 et s.

[117] D. 1958.30 et 299, comm. J.-M. Auby.

[118] Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, *op. cit.,* n°10.

[119] La loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle introduit les articles L.213-1 et L.213-2 au sein du code de justice administrative dans le but de favoriser le recours à la médiation.

est souvent contrariée[120]». Il est de même concernant les méthodes visant à la participation et à la concertation entre les administrés et l'administration, à propos des politiques publiques. En définitive, on observe une progression vers une action publique inspirée par la coopération, où sont privilégiés la réciprocité et l'échange. Ces évolutions induisent une forme d'affaiblissement de la posture de l'Etat qui sur le plan juridique, se traduit par une perte de spécificité des règles de droit public.

84. Le démembrement de l'État - La création d'entités distinctes de l'Etat (établissements publics, autorités administratives indépendantes), bouleverse de façon significative la pertinence de la distinction entre le droit public et le droit privé. L'une des caractéristiques liée au démembrement de l'Etat, est d'octroyer dans de nombreux cas (les collectivités territoriales ont une personnalité juridique distincte de celle de l'Etat mais ce n'est pas le cas de certaines autorités administratives indépendantes), une personnalité morale distincte de l'Etat. Les entités deviennent donc des sujets de droit à part entière, disposant d'un patrimoine et de compétences propres.

85. Parallèlement, sous l'effet de l'expansion des droits fondamentaux des personnes morales, les collectivités territoriales et autres groupements publics se sont vus reconnaître des droits et libertés. C'est, selon Olivier Maetz[121], grâce à la notion de personnalité juridique, permettant de « concevoir et réaliser des rapports de droit entre l'Etat, les individus et les groupements » que les personnes publiques ont pu invoquer le bénéfice de droits fondamentaux. Très controversé au départ, l'idée que des droits fondamentaux puissent être reconnus à des groupes s'est progressivement imposée en France, malgré les critiques doctrinales. L'auteur ne manque toutefois pas de relever que la « personnalité juridique des groupements publics se distingue par son orientation au service de l'intérêt général[122] ». Dans cette perspective, il a pu identifier les droits fondamentaux des personnes publiques qu'il a choisi de distinguer entre les « droits-libertés »[123] et les « droits-garanties »[124]. Parmi les droits-libertés de la personne, et malgré la difficulté annoncée de reconnaître des droits libertés liés au respect de la personne humaine, les personnes publiques peuvent se prévaloir de leur liberté d'expression, comme de leur liberté d'association ou de libre administration.

---

[120] G. Groux, L'action publique négociée. Un nouveau mode de régulation ? Pour une sociologie politique de la négociation, Négociations 2005, n°3, pp. 57-70.

[121] O. Maetz, les droits fondamentaux des personnes publiques, LGDJ, Paris, 2011, p.33.

[122] *Ibid.,* p.75.

[123] *Ibid.,* p.119.

[124] *Ibid.,* p.169.

86. En partant du postulat que l'individualisme est la première des inspirations ayant abouti à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, plusieurs auteurs ont déduit que le mouvement de subjectivisation des personnes morales, en particulier des personnes morales de droit public est le résultat de l'influence d'une certaine conception individualiste des droits. En octroyant, par le biais d'une fiction juridique, aux personnes publiques, des droits initialement détenus par les personnes physiques, le droit public ne se rapproche t-il pas la conception libérale et individualiste du droit privé ?

87. L'intervention de l'État dans les rapports privés - Sous l'influence des facteurs sociaux[125], l'expansion que connaissent les droits et libertés, associés à des revendications actuelles en faveur d'une meilleure justice sociale, donne lieu à des interventions législatives ou règlementaires au coeur des rapports entre personnes privées. Un des exemples les plus significatifs est sans doute la volonté affichée par le législateur de rétablir un certain équilibre dans le cadre des contrats. C'est le cas concernant les contrats relatifs à la consommation dans lesquels les clauses abusives, qui créent un déséquilibre significatif, sont réputées nulles. Cette exigence d'équilibre se retrouve aussi dans les baux d'habitation. L'article 1er de la loi de 1989 sur le bail d'habitation prévoit, par exemple, que « les droits et obligations des parties bailleurs et locataires doivent être équilibrés ».

88. L'État et les collectivités se montrent également beaucoup plus investis à l'égard de la famille dans laquelle ils s'immiscent aux moyens de politiques publiques. Les travaux d'Eric Millard consacrés à la famille et au droit public, permettent de confirmer ce postulat. L'auteur conclut que le droit public s'approprie la famille comme objet de la politique publique. En tant que tel, la famille est administrée, et cette administration s'appuie sur « des structures originales, sur un système normatif, et sur une capacité d'action et de service[126] ». La thèse a permis à son auteur de confirmer l'existence d'un concept famille comme objet du droit public et d'en préciser la nature. C'est, selon lui, grâce à deux modalités particulière : « d'une part, l'Etat organise auprès de lui une représentation des intérêts familiaux qui, par ses modalités corporatives originales et ses fonctions consultatives et participatives, dégage une définition de l'objet famille, disponible pour les pouvoirs publics sans être contraignante. D'autre part, l'Etat met en place une administration de la famille, qui repose sur une gamme complète de moyens d'intervention (structures publiques, services publics, émissions de normes), et qui fait appel à une pluralité

[125] v. n°89 et s.

[126] E. Millard, Famille et droit public : Recherches sur la construction d'un objet juridique. Droit. Université Jean Moulin - Lyon III, 1994. Français, p. 479.

d'intervenants, publics et privés[127]». L'intervention de l'Etat est inspirée par des motifs d'intérêt général visant à favoriser l'équilibre des individus en société. Par ce fait, les domaines qui étaient jusqu'alors exclusivement privés, sont progressivement pénétrés par l'intervention de l'Etat, ce qui révèle une certaine influence du droit public.

2° Le contexte socio-économique

89. Objectif de rentabilité et contractualisation - Le recours croissant à la contractualisation, tant par l'Etat que par les collectivités territoriales, comporte plusieurs justifications, dont celle de répondre à des impératifs économiques. La loi organique relative aux lois de finances, votée en 2001 et appliquée depuis 2006, place la recherche de la performance au cœur de la gestion budgétaire. Le recours au contrat permet, dans une certaine mesure, de gérer de façon plus optimale les finances publiques. C'est le cas lorsque par exemple, une personne morale de droit public souhaite avoir recours à un marché public et met en concurrence différents prestataires. Le recours aux partenariats public-privé permet l'appel au financement privé pour la production d'équipements, d'infrastructures ou de biens publics dans le cadre d'opération complexe.

90. Le contrat permet également la valorisation de la propriété des personnes publiques comme le souligne Jean-Marc Sauvé, le Vice-président du Conseil d'État. Il est apparu nécessaire, depuis plusieurs décennies, de valoriser les propriétés des personnes publiques car ces biens génèrent des ressources financières, nécessite des besoins propres de rénovation, de reconstruction et de financement ou servir de support à des activités économiques. Cette volonté d'utiliser le contrat s'est renforcée avec la logique de performance au cœur de la loi organique relative aux lois de finances et de la révision générale des politiques publiques. Le contrat permet d'assurer une meilleure rentabilité, devenue indispensable pour les collectivités publiques[128].

91. Les personnes publiques concluent aujourd'hui fréquemment des conventions ou des autorisations d'occupation temporaire du domaine public afin de permettre à des investisseurs publics ou privés, d'occuper les dépendances de leur domaine public. Ces modalités d'occupation et de valorisation du domaine public ont évolué et le gestionnaire du domaine national ou toute personne souhaitant intervenir sur les

---

[127] *Ibid.* p. 481.

[128] Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État lors du colloque organisé le 6 juillet 2011 dans le cadre des entretiens du Conseil d'État en droit public économique.

biens publics, doit intégrer les particularités du droit des propriétés publiques de l'État. La recherche de valorisation et de performance ont conduit les personnes morales de droit public à user de la théorie du contrat, pilier du droit civil, dont l'utilisation était initialement placé au cœur des relations entre personnes privées.

92. Progrès et innovation - Les révolutions industrielles, technologiques et écologiques ont contribué, par les évolutions dont elles sont porteuses, à l'érosion entre le droit public et le droit privé. La troisième révolution industrielle qui s'est dessinée dans le dernier tiers du XXe siècle apporte avec elle l'utilisation d'énergies nouvelles, le développement de l'électronique et de l'informatique, celui des technologies spatiales et des biotechnologies. Ces révolutions industrielles et technologiques sont à l'origine de la multiplication des risques et des accidents susceptibles de se produire et c'est dans ce contexte, que se sont progressivement développés les régimes de responsabilité objective. Que ce soit dans le cadre du droit public ou du droit privé de la responsabilité, ce qui est privilégié aujourd'hui, c'est l'idée de la réparation avant celle de la responsabilité. Ces innovations ont également conduit à la création de nouvelles branches du droit, comme le droit de l'environnement ou des nouvelles technologies. Si l'on se penche particulièrement sur le droit de l'environnement, nous pouvons constater qu'il s'agit d'une matière qui se caractérise par sa grande transversalité et par son aspect récent. Les dispositions en matière d'environnement font l'objet d'une codification à part entière mais apparaissent également dans de nombreux codes et entrent en contact avec d'autres branches, comme le droit pénal, le droit fiscal ou le droit commercial, en dépit de la traditionnelle division droit public et droit privé.

93. Environnement concurrentiel - Les sociétés modernes, ouvertes sur le monde et constamment connectées offrent certes, des perspectives nouvelles mais aussi, une part d'incertitude. Le développement de la concurrence à échelle internationale, les nouvelles formes du progrès technique rendent les conditions d'insertion sur le marché du travail et la structure des qualifications beaucoup plus aléatoires. Il en résulte une déstabilisation qui rend les trajectoires individuelles deviennent plus incertaines, et estompent les espoirs de réussite sociale[129]. Pascal Combemale affirme que dans ce contexte mondialisé, où la concurrence s'intensifie, la tendance spontanée est à l'aggravation des inégalités, avant toute intervention redistributrice de l'État[130]. Les rapports de l'INSEE confirment d'ailleurs la progression des inégalités dans un de ses rapports au terme duquel il conclut que la

[129] P. Combemale, Mutations et fractures de la société française, La Découverte « Les grandes questions économiques et sociales », 2009, p. 101.
[130] *Ibid.,* p.101.

situation continue de se dégrader pour la moitié inférieure de la distribution des niveaux de vie, tandis qu'elle s'améliore dans la moitié supérieure. La plupart des indicateurs montrent une progression des inégalités qui atteignent leur plus haut niveau enregistré depuis 1996. L'augmentation des inégalités constatée en France depuis le début de la crise, soit entre 2008 et 2011 est un peu plus forte que dans l'ensemble des pays de l'Union européenne à 27[131]. Dans ce contexte, les individus se tournent vers l'Etat pour obtenir de lui qu'il intervienne en faveur d'une meilleure justice sociale, notamment par le biais de mesures économiques et sociales. Ces intrusions potentielles, impliquant le recours à des mécanismes de droit public, sont susceptibles de créer une forme d'ingérence dans les rapports privés, dans le droit intéressant les personnes privées.

94. Inflation des droits subjectifs et difficulté de les concilier –« La société moderne s'est fondamentalement voulue, pour reprendre l'expression de Norbert Elias, une société des individus *[132]* ». La suprématie de l'individu est une des caractéristiques de nos sociétés modernes, induisant, sur le plan juridique, la multiplication depuis les années soixante-dix des droits subjectifs de la personnalité. Cette densification a pu pour effet de se transformer en droit à l'autodétermination. Ces droits subjectifs sont, selon les termes de Anne-Claire Aune, détournés de leur fonction originelle par une inflation de revendications individuelles traduisant ainsi une instrumentalisation du droit par un mouvement en faveur d'une autodétermination de la personne[133]. La multiplication des droits subjectifs de la personnalité fait croître de façon importante le risque de conflits entre les titulaires de ces droits. Si l'office du juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, lui permet de procéder à équilibrage des droits en présence, l'Etat joue également un rôle d'arbitrage en règlementant et en régulant l'exercice des droits et libertés.

95. Culte du risque zéro - Comme le présente le rapport du Conseil d'État intitulé « Responsabilité et socialisation du risque »[134], l'une des composantes de nos sociétés modernes est le refus de la fatalité, qui se caractérise par une exigence croissante de sécurité. La tendance générale est à l'extension de la couverture des risques et au recours à des mécanismes mêlant, à des degrés divers, assurance, responsabilité et solidarité. Depuis les années 2000, la France est marqué par « le

---

[131] Rapport de l'Insee « Les revenus et le patrimoine des ménages », éd. 2014, p.11.

[132] P. Combemale, Les grandes questions économiques et sociales, La Découverte, 2009, p.201.

[133] A.-C. Aune, Le phénomène de la multiplication des droits subjectif en droit des personnes et de la famille, P.U.A.M, 2007, p.62.

[134] Conseil d'État, Rapport public « Responsabilité et socialisation du risque », Mars 2005, La documentation française.

tournant sécuritaire » allant jusqu'à une véritable frénésie, s'aggravant d'année en année. Cet engrenage prend plusieurs formes, « chasse aux étrangers sans papiers, internement prolongé d'adultes et d'enfants en zones de rétention, multiplication des infractions et des sanctions, remise en cause de la justice des mineurs, atteinte à certaines libertés au nom de la lutte antiterroriste, pression croissante du pouvoir politique sur les magistrats, explosion de la population carcérale, mais aussi abandon de la police de proximité, recours croissant au fichage, à la vidéosurveillance et à la biométrie, montée en puissance des technologies et des doctrines d'origine militaire[135]». Cette idéologie sécuritaire emporte de nombreuses conséquences sur le plan juridique, y compris à l'égard de la distinction entre le droit public et le droit privé. Cette tendance sécuritaire a contribué à donner à la notion de risque une place déterminante en droit, ce qui a eu pour effet de rapprocher le droit public et le droit privé, notamment d'un point de vue du droit de la responsabilité.

96. Le droit de la responsabilité civile est aujourd'hui marqué par le développement de régime de responsabilité qui ne subordonne pas l'indemnisation à l'appréciation du comportement personnel du responsable. Si en 1804, existaient quelques cas de responsabilité où la faute était présumée, les codificateurs de l'époque avaient entendu créer un système de responsabilité essentiellement fondé sur la faute. Au cours du XIXe siècle, se développe un phénomène d'objectivisation de la responsabilité, justifié par l'insuffisance de la faute dont l'exigence s'avère parfois injuste et qui pouvait laisser la victime sans réparation si elle ne parvenait pas à établir cette preuve ou avec une réparation non intégrale si elle est était fautive.

97. Au fondement initial de la faute, nous explique Catherine Thibierge, coexistent progressivement d'autres fondements, essentiellement basés sur le risque, développé par Raymond Saleilles, ainsi que sur le fondement de la garantie, proposé par Boris Starck. L'avènement des fondements du risque et de la garantie, assortis du développement de l'assurance, soulignent une évolution plus profonde : « le passage de la sphère individuelle, celle de la faute et de la réparation, à la sphère sociale ou collective, celle du risque-garantie et de l'indemnisation[136]». Cette évolution s'observe à travers le développement de la responsabilité délictuelle du fait des choses, la multiplication des obligations de sécurité, la responsabilité pour trouble anormal du voisinage, engagée indépendamment de toute faute de l'auteur. Mais aussi à travers les responsabilités délictuelles du fait d'autrui énumérées par le Code civil : la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, responsabilité des pères et mères du fait de leurs enfants mineurs et responsabilité des artisans du fait de leurs

[135] L. Mucchielli, La frénésie sécuritaire, La Découverte « Sur le vif », Paris, 2008, p.48.
[136] C. Thibierge, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité, RTD civ. 1999, p.561.

apprentis. Mentionnons que ces régimes de responsabilité sont complétés aujourd'hui, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 1991, par la possibilité de retenir d'autres responsabilités du fait d'autrui sur la base de l'alinéa 1er de l'article 1384 du code civil. Enfin, rappelons que des régimes spéciaux se multiplient dans des domaines de plus en plus importants pour garantir aux victimes de dommages accidentels une réparation indépendante de toute faute du responsable (accidents de transports, accidents de la circulation, produits défectueux) et même parfois de toute responsabilité en cas de prise en charge par un organisme totalement étranger à la situation dommageable (État, sécurité sociale, fonds de garantie ou d'indemnisation).

98. Philippe Le Tourneau[137] a décrit les causes de ces évolutions, qui tiennent, selon lui, à trois types de facteurs. D'une part, elles sont liées à des modifications des données de fait, d'autre part, à l'évolution des mentalités, et enfin, au développement de l'assurance. Parmi les modifications des données de fait, au nombre de trois, l'auteur évoque en premier lieu l'importance prise par les activités collectives (sociétés, associations, entreprises, équipes, etc.), dans lesquelles il est difficile d'individualiser l'auteur du dommage. L'accident est en quelque sorte anonyme, de sorte qu'il est tentant d'en faire supporter le poids par le groupe. L'auteur rappelle ensuite que la mise en oeuvre de la responsabilité subjective se heurte souvent, en pratique, au fait que le préjudice causé par une faute est un préjudice diffus, atteignant une collectivité d'individus qui, généralement, n'a pas le droit d'agir à titre personnel. Enfin, la dernière évolution des données, la plus importante, est le développement du machinisme et l'avènement de la société industrielle[138].

99. Philippe Pierre [139] a ajouté qu'il fallait prendre en compte, dans le développement de la responsabilité objective, l'évolution des mentalités vers la valorisation de la personne humaine qui se traduit, par une moindre résignation des victimes et par une plus grande solidarité face aux malheurs. La société ne tolère plus qu'une victime reste sans recours ni secours à la suite d'un dommage, sous prétexte que son auteur n'est pas identifié ou est insolvable, même si elle a commis une faute ayant concouru à l'accident. Cette évolution du droit de la responsabilité civile, rejoint celle de la responsabilité administrative, où la responsabilité sans faute de l'administration fondée sur le risque avait été préalablement dégagée par le Conseil d'État. Ces considérations, d'ordre économiques et sociologiques, ne sont pas seules à l'origine de l'érosion de la distinction entre le droit public et le droit privé et une attention particulière doit être portée au contexte international et européen.

---

[137] P. Le Tourneau, La responsabilité civile, Puf, Paris, 2003, pp. 9 à 28.

[138] v. n°92

[139] P. Pierre, La place de la responsabilité objective, Revue Lamy Droit Civil 2010, n°71.

Paragraphe 2 : L'influence des ordres juridiques supranationaux

100. Parmi les facteurs internationaux, la globalisation (A) et la mondialisation juridique (B) tendent à importer en droit français, des normes construites en dehors de la division entre le droit public et le droit privé.

A/ Les effets de la globalisation

101. Si la globalisation présente de multiples aspects, l'accent sera mis sur l'impact de la globalisation juridique (1°) à travers l'exemple du droit de l'Union européenne (2°).

1° La globalisation juridique

102. L'influence d'un système - Pour résumer le concept de globalisation, Jean-Bernard Auby[140] se réfère à l'idée selon laquelle la globalisation place les systèmes politiques, économiques, sociaux dans un état d'interconnexions graduelles. Si à l'origine, la globalisation concerne le domaine économique par l'ouverture des espaces économiques et des échanges internationaux, d'autres dimensions composent ce phénomène de globalisation :

- la globalisation culturelle, idéologique aidée par le développement des outils de communication et la circulation de valeurs communes (société de consommation, Etat de droit, éthique des droits fondamentaux (…) ;
- la dimension sociale, au sens de mouvements affectant directement les modes de vie et de travail des habitants de la planète (mobilité plus grande, diffusion d'habitudes communes).

103. Le droit étant le reflet des évolutions politiques, économiques et sociales, il devient nécessairement réceptif au phénomène de globalisation et subit, selon l'auteur, un effet de tension[141]. Cette pression s'exerce en premier lieu dans le sens du développement des normes, de mécanismes juridiques indifférents à la localisation spatiale des objets auxquels ils s'appliquent, dont la conséquence est d'harmoniser les règles. Elle s'exerce en deuxième lieu, dans le sens du développement des normes

---

[140] J.-B Auby, La globalisation, le droit et l'Etat, 2 éd., LGDJ, Paris, 2010, p.17.

[141] *Ibid.,* p.33 et s.

concernant non seulement les Etats, mais aussi les individus, et les entreprises. Enfin, s'exerce une tension dans le sens d'une reconnaissance et d'un développement de réalités juridiques transnationales.

104. Puisqu'existe une forme de globalisation juridique, la question est de savoir si la distinction entre le droit public et le droit privé s'en trouve affectée, de quelque manière que ce soit. À cette question, Jean-Bernard Auby évoque un déplacement de la distinction sous l'effet de la globalisation, et non un réel dépassement. Il cite les raisons qui pourraient aboutir à un dépassement :

- la globalisation provoque un brassage des cultures juridiques et observe le poids grandissant de la culture juridique anglo-saxonne ;
- la banalisation, dans l'univers de la globalisation, du droit de l'Etat, le déclin de sa souveraineté ;
- les transformations induites par la globalisation se prêtent mal à une lecture qui s'appuie sur la distinction entre le droit public et le droit privé.

105. En dépit des différents éléments cités précédemment, Jean-Bernard Auby soutient que la distinction subirait une forme de déplacement [142] et non un véritablement dépassement. Il fait notamment valoir qu'il serait erroné de penser que, lorsqu'il influence les droits internes, le droit de la globalisation tend toujours à y provoquer une banalisation des personnes publiques. Il prend alors l'exemple du droit des contrats allemands, qui, initialement soumis au droit commun, a, sous l'effet de la communautarisation, fait l'objet de règles spéciales entraînant alors la publicisation de ce domaine.

106. Il faut toutefois garder à l'esprit que la distinction entre le droit public et le droit privé en Allemagne, ou dans n'importe quel autre pays européen, n'a pas le même contenu, ni la même importance qu'en France et il semble difficile de ce point de vue, de s'appuyer sur l'argument du droit comparé. Si le droit communautaire n'ignore pas totalement la distinction, on ne peut pas prétendre affirmer qu'elle n'aurait qu'un effet limité, en France, sur la distinction entre le droit public et le droit privé. L'exemple de l'application du principe de la libre concurrence en droit interne est sans doute le plus évocateur. Par ailleurs, l'auteur soutient que si les normes de la globalisation estompent parfois l'idée d'un droit spécifique à l'Etat, ces normes acceptent toutefois parfaitement cette idée et contribuent à sa mise en œuvre. Effectivement, l'idée d'un droit spécifique à l'Etat n'est pas rejeté par le droit communautaire mais il peine souvent à le consacrer, comment en témoigne la notion de service public qui, longtemps ignoré en droit communautaire, s'est

[142] *Ibid.,* p.215 et s.

progressivement dessinée au prix d'une lente évolution et parfois, d'un contexte conflictuel. L'illustration la plus singulière de cette globalisation juridique est le droit résultant de la construction européenne.

2° L'exemple du droit de l'Union européenne

107. L'influence des bases du droit de l'Union européenne - Le droit communautaire, contrairement au droit français, ne s'est pas construit sur la base de la distinction entre le droit public et le droit privé et ce, pour deux raisons principales. D'une part, il faut s'attarder sur le fait que la construction européenne s'est fondée, en premier lieu, sur le développement d'une solidarité de production et autour de l'idée de la mise en place d'un marché commun (CECA, CEE, EURATOM). L'esprit de la construction européenne étant avant tout celui d'une coopération économique, le droit communautaire ne pouvait être que fortement imprégné de libéralisme économique. D'autre part, bien que la distinction entre le droit public et le droit privé ne soit plus réellement une exception française, elle reste une particularité dans notre pays quant à sa portée et ses conséquences d'un point de vue juridictionnel.

108. Le droit communautaire se doit d'être un ensemble de règles autour desquelles les Etats parties peuvent se rassembler et harmoniser leurs législations respectives. Par conséquent, une telle spécificité française aurait été difficilement transposable au sein du droit de l'Union européenne. Les auteurs ne sont pas toujours d'accord sur l'existence ou l'inexistence de cette distinction en droit communautaire. Laurent Soubelet estime que dans la mesure où le droit communautaire ignore de façon générale la distinction entre droit public et droit privé, l'appréciation de la « privatisation » du droit applicable doit se faire en considération des critères français de distinction entre droit public et droit privé qui se trouvent être étrangers au droit communautaire[143]. Jean-Sylvestre Bergé admet que cette distinction n'occupe aucune place significative dans l'agencement des principes et règles juridiques qui gouvernent la construction européenne[144] . Fabrice Picod y voit, quant à lui, « un droit

[143] L. Soubelet, La distinction droit public/droit privé à l'épreuve du droit communautaire des contrats publics : l'inopportune assimilation de la « communautarisation » à la privatisation du droit, LPA 2004 n° 169, p. 3.

[144] J.-S. Bergé, La *summa divisio* droit privé/droit public et le droit de l'Union européenne : une question pour qui ? une question pour quoi ? in B. Bonnet et P. Deumier (dir.), La *summa divisio* droit privé/droit public présente-t-elle encore un intérêt aujourd'hui ? LGDJ 2010, p.46.

mixte » qui paraît insoluble dans la *summa divisio* droit public-droit privé [145].

109. Il semblerait qu'en étant, selon les termes de Fabrice Picod, insoluble dans la *summa divisio* droit public-droit privé, le droit de l'Union européenne contribue à affaiblir la distinction dès lors que, l'édiction de ses règles sont destinées à des sujets sans distinction de leur nature juridique, qu'elle soit publique ou privée. D'autres, comme Jean-Bernard Auby, font valoir que l'indifférence du droit communautaire à l'égard de la distinction droit privé-droit public n'est qu'apparente et qu'en réalité « il est facile de repérer, tant dans le droit de la convention que dans le droit communautaire, une présence massive de la polarité public-privé[146]». Mais si, comme l'observe l'auteur, plusieurs références sont faites à des notions qui se rattachent au droit public (comme l'intérêt public, l'ordre public), le droit communautaire n'en fait pas une distinction structurante du droit et ne place pas de la même façon qu'en droit français, la frontière entre ce qui relève du droit public et ce qui relève du droit privé. Mentionnons simplement que la notion de service public, élément du clé du droit administratif, était menacée par le droit de l'Union européenne, à tel point que le Conseil d'État mentionnait dans son rapport de 1994[147], que le droit français était désormais voué à s'élaborer, dans une très large proportion, sous l'influence de ce droit. Il a estimé, au terme de son rapport, que l'avenir de la notion de service public était, si l'on n'y prenait pas garde, compté. Si le terme de service public n'existait quasiment pas dans le traité de Rome, le droit de l'Union européenne a toutefois assoupli sa position en développant les notions de service universel et de service d'intérêt économique général. Il a également imposé le principe de libre concurrence aux personnes morales de droit privé comme de droit public. Bien que les traités ne visent expressément que les entreprises, la cour de justice de l'union européenne a toutefois précisé que malgré le fait que les articles 85 et 86 ne visent que les comportement des entreprises (devenus art. 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), il n'est pas moins vrai aussi que le traité impose aux Etats membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de ces dispositions[148].

---

[145] F. Picod, Le droit de l'Union européenne est-il soluble dans la *summa divisio* droit privé-droit public ? in B. Bonnet et P. Deumier (dir.), La *summa divisio* droit privé/droit public présente-t-elle encore un intérêt aujourd'hui ? LGDJ 2010, p.58.

[146] J.-B. Auby, La distinction du droit public et du droit privé, in Incidences du droit communautaire sur le droit public français, PLUS, Paris 2007, p.297.

[147] Rapport public du Conseil d'État, 1994, Service public, services publics : déclin ou renouveau, EDCE 1995, n° 46, p.26.

[148] CJUE, 16 nov. 1977, GB/Inno, n°13/77, Rec. p. 2115.

110. En droit interne, la question de l'opposabilité et de l'applicabilité du droit de la concurrence aux personnes morales de droit public s'est donc rapidement posée. Le Conseil d'État a d'abord refusé qu'un acte administratif relève du champ d'application des dispositions relatives au droit de la concurrence[149] et s'est, dans un second temps, rallié à la jurisprudence européenne en considérant que les juridictions nationales devaient écarter une loi ou un acte administratif contraire au droit européen de la concurrence[150]. S'agissant de l'applicabilité, le droit européen de la concurrence s'applique à toute activité économique, exercée ou non par une entreprise publique. Par conséquent, le principe de libre concurrence qui s'applique aux autorités publiques comme aux personnes privés, produit un effet « transversal » ayant pour conséquence de perturber la traditionnelle distinction droit public-privé.

111. On ne peut donc passer sous silence l'indifférence, certes relative, du droit de l'Union européenne à l'égard de la distinction entre le droit public et le droit privé en France. Cette indifférence exerce d'autant plus son effet neutralisant avec la « constitutionnalisation » de la participation de la France à l'Union européenne, par le biais de l'article 88-1 de la Constitution au terme duquel la République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. C'est notamment sur la base de cette disposition que le Conseil constitutionnel a fondé l'obligation pour la France de transposer les directives communautaires. Si l'ordre juridique européen semble avoir eu un rôle important dans la dilution de la distinction entre le droit public et le droit privé, les effets de la mondialisation juridique ne doivent pas être sous estimées.

B/ Les effets de la mondialisation

112. Les effets de la mondialisation juridique (1°) se manifestent en créant des standards juridiques et en les diffusant au sein des systèmes juridiques nationaux. Tel est particulièrement le cas de convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (2°).

---

[149] CE, 29 juin 1994, n°128313, Rec. T ; BJCP 1994, n° 19, p. 519, concl. C. Bergeal ; 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 1998, n° 16, p. 7.

[150] CE, sect., 8 nov. 1996, n°122644, FFSA et autres, Rec. 441 ; M. Bazex, L'analyse économique nouvel instrument du contrôle juridictionnel des interventions économiques des personnes publiques, LPA, 1997, n°41, pp. 10-16 ; A. Borne-Bennett, Affaire FFSA, Concurrence et consommation, 1997, n°96, pp. 34-36.

1° La mondialisation juridique

113. Diffusion de standards juridiques - Le terme de mondialisation, utilisé en français à partir du début des années 1990 comme traduction du terme anglais « globalisation » désigne un « processus qui transforme l'organisation spatiale des relations sociales et des transactions – leur extension, leur intensité, leur rapidité et leur impact – et qui génère des flux et des réseaux transcontinentaux et inter-régionaux d'activités, d'interactions et d'exercice du pouvoir[151] ». Initialement, la mondialisation fait référence à l'intégration des marchés contribuant à la création d'une économie mondiale, incluant l'ensemble des biens et services pouvant faire l'objet d'échanges internationaux. Accompagnant cette intégration des marchés, les innovations relatives aux techniques de l'information et de la communication renforcent les liens et interdépendances entre les acteurs mondiaux. Les auteurs en décrivent les multiples facettes : « renforcement des interdépendances et peut-être des solidarités, désenclavement des États et des régions, uniformisation des pratiques et des modèles sociaux à l'échelle de la planète sont autant d'aspects de ces dynamiques[152] ».

114. La mondialisation pénètre également le droit, qu'il faut voir comme une extension à l'échelle du monde, de la règle de droit comprise au sens de codification normative des relations de confiance, qu'il s'agisse des relations entre personnes, entre entreprises, entre Etats et citoyens, entre Etats(…)[153] . Cette tendance à la mondialisation du droit est encouragée, selon Zaki Laïdi, par la multiplication et l'intensification des relations au niveau mondial, obligeant les acteurs de la mondialisation à dégager de nouvelles règles de communication ou d'échange. Elle est également renforcée par le sentiment d'appartenance à un même monde où les frontières nationales deviendraient moins pertinentes. Et alors que certains voient dans cette « mondialisation du droit » un progrès, d'autres s'y opposent, en contestant ses effets. En tout état de cause, peu importe l'avis du lecteur, force est de constater l'ampleur de cette manifestation : « la question n'est déjà plus de savoir si l'on est pour ou contre la mondialisation du droit, car c'est un fait : le droit devient mondial[154]». De nombreux pans du droit subissent les effets de la mondialisation, en tête desquels nous retrouvons les droits de l'homme.

---

[151] D. Battistella ; F. Petiteville ; M.-C Smouts ; P. Vennesson, Dictionnaire des relations internationales, 3 éd., Dalloz, Paris, 2012, p.354 et s.

[152] *Ibid.,* p.355.

[153] Z. Laïdi, Mondialisation et droit, D. 2007, p. 2712.

[154] M. Delmas-Marty, La mondialisation du droit : chances et risques, D. 1999, p.43.

2° L'exemple de l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

115. La Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales est une des illustrations de la « mondialisation des droits de l'homme » qui, selon Jean-Louis Halpérin[155], se manifeste à travers différents aspects. Il y a d'abord la constitutionnalisation des droits fondamentaux dans de nombreux ordres juridiques, la circulation des jurisprudences et des idées qui l'accompagne et enfin, le développement d'un réseau de plus en plus dense de traités. Ces traités, comme la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont parfois sanctionnés par des mécanismes juridictionnels internationaux permettant de protéger au mieux les droits de l'homme. La mondialisation a permis une large circulation et une diffusion des droits et libertés fondamentaux au sein des législations nationales, en constituant, de façon progressive, des standards internationaux, « une sorte de patrimoine commun d'identification des principes à sauvegarder et des violations à combattre[156]».

116. L'application en droit interne de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a eu pour effet de déstructurer la classique *summa divisio* française droit public-privé. Cette déstructuration s'opère d'une part, grâce à une interprétation extensive par la Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales des termes de la convention, et d'autre part, par la découverte de notions autonomes par rapport aux définitions retenues par les législations nationales. L'application de l'article 6 de la convention EDH en droit national en constitue un exemple topique. Le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée le 4 novembre 1950, garantit le droit à un procès équitable, c'est-à-dire le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal impartial, s'agissant des contestations sur des droits et obligations de caractère civil et des accusations en matière pénale. Le paragraphe 2 du même article est relatif à la présomption d'innocence. Quant à son troisième et dernier paragraphe, il consacre d'autres droits au profit de tout accusé, tel que celui de disposer du temps et des facilités nécessaires à sa défense. Selon l'expression consacrée, la notion de « matière pénale » revêt un caractère autonome, de sorte que ce qui est exclu de la matière pénale au sens du droit national, peut y être inclus au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés

[155] J.-L. Halpérin, Profils des mondialisations du droit, Dalloz, Paris, 2009, p.62.
[156] J.-B. Auby, La mondialisation, la loi, et l'Etat de droit, LGDJ, Paris, 2010, p. 41.

fondamentales.

117. Au sens de la jurisprudence européenne, cette notion dépasse le champ de la matière pénale telle que définie en droit interne et par voie de conséquence, n'obéit pas aux frontières de la distinction droit public - droit privé telles qu'elles ont été établies en droit français. La Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales a, dans cette perspective, dégagé des critères, en principe alternatifs et non cumulatifs : la classification de l'infraction dans le droit interne de l'État défendeur, la nature de cette infraction, enfin la nature et le degré de sévérité de la sanction encourue par la personne accusée d'être l'auteur de l'infraction. Il en résulte que des infractions exposant les requérants à des sanctions qualifiées selon le droit national de disciplinaires ou d'administratives peuvent, selon la Cour, ressortir à la matière pénale et donc entrer dans le champ d'application du 1er paragraphe de l'article 6 sous l'angle pénal. Par conséquent, l'article 6 est susceptible de s'appliquer à des mesures extrêmement variées. Ainsi, la Cour EDH a pu inclure dans la matière pénale, les sanctions fiscales[157], certaines sanctions infligées par les autorités administratives indépendantes et les amendes ou sanctions pécuniaires prononcées par les juridictions financières[158]. Les sanctions administratives ainsi assimilées à « des accusations en matière pénale » entraînent alors l'applicabilité, devant les juridictions administratives, de certains principes constitutionnels, habituellement appliqués par le juge répressif, comme celui de la présomption d'innocence ou du principe de proportionnalité des peines.

[157]Cour EDH, 24 févr. 1994, n°4-284-A, Bendenoun c/ France, Ann. fr. dr. int. 1994. 658, obs. Coussirat-Coustère ; JDI 1995. 752, obs. Decaux et Tavernier ; LPA 1994. 21, note Flauss ; RSC 1995. 388, obs. Massias ; ibid. 1994. 612, obs. Pettiti ; JCP 1995. I. 3823, obs. Sudre.

[158] Cour EDH, 26 sept. 2000, Guisset c/ France, Rec. 2000-X, JCP 2001-I-291, n°17, obs. F. Sudre, RDP 2001, p. 667, obs. H. Surrel.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

118. Les développements qui précèdent nous ont permis d'appréhender avec plus de précision ce que signifiait l'érosion entre le droit public et du droit privé. En ce qui concerne le droit public, la confusion provoque une forme de rationalisation, de standardisation que certains auteurs ont d'ailleurs abusivement décrit comme une véritable banalisation. Les spécificités traditionnellement attachées aux branches du droit public (comme le caractère jurisprudentiel du droit administratif) perdent, sans être totalement dénaturées, une partie de leur singularité.

Le droit privé quant à lui, voit ses piliers fondateurs, comme l'autonomie de volonté et l'exercice des libertés individuelles se transformer au gré des évolutions économiques, sociales ou politiques, dans le sens d'un encadrement des droits et libertés et d'une collectivisation des rapports. Cette évolution du droit privé intègre des considérations d'intérêt général, que l'on a plutôt tendance à rattacher au droit public. L'érosion de la *summa divisio* est le produit d'une multitude de facteurs dont l'ampleur dépasse le seul cadre juridique. Alors que certains d'entre eux ne dépassent pas la sphère nationale, d'autres sont imputables à des causes supranationales. Parmi les facteurs que l'on pourrait qualifier d'internes ou nationaux, il y a d'abord la nature et le contenu de la distinction entre droit public et droit privé, qui n'a jamais réellement fait l'objet d'un consensus quant à son origine et sa définition et qui par conséquent, présente une certaine fragilité. Les facteurs économiques, politiques et sociaux interviennent aussi dans ce processus d'érosion du droit public et du droit privé. Les impératifs d'efficience économique et le développement de nouveaux modes de gouvernance ont conduit les pouvoirs publics à s'approprier des techniques courantes en droit privé, comme celle du contrat. Les facteurs sociaux, comme les revendications égalitaires, conduisent à un encadrement progressif des relations entre les personnes privées, autrefois largement inspirées par le principe de liberté.

Les facteurs externes ou supranationaux, comme la mondialisation et la globalisation multiplient les interconnexions et favorisent un certain brassage des cultures juridiques. L'exemple de l'influence du droit de l'union européenne est sans doute le plus caractéristique, et, bien qu'il n'ignore pas totalement la distinction entre le droit public et le droit privé, sa réception en droit français favorise la dilution de nos catégories juridiques.

CHAPITRE 2 : LA PERTURBATION DES RÔLES DU JUGE ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE, CONSÉQUENCE DU DÉCLIN DE LA DISTINCTION

119. La principale conséquence attachée à l'érosion du droit public et du droit privé à l'égard de la dualité juridictionnelle est de créer des interconnexions entre le juge judiciaire et le juge administratif. Ces interconnexions présente plusieurs degrés et peuvent se décliner à travers une simple opération de qualification, un partage ou une véritable inversion de compétence.

120. Acte de qualification - À l'occasion d'un litige se présentant à lui, le juge judiciaire comme le juge administratif effectuent une opération intellectuelle d'analyse juridique, appelé qualification, nécessitant « de prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement [159] ». Au cours de cette opération, le juge judiciaire et le juge administratif peuvent être confrontés à des notions étrangères au droit appliqué au sein de leur propre ordre juridictionnel. Cette opération de qualification peut parfois conduire à une incompétence de la juridiction saisie sans que cela soit systématique. Par exemple en ce qui concerne le domaine public, bien que le juge judiciaire ne dispose que d'une compétence résiduelle pour apprécier si un bien fait partie du domaine public, il peut néanmoins constater la domanialité publique d'un bien en l'absence de difficulté sérieuse. C'est ainsi que les juges judiciaires ont pu estimer qu'un parc de stationnement appartenait au domaine public en ayant recours aux critères traditionnellement utilisés par le juge administratif. C'est à dire, l'appartenance du domaine à une personne publique mentionnée à l'article L1 du code général de la propriété des personnes publiques et l'affectation à l'usage direct du public, ou à un service public, sous réserve de l'aménagement indispensable à l'exécution du service public conformément à l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques[160].

121. Partage de compétences – Ce cas désigne l'hypothèse où, pour un même contentieux, le juge administratif et le juge judiciaire sont tout les deux compétents sur des questions qui relèvent habituellement de leur champ de compétence. Chacun des juges des deux ordres juridictionnels ne sont pas concurrents mais interviennent à des stades de la procédure et sur des points de droit différents. De nombreux exemples peuvent illustrer ce cas, particulièrement en ce qui concerne les atteintes aux libertés individuelles, relevant, en vertu de l'article 66 de la Constitution, du juge

[159] G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11 éd., Puf, Paris, 2016, p. 835.
[160] CA Paris, 23 oct. 2014, n°13/10581.

judiciaire. Il en est ainsi du contentieux du droit des étrangers, qui, souvent porté devant les juridictions administratives compétentes pour statuer sur les décisions emportant refus de titre de séjour, d'asile, d'obligation de quitter le territoire national (…) relève ponctuellement du juge judiciaire. C'est notamment le cas lorsqu'est en cause le placement d'un étranger en zone d'attente, ou lorsqu'il est en rétention administrative. Le juge des libertés et de la détention prolonge le placement en zone d'attente, passé le délai de 96 heures, pour une première période de huit jours[161]. Ce délai court à compter du placement initial. Une deuxième prolongation peut intervenir « à titre exceptionnel » pour une durée maximale de huit jours[162]. Dans les deux cas, le juge des libertés et de la détention doit statuer dans les 24 heures suivant sa saisine ou 48 heures si les nécessités de l'instruction l'imposent[163]. Le juge des libertés et de la détention intervient également dans le cadre de la prorogation du maintien en rétention lorsque un délai de cinq jours s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention[164].

122. Inversion de compétences – Il s'agit d'un cas particulier qui se définit différemment selon le juge concerné. En ce qui concerne le juge judiciaire, l'inversion de compétence est plus simple à définir et désigne le cas où ce dernier est compétent pour statuer sur des litiges qui relèvent du champ de compétence du juge administratif. Dans cette hypothèse, l'inversion de compétence répond à deux principaux critères cumulatifs :

- il s'agit d'une dérogation à la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 septembre 1795 ;
- il y a application de règles exclusivement mises en oeuvre par juge administratif.

123. Le cumul de ces critères est important, puisqu'il existe des hypothèses de compétence du juge judiciaire, par dérogation à la séparation des pouvoirs, sans toutefois qu'il ne soit fait application des règles du droit public. C'est le cas, par exemple, de la loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 attribuant compétence aux

---

[161] C. étrangers, art. L. 222-1.

[162] C. étrangers, art. L. 222-2.

[163] C. étrangers, art. L. 222-3.

[164] C. étrangers, art L. 552-1. Il convient néanmoins de préciser que la loi n°2016-274 du 7 mars 2016 relative aux droits des étrangers en France, entrée en application le 1er novembre 2016 instaure un bloc de compétence judiciaire sur le contrôle des circonstances dans lesquelles l'étranger a été privé de liberté, depuis son interpellation jusqu'à son placement en rétention, incluant le contrôle de la légalité de ce dernier.

tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public. La loi dispose en son article 1er que « par dérogation à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour statuer sur toute action en responsabilité tendant à la réparation des dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque. Cette action sera jugée conformément aux règles du droit civil, la responsabilité de la personne morale de droit public étant, à l'égard des tiers, substituée à celle de son agent, auteur des dommages causés dans l'exercice de ses fonctions ». En principe, une action en responsabilité tendant à la réparation des dommages causés par un véhicule conduit par agent public est de la compétence du juge administratif. Cette compétence est transférée, par la loi précitée, au juge judiciaire qui statue néanmoins en vertu des règles du droit privé.

124. En ce qui concerne le juge administratif, l'inversion de compétence s'avère plus complexe à identifier en raison du contexte dans lequel est placé ce juge. Contrairement au juge judiciaire, le juge administratif ne subit pas d'interdiction générale de connaître d'actes ou de contrats de nature privées. Les seules limites qui lui sont imposées, ce sont, d'une part, l'impossibilité de statuer sur les délits ou les crimes qui sont de l'exclusive compétence de juge répressif et les atteintes à la liberté individuelle. L'inversion de compétence est une notion que l'on peut qualifier de dissymétrique, puisqu'elle ne renvoie pas aux mêmes caractéristiques selon si cette inversion s'exerce au profit du juge administratif ou du juge judiciaire. Peut-on d'ailleurs, parler d'inversion de compétence à propos de juge administratif ? Lui qui ne fait pas l'objet de limitation ou d'interdiction d'ordre général contrairement à son homologue judiciaire. Par conséquent, l'inversion de compétence au profit du juge administratif regroupe les hypothèses suivantes :

- le juge administratif interprète et apprécie les actes et conventions entre une ou plusieurs personnes privées ;

Par exemple, dans le cadre du contentieux fiscal, et lorsque le juge administratif statue sur des moyens relatifs au calcul du redressement, il est très fréquemment amené à interpréter des actes ou contrats de droit privé.

- le juge administratif connaît des matières réservées par la Constitution ou par la loi au juge judiciaire ;

Citons par exemple, la protection par le juge administratif du droit d'aller et venir dans le cadre du contentieux relatif au droit des étrangers alors même que la protection des libertés individuelles est réservée au juge judiciaire, par l'article 66 de la Constitution.

- le juge administratif vise, cite et applique des dispositions ou des principes qualifiés de droit commun.

Puisque le droit public se positionne initialement comme un ensemble de règles spéciales justifiant l'existence du juge administratif, nous considèrerons que l'application du droit commun par ce dernier entre dans la catégorie de l'inversion de compétence.

125. Ces perturbations engendrent des modifications à l'égard des règles de répartition des compétences et des attributions respectives du juge administratif et du juge judiciaire (Section 1). Nous constaterons toutefois que, face ce nouveau cadre juridique, les juridictions ont su adapter leur jurisprudence. Les règles relatives à la répartition des compétences ont fait l'objet d'un éclaircissement par le Conseil Constitutionnel tout en étant assouplies par le Tribunal des conflits. Les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de Cassation démontrent une réelle volonté de préserver l'unité du droit, malgré la multiplication des difficultés pour y parvenir (Section 2).

SECTION 1 : LE DEVELOPPEMENT DES INTERACTIONS ENTRE LES JUGES

126. En dépit des termes de la loi des 16 et 24 août 1790, le juge judiciaire est partiellement défait de son interdiction (Paragraphe 1) tandis que le juge administratif statue régulièrement comme un juge de droit commun (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La relative défense faite au juge judiciaire de troubler les actes du corps administratif

127. Il apparaît aujourd'hui que l'interdiction qui frappe le juge judiciaire de connaître des actes du corps administratif n'est que relative (A) et que le juge administratif peut, dans une certaine mesure, être qualifié de juge de droit commun (B).

A / Le pouvoir d'interprétation et d'appréciation d'un acte administratif

128. Malgré l'interdiction posée par la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 2 septembre 1795, le juge non répressif peut interpréter (1°) et apprécier, sous

certaines conditions, la légalité d'un acte administratif (2°).

1° Un pouvoir d'interprétation reconnu promptement

129. La jurisprudence Septfonds - Le Tribunal des conflits [165] a admis, relativement tôt, la possibilité ouverte au juge judiciaire d'interpréter la légalité d'un acte administratif règlementaire, sans que cette initiative le place en situation de méconnaître la loi des 16 et 24 août 1790. Le Tribunal de commerce de la Seine fut saisi d'une demande de dommages-intérêts formée par le sieur Septfonds, contre la Compagnie des chemins de fer du Midi à raison de la perte de marchandises expédiées sous le régime de l'arrêté interministériel du 31 mars 1915. Le sieur Septfonds mettait en cause devant la juridiction judiciaire, la responsabilité de ladite compagnie, découlant du contrat de transport. Afin de déterminer la responsabilité de la compagnie, le Tribunal de commerce de la Seine a interprété un arrêté interministériel sous le régime duquel le contrat de transport avait été exécuté. Le préfet de la Seine éleva le conflit, considérant que la juridiction judiciaire n'était pas compétente pour interpréter un tel acte.

130. Le Tribunal des conflits a toutefois considéré que l'interprétation d'un acte administratif règlementaire par le juge judiciaire ne méconnaissait pas la séparation des pouvoirs, telle qu'interprétée par la loi des 16 et 24 août 1790. Cette solution, loin de constituer une réelle exception à la loi des 16 et 24 août 1790, s'explique par deux considérations. D'une part, le juge judiciaire ne s'immisce pas dans la réserve de compétence du juge administratif compte tenu de la nature de son intervention, qui ne constitue qu'une interprétation. Il s'agit, pour le juge judiciaire, non pas de censurer l'acte administratif, mais de lui donner un sens, de l'expliquer. D'autre part, l'acte administratif interprété est un acte règlementaire, dont les caractéristiques, selon le Tribunal des conflits, se rapproche de celles de l'acte législatif « puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire »[166] et justifie, à ce titre, la compétence des juridictions judiciaires au regard de l'acte en cause. Si le Tribunal des conflits a admis depuis longtemps la possibilité au juge judiciaire d'interpréter un acte administratif règlementaire, il a, par la suite, élargi cette possibilité non seulement à l'interprétation, mais à l'appréciation de la légalité d'un acte administratif.

---

[165] T. confl., 16 juin 1923, n°00732, Septfonds, Rec. p. 498, GAJA, n°40; S. 1923, 3, 49, note Hauriou; D. 1924. 3. 41, concl. Matter.

[166] *Ibid.*

2° Un pouvoir d'appréciation progressivement élargi

Si le pouvoir d'appréciation a progressivement été accordé au juge répressif (a), puis au juge judiciaire (a), sa mise en œuvre obéit à des conditions particulières.

a) Le pouvoir d'appréciation du juge répressif

131. La jurisprudence Avranches et Desmarets - Rapidement, la plénitude de juridiction du juge pénal a justifié la possibilité pour le juge répressif d'apprécier la légalité d'un acte administratif règlementaire. C'est à l'occasion d'une instance pendante devant la cour d'appel d'Angers que le préfet de la Mayenne éleva le conflit dans une affaire concernant deux individus poursuivis pour un délit de chasse. En première instance, devant le tribunal correctionnel de Château-Gontier, les deux personnes soupçonnées du délit invoquaient l'article 55 du contrat-type de baux à ferme, approuvé par le préfet de la Mayenne dont ils tiraient un droit de chasse. Le tribunal a toutefois considéré que ledit article du contrat-type était illégal car « contraire aux prescriptions de l'ordonnance du 17 octobre 1945, modifiée par la loi du 13 avril 1946, qui ne confère aux preneurs de baux ruraux que le droit de chasser sur le fonds loué et non le droit de chasse » et a condamné les prévenus. Le préfet saisissait la cour d'appel d'Angers d'un déclinatoire de compétence par lequel il revendiquait pour la juridiction administrative l'appréciation de la légalité de l'article 55 dudit contrat. Confronté au rejet du déclinatoire de compétence le préfet a, par arrêté, élevé le conflit sur ce point.

132. Le Tribunal des conflits, saisi de l'affaire, a jugé qu'il résultait de la nature de la mission assignée au juge pénal que celui-ci a, en principe, plénitude de juridiction sur tous les points d'où dépend l'application ou la non application des peines. Il lui appartient donc d'interpréter les lois, les règlements administratifs, mais aussi d'apprécier la légalité de ces derniers, qu'ils servent de fondement à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyens de défense. La compétence de la juridiction pénale n'est limitée que lorsqu'il s'agit d'apprécier la légalité des actes administratifs non réglementaires car cette appréciation est réservée à la juridiction administrative en vertu de la séparation des pouvoirs[167].

[167] T. confl., 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, Rec. 638 ; D. 1952 Jur. 271, note C. Blaevoet ; JCP 1951. II. 6623, note A. Homont ; Rev. adm. 1951. 492, note G. Liet-Veaux ; S. 1952. 3. 1, note J.-M. Auby ; B. Pacteau, Feu sur la jurisprudence Avranches et Desmarets ! in Etudes offertes à Jean-Marie AUBY, Paris, Dalloz, 1992, p. 249.

133. La nature de la mission assignée au juge pénal et la plénitude de juridiction dont il bénéficie sont à la base de cette décision. Compte tenu des graves sanctions que les juridictions pénales peuvent prononcer et à l'importance de la justice pénale dans la société, elle jouit d'une plénitude de juridiction qui lui permet de statuer sur toutes les exceptions soulevées en défense par le prévenu ou l'accusé[168]. Difficile à qualifier, certains rattachent le droit pénal au droit public, en estimant qu'il y a, dans le procès pénal, l'intervention de la puissance publique, notamment dans l'exécution des peines. D'autres, assimilent le droit pénal au droit privé, soulignant l'intervention des tribunaux judiciaires et le rôle des particuliers dans la poursuite des infractions[169]. Le pragmatisme de nombreux auteurs semblent les conduire à considérer le droit pénal comme une branche « *sui generis* » du droit, distincte du droit public et du droit privé.

134. Consécration de la jurisprudence - Codifiée en 1992[170], cette jurisprudence inspira l'article 111-5 du code pénal qui donne compétence aux juridictions pénales pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal. L'article 111-5 du code pénal n'est pas une transposition exacte de la jurisprudence du Tribunal des conflits, puisqu'il consacre le pouvoir du juge répressif non seulement à propos de l'interprétation et l'appréciation d'un acte administratif, mais aussi concernant les actes administratifs individuels.

135. Le juge répressif est le plus souvent amené à utiliser l'article 111-5 du code pénal dans le cadre de contentieux relatif aux permis de conduire et plus globalement, celui concernant la répression du domaine public routier[171]. Il est également, depuis la loi du 9 mars 2004[172], compétent pour statuer sur la responsabilité des personnes morales de droit public, à l'exclusion de l'Etat, qui dorénavant, sont responsables pénalement, selon les dispositions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Il faut néanmoins préciser 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

---

[168] Sous réserve de l'article 384 du code de procédure pénale : « Le tribunal saisi de l'action publique est compétent pour statuer sur toutes exceptions proposées par le prévenu pour sa défense, à moins que la loi n'en dispose autrement, ou que le prévenu n'excipe d'un droit réel immobilier ».

[169] J. Larguier et alii, Droit pénal général, 22 éd., Dalloz, Paris, 2014, p.3.

[170] Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal.

[171] Selon les termes de l'article L.116-1 du code de la voirie routière : « La répression des infractions à la police de la conservation du domaine public routier est poursuivie devant la juridiction judiciaire sous réserve des questions préjudicielles relevant de la compétence de la juridiction administrative ».

[172] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

service public[173] .

b) Le pouvoir d'appréciation du juge civil

136. Le juge civil puise son pouvoir d'interprétation de dérogations jurisprudentielles (i) dégagées par le Tribunal des conflits ainsi que de plusieurs dispositions législatives (ii).

i. Dérogation et atténuation jurisprudentielles

137. L'existence d'une jurisprudence établie - Par l'arrêt SCEA du chéneau[174], le Tribunal des conflits a formulé une nouvelle dérogation à la séparation des autorités judiciaires et administratives. Le litige, porté initialement devant le Tribunal de grande instance de Rennes, opposait plusieurs parties à propos de cotisations interprofessionnelles volontaires rendues obligatoires par des accords interprofessionnels, eux aussi obligatoires par des arrêtés interministériels pris en application de dispositions du code rural et de la pêche maritime. Le préfet estima que les cotisations litigieuses impliquaient des contestations portant sur un régime d'aide d'Etat irrégulièrement institué (car non notifiée à la commission européenne) et par conséquent, mettaient en cause la légalité d'actes administratifs réglementaires. Une fois les déclinatoires de compétence rejetés par les juges judiciaires, le préfet éleva le conflit.

138. Après avoir rappelé les principes généraux de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, le Tribunal des conflits formula une première atténuation en estimant que ces principes devaient être conciliés tant avec l'exigence de bonne administration de la justice qu'avec les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable. Si en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, devaient surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, le

---

[173] CP art. 121-2.

[174] T. confl., 17 oct. 2011, SCEA du chéneau, n° C3828, Rec. 698 ; RFDA 2011. 1122, concl. Sarcelet ; *ibid.* 1129, note Seiller ; *ibid.* 1136, note Roblot-Trozier ; *ibid*. 2012. 339, étude Mestre ; AJDA 2012. 27, chron. M. Guyomar et X. Domino ; D. 2011. 3046, note F. Donnat ; *ibid.* 2012. 244, note N. Fricero ; RTD civ. 2011. 735, obs. Remy-Corlay ; JCP Adm. 2011. 2354, note H. Pauliat.

Tribunal des conflits a jugé qu'il en allait autrement lorsqu'il apparaissait manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal. La contestation de la légalité d'un acte administratif, sans que soit précisé s'il s'agit d'actes administratifs règlementaires ou individuels, peut être accueillie par le juge judiciaire dès lors qu'existe, à propos de cette contestation, une jurisprudence établie. Une meilleure administration de la justice associée à la recherche d'un délai raisonnable sont les principaux moteurs des dérogations apportées à la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III.

139. Le cas particulier du droit de l'Union européenne - Le Tribunal des conflits poursuit en admettant une véritable dérogation aux dispositions précitées, tout en précisant qu'il s'agit du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution. Le principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités et des interprétations de la Cour de justice de l'Union européenne commande que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire. Dans ce contexte, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne. Lorsque le juge judiciaire est en présence d'une difficulté concernant le droit de l'Union européenne, il peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel mais, s'il estime pouvoir appliquer correctement les dispositions européennes, il n'est pas tenu de saisir le juge administratif d'une telle question dans le cas où la contestation en cause concerne, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne. Cette solution sera confirmée par un arrêt du 12 décembre 2011[175], par lequel le Tribunal des conflits, utilisant une formule similaire, retient la compétence du juge judiciaire. Bien que les parties aient soulevé un moyen relatif à la violation du principe de non-rétroactivité des actes administratifs, le Tribunal des conflits a estimé qu'une jurisprudence constante du Conseil d'État existait sur ce point, et ne justifiait pas le renvoi préjudiciel.

---

[175] T. confl., 12 déc. 2011,n°3841 Société Green Yellow, Rec. 706 ; AJDA 2012. 27, Chron. M. Guyomar et X. Domino ; AJDA 2011. 2503 ; Constitutions 2012. 294, obs. A. Levade; Gaz. Pal. 18-19 janv. 2012, p. 22, note M. Guyomar.

ii. Dérogations législatives

140. La loi confie, de manière ponctuelle au juge judiciaire, des contentieux qui, en vertu des règles classiques de répartition des compétences, devraient être confiés au juge administratif. Cette possibilité de dérogation a été formulée par le Conseil constitutionnel[176] qui a considéré que lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pouvait engendrer des contestations contentieuses diverses réparties, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il était 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 . Si le plus fréquemment, ces cas de figures existent pour des raisons de bonne administration de la justice, d'autres de ces cas laissent apparaître des justifications plus difficiles à déterminer. La plupart des cas évoqués ici désignent les hypothèses d'inversion de compétence[177] et ce choix se justifie par le fait qu'elles représentent des cas particulièrement déstabilisants pour la cohérence des règles de répartition des compétence et donc, pour le fonctionnement du système basé sur la dualité juridictionnelle.

141. Hospitalisation d'office - La loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 a prévu, au 1er janvier 2013, le transfert à l'ordre judiciaire du contentieux de la régularité des décisions d'hospitalisation sans consentement. Il résulte de l'article L. 3216-1 du code de la santé publique que la régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV du présent titre ne peut être contestée que devant le juge judiciaire. Entrent alors dans le champ de compétence du juge judiciaire, les décisions administratives d'admission en soins psychiatriques à la demande d'un tiers ou en cas de péril et les admissions en soins psychiatriques des personnes détenues atteintes de troubles mentaux. Comme l'explique Vincent Vioujas, depuis le 1er janvier 2013, le juge judiciaire se trouve seul compétent pour apprécier les irrégularités entachant les décisions d'admission ou de maintien en mesure de soins sans consentement, en application de l'article précité. Le juge des libertés et de la détention « contrôle donc à la fois la régularité formelle, relevant antérieurement du

[176] Cons. const. n°86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, spec. paragraphe 16 ; Rec. 8 ; AJDA 1987. 345, note J. Chevallier ; D. 1988. 117, note F. Luchaire ; Gaz. Pal. 18 mars 1987, note C. Lepage-Jessua ; JCP 1987. I, n° 3200, chron. R. Drago et n° 20854, note J.-F. Sestier ; RA 1988. 29, note J.-M. Sorel ; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet ; RFDA 1987. 287, note B. Genevois.

[177] v. n°80 et s.

juge administratif, et le bien-fondé de la décision[178]». Mais, comme le souligne Cécile Castaing[179], cette unification ne concerne pas le chapitre Ier du code de la santé publique relatif aux droits des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques pour lesquels, le contentieux reste régi par les règles classiques de répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire qui continuent de s'appliquer.

142. Impôts et recouvrement – La loi des 7 et 11 septembre 1790 attribue aux juridictions judiciaires les actions relatives aux impôts indirects sans que les débats de l'Assemblée puissent permettre d'en connaître la réelle justification. Certains auteurs se fondent sur la nature sensible des contributions indirectes qui représentent des prélèvements impopulaires alors que pour d'autres, cette répartition est liée aux différences entre les procédés de recouvrement. D'autres textes complètent la loi précitée, telle que la loi du 22 frimaire an VII, attribuant compétence à l'autorité judiciaire en matière de droits d'enregistrement, et confirmée, pour les contributions indirectes, par loi du 5 ventôse an XII. L'article L.199 du livre des procédures fiscales précise la répartition des compétences en prévoyant qu'en matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires ou de taxes assimilées, les décisions rendues par l'administration sur les réclamations contentieuses, qui ne donnent pas entière satisfaction aux intéressés peuvent être portées devant le tribunal administratif. En matière de droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière, de droits de timbre, de contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits, taxes ou contributions, le tribunal compétent est le tribunal de grande instance. La compétence des juridictions judiciaires en matière d'imposition indirecte et de recouvrement afférents, doit s'analyser comme une inversion de compétence, car, bien qu'ils soient indirects, ils demeurent des impôts et sont donc des prélèvements obligatoires, dont la finalité collective tend au financement des charges publiques, compétence exclusive de l'autorité étatique. Aussi, le domaine fiscal apparaît largement caractéristique de la puissance publique, et traditionnellement liée à la compétence du juge administratif.

143. Le contentieux du recouvrement de l'impôt obéit encore à une règle de répartition différente. Il faut alors distinguer le contentieux des oppositions à contrainte de celui des oppositions à poursuite. En vertu de l'article 46 de la loi du 23 décembre 1946, figurant à l'article L. 281 du Livre des procédures fiscales, les contestations relatives aux poursuites en matière de contributions directes sont

---

[178] V. Vioujas, Le contrôle des soins psychiatriques sans consentement : aperçu d'un droit jurisprudentiel en construction, LPA 19 juin 2014, n°122, p. 4.

[179] C. Castaing, La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement : quel droit pour quel juge ?, AJDA 2013, p.153.

portées devant les tribunaux judiciaires lorsqu'elles visent la validité en la forme de l'acte et devant le tribunal administratif, lorsqu'elles portent sur l'existence de l'obligation, sa quotité ou son exigibilité. On le constate, le juge judiciaire n'est plus exclu de l'interprétation et de l'appréciation d'un acte administratif, il peut même dans certains cas, être compétent lorsqu'est en cause la responsabilité des personnes publiques ou des contrats administratifs.

B / Le juge judiciaire, le droit de la responsabilité publique et des contrats administratifs

144. Responsabilité des instituteurs – En matière de responsabilité des instituteurs, le législateur a posé la règle de la compétence du juge judiciaire et déroge au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, posé dans la loi des 16 et 24 août 1790. Comme le souligne Jean Fialaire[180] la compétence du juge judiciaire n'exclut pas pour autant l'application des règles de droit public, notamment dans l'appréciation de la situation professionnelle de l'enseignant ou de l'éducateur auteur de la faute. Il appartient au tribunal judiciaire de rechercher si la faute éventuellement commise par l'enseignant constitue une faute de service ou une faute détachable et personnelle, dans le cadre d'une éventuelle instance en contestation de l'action récursoire de l'Etat.

145. Responsabilité du fait des services de police judiciaire - La loi du 5 juillet 1972, dont les dispositions ont été codifiées à l'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, a consacré, sous certaines limites, le principe de la responsabilité de l'État du fait du service public de la justice judiciaire. Il résulte de cet article que l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que lorsque l'existence d'une faute lourde ou d'un déni de justice est démontrée[181]. La Cour de cassation a rappelé, dans le cadre de cette responsabilité que, lorsqu'il se prononce sur un litige relatif aux dommages causés lors d'une opération de police judiciaire, le juge judiciaire doit se référer aux règles du droit public [182] : « si les juridictions de l'ordre judiciaire sont seules compétentes pour connaitre de la responsabilité de l'Etat à raison des opérations de police judiciaire, il leur appartient d'appliquer les règles du droit public, à défaut de textes spéciaux[183] ».

---

[180] J-cl adm. Fasc n°966, n°5 et s.

[181] v. n°680 et s.

[182] Cass., crim.,19 mai 2015, n°14-81592.

[183] Cass. civ 1ère 4 déc. 2013, n°12-28361.

146. Responsabilité en matière d'impôts et recouvrement – Le juge judiciaire est compétent pour statuer sur la responsabilité de l'administration pour des fautes non détachables des opérations d'assiette ou de recouvrement des impôts dont il a en charge le contentieux de la dette. La compétence du juge judiciaire est également retenue pour les actions mettant en cause la responsabilité de l'État en raison de l'activité de l'administration des douanes.

147. Propriété littéraire et artistique - Le Tribunal des conflits[184] considère que l'article L.331-1 du code de la propriété intellectuelle, issu de la loi du 17 mai 2011, attribue compétence à la juridiction judiciaire pour connaître de la totalité des contentieux de la propriété littéraire et artistique, même lorsqu'ils sont dirigés contre une personne publique et y compris si le litige est né à l'occasion de l'exécution d'un marché public.

148. Contrats d'exploitation des halles et marchés – Alors qu'en principe, selon le décret-loi du 17 juin 1938, les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public passés par les collectivités publiques relèvent de la compétence des juridictions administratives, l'article 136 du décret du 17 mai 1809, relatif aux octrois municipaux, applicable aux droits de place perçus dans les halles et marchés, constitue une attribution spéciale aux tribunaux judiciaires pour statuer sur toutes les contestations qui pourraient s'élever entre les communes et les fermiers de ces taxes indirectes, sauf renvoi préjudiciel à la juridiction administrative sur le sens des clauses contestées des baux[185]. Selon Gweltaz Guiavarc'h[186], il est évident qu'à défaut de l'existence d'une telle disposition, la compétence pour connaître de tels contrats reviendrait aux juridictions administratives, dans la mesure où il s'agit d'une convention portant sur l'organisation du service public. En dépit de la compétence du juge judiciaire, c'est pourtant par des emprunts à la théorie du droit administratif que ce dernier procède pour statuer sur les litiges qui sont portés devant lui par l'application de ce texte dévolutif de compétence.

---

[184] T. confl., 7 juill. 2014, n°3954, Minisi c/Maison départementale des personnes handicapées de Meurthe-et-Moselle, Rec. 38 ; JCP Adm. 2014, act. 592, obs. F. Tesson ; AJDA 2014. 1463, obs. J.-M. Pastor ; AJDA 2014. 2364 obs. J.-M Pontier.

[185] T. confl., 16 juin 1997, Les Fils de Madame Géraud c/ Commune de Longjumeau, n°3075 ; Gaz. Pal., 19-20 déc. 1997.44.

[186] G. Guiavac'h, Contrat administratif et compétence judiciaire, RFDA 2001, p. 93.

Paragraphe 2 : Le juge administratif, juge de droit commun ?

149. En dehors des attributions du juge répressif et des questions touchant à la liberté individuelle, le juge administratif ne subit pas d'interdiction générale à l'égard du contentieux privé, et applique des dispositions de droit civil comme de droit pénal (A) ainsi que des dispositions relatives au droit économique et social (B).

A / Juge administratif, droit civil et droit pénal

150. Quelques illustrations de l'application par le juge administratif du droit civil et du droit de la responsabilité civile seront données (1°) ainsi que des exemples relatifs au droit pénal et aux libertés individuelles (2°).

1° Le droit civil et responsabilité civile

151. Vie privée – À l'occasion d'un litige à propos d'une délibération portant sur le traitement automatisé d'informations nominatives, mis en oeuvre dans les hôpitaux de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, le Conseil d'État a visé les articles 2 et 9 du code civil[187]. De même, le Conseil d'État a contrôlé le respect de la vie privée dans une affaire impliquant la légalité d'un article du statut des personnels de la SNCF relatif aux sanctions infligées sans intervention du conseil de discipline[188].

152. Propriété privée – Dans un arrêt en date du 2 février 2004[189], le Conseil d'État a annulé une ordonnance du tribunal administratif de Mamoudzou par lequel le juge des référés a jugé mal fondée, une demande basée sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative. La demande des requérants tendait à ce que le juge des référés ordonne la suspension de l'exécution des arrêtés du préfet de Mayotte en date des 28 mai 2003 et 13 juin 2003 portant reprise partielle de leur propriété foncière dite Riziki. Le Conseil d'État, après avoir visé le code civil, a estimé que l'exercice d'un prétendu droit de reprise par la collectivité départementale de Mayotte sur une fraction du terrain appartenant depuis 1998 aux requérants, porte une atteinte grave à leur droit de propriété. À propos d'un litige relatif à une

---

[187] CE, 18 mars 2005, n°238206, Synd. nat. de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, Rec. 120 ; RFDA 2005, p. 681 ; AJDA 2005, p. 911.

[188] CE, 2 juill. 2008, n°309647 et n°310174 ; M. Francis D, Rec. 259 ; Dr. adm. 2008, com. 108, obs F. Mellerey.

[189] CE, 2 févr. 2004, n° 260100, Épx Abdallah, Rec. 15 ; RFDA 2004, p.772, concl. S. Boissard.

installation classée, le Conseil d'État a repris l'article 2262 du code civil[190] pour en déduire que cette disposition fait « obstacle à ce que le préfet impose à l'exploitant, à son ayant-droit ou à la personne qui s'est substituée à lui la charge financière des mesures à prendre au titre de la remise en état d'un site lorsque plus de trente ans se sont écoulés depuis la date à laquelle la cessation d'activité a été portée à la connaissance de l'administration, sauf dans le cas où les dangers ou inconvénients présentés par le site auraient été dissimulés[191] ».

153. État civil – Le Conseil d'État applique l'article 61 du code civil relatif au changement de nom lorsqu'est contesté, devant les juridictions administratives, le refus du Garde des sceaux d'autoriser les requérants à modifier leur patronyme[192].

154. Famille – Dans le cadre de l'annulation pour excès de pouvoir d'une circulaire du ministre des affaires étrangères qualifiant le pacte civil de solidarité de « contrat de nature patrimoniale » et excluant les personnes liées par un tel pacte aux agents du ministère en poste à l'étranger de certains bénéfices, le Conseil d'État reproduit *in extenso* l'article 515-1 du code civil [193] et en interprète les termes [194] . De même, l'article 492 et 490 du code civil[195] sont partiellement reproduits et appliqués dans une espèce concernant les conséquences de la mise sous tutelle d'un fonctionnaire[196]. Dans une décision en date du 18 octobre 2000, une association demandait l'annulation d'une circulaire du ministre de l'éducation nationale, de la

---

[190] « Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription ».

[191] CE, ass., 8 juill. 2005, n°247976, Société Alusuisse-Lonza France, Rec. 311, concl. M. Guyomar ; AJDA 2005, p. 1829, chron. C. Landais et F. Lenica.

[192]CE, 19 mai 2004, n°236470, Cts Bourbon, Rec. 232 ; RTD Civ. 2004, p.481 obs. J. Hauser ; D. 2004.IR.1644 ; AJDA 2004, p. 1351, chron. C. Landais et F. Lenica ; v. par exemple, CE 27 juillet 2005 n°265340, M. X c/ Garde des Sceaux ; D. 2005. IR 2244 ; RTD civ., 2005, p.753, obs. J. Hauser ; JCP 2005. IV. 3150 ; CE 29 novembre 2002, n°223027, Assistance publique - Hôpitaux Marseille, Rec. 414 ; AJDA 2003. 276, chron. Donnat et Casas ; RFD. adm. 2003. 234, concl. Bachelier, note Delvolvé.

[193] « un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune » ; qu'aux termes de l'article 515-4 du même code, les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun ».

[194] CE, ass., 28 juin 2002, n°220361 , M. Villemain ; Rec. 229 ; RFDA 2002. 723, concl. Boissard ; AJDA 2002. 586, chron. Donnat et Casas.

[195] « Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 492 du code civil : « Une tutelle est ouverte quand un majeur, pour l'une des causes visées à l'article 490, a besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile » ; que l'article 490 dispose qu'il est pourvu aux intérêts de la personne concernée lorsque ses facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge ».

[196] CE, 22 fév. 2002, n°219259, Mutualité Meurthe-et-Moselle, Rec. 56, Dr. adm. 2002, comm. 88 ; AJDA 2002. 528, note de Montecler.

recherche et de la technologie sur l'éducation à la sexualité et la prévention du SIDA et particulièrement en ce que cette circulaire prévoit la mise en place de séquences d'éducation à la sexualité. L'association estimait que ces séances d'éducation à la sexualité seraient susceptibles de porter atteinte à l'exercice de l'autorité parentale et à l'action éducative des familles. Toutefois, après avoir repris l'article 371-2 du code civil, le Conseil d'État estima, par le biais d'une motivation peu explicite, que cette circulaire ne portait pas atteinte à cette disposition[197].

155. Patrimoine – Dans une affaire portant sur la contestation d'une récupération d'aide sociale prévue par le 2° de l'article L. 132-8 du code de l'action sociale et des familles[198], le Conseil d'État s'est attaché à vérifier, selon les termes de l'article 894 du code civil, l'existence d'une donation afin de statuer sur la contestation de la récupération de l'aide sociale versé par le département[199]. Dans une autre espèce et pour déterminer dans quelle proportion un successeur était tenu de contribuer à l'impôt dans le cadre d'une succession et la qualité de cette personne pour contester les actes de poursuite, le Conseil d'État s'est fondé sur l'article 870 du code civil[200]. Par ailleurs, c'est à l'occasion d'une contestation portant sur un décret autorisant l'exécution en France, d'un legs consenti à un établissement étranger par un particulier suivant testament olographe, que le Conseil d'État, en l'absence de difficultés sérieuses, a procédé à l'interprétation du legs consenti[201].

156. Contrats – responsabilité - Le Conseil d'État fait application du régime de responsabilité des constructeurs prévu par les articles 1792 et suivants du code civil, en prenant toutefois le soin de préciser qu'il entend faire application des principes

---

[197] CE, 18 oct. 2000 n°213303, Association Promouvoir, Rec. 424, RFDA 2000. 1372, AJDA 2001. 45, obs. Mekhantar; AJFP 2001, juill-août 2001. 45, comm. Mekhantar; D. 2000. 291.; v. également : CE, 6 déc. 2006 n°262096, Mme Ligori ; Rec. 496 ; AJ fam. 2007. 34, obs. F. Chénedé; JCP 2007. I. 170, n° 12, obs. Lapalus ; D. 2007. AJ 155 ; AJDA 2007. 142, concl. L. Vallée; RTD civ. 2007. 86, obs. J. Hauser; Dr. fam. 2007, n° 27, note Larribau-Terneyre ; CE, 6 mars 2009, n°299035, Belrhalia, Rec. 95; RFDA 2009. 629.

[198] « Des recours sont exercés, selon le cas, par l'Etat ou le département : (…) 2° Contre le donataire, lorsque la donation est intervenue postérieurement à la demande d'aide sociale ou dans les dix ans qui ont précédé cette demande ».

[199] CE, 19 nov. 2004, n°249358 et n° 254797, M. Ramond et Roche, Rec. 432, concl. Devys ; D. 2004. IR. 3190 ; AJDA 2005. 194, chron. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2005. 375, note B. Plessix. ; v. également :; CE, 6 fév. 2006 n°259385, Département de la Dordogne, Rec. 57 ; AJDA 2006. 888, n° 16, concl. C. Devys ; AJ fam. 2008. 79, obs. F. Bicheron.

[200] CE, 25 juin 2003, n°240817, Correia, Rec. 42 ; RJF 2003, n° 1171 ; Dr. fisc. 2003, n° 49, comm. 885, concl. S. Austry ; LPA 3 juin 2004, n°111, note A. Lefevre ; RJF 2003, n° 1171 ; BDCF 2003, n° 128.

[201] CE, 29 mars 2006, n°284276, Mlle Paillard et a., Rec. 177 ; AJDA 2006, p.733.

inspirés par ces dispositions[202]. Dans une espèce où un requérant contestait devant le Conseil d'État le rejet de sa demande de décharge d'impôt, un des moyens du contribuable était de mettre en doute le calcul des redressements du vérificateur, notamment eu égard aux ventes à l'essai qu'aurait conclu la société requérante et dont la comptabilisation ne peut se faire que lorsque la condition suspensive est réalisée, comme le rappelle le Conseil d'État en faisant référence à l'article 1588 du code civil[203]. Le Conseil d'État a pu accueillir un moyen fondé sur la violation de l'article 1134 du code civil[204] dans le cadre d'un litige entre une société privée et le conseil supérieur de l'audiovisuel à propos d'une convention portant sur la programme et dont l'annulation partielle était demandée[205]. Dans un avis en date du 6 décembre 2002[206], le Conseil d'État précise quel est l'office du juge administratif vis à vis de la transaction, prévue par l'article 2052 du code civil[207]. Faisant application des dispositions relatives à la vente, le Conseil d'État a annulé un arrêt d'une cour administrative d'appel refusant la décharge d'imposition au motif que l'administration fiscale ne démontrait pas que les vins concernés n'avaient pas fait l'objet d'une individualisation suffisante pour que leur propriété puisse être regardée

---

[202] CE, 29 oct. 2004, n°269814, Sueur, Rec. 393, concl. Casas, RFDA p. 1103, concl., AJDA 2004, p. 2383, chron. Landais et Lenica, BJCP 2005/38, p. 65, concl., Contrats et marchés publ. 2004, n° 249, note Eckert ; v. également ; CE, 15 juil. 2004, n°235053, Synd. Intercommunal d'alimentation en eau des cnes de la Seyne et de la région est de Toulon, Rec. 345 ; JCP A 2004, n° 1532, note Séners ; AJDA 2004. 1698, chron. Landais et Lenica ; RDI 2004. 409, étude Flamand-Lévy ; RFDA 2004. 895, concl. de Silva ; CE, 26 nov. 2007 n°266423, Sté les travaux du midi, Rec. 450 ; AJDA 2007. 2285 ; BJCP 2008. 24, concl. D. Casas.

[203] CE, 24 sept. 2003, n°237115, Sté éditions Godefroy, Rec. 86 ; Dr. fisc. 2004, comm. 258, concl. Bachelier ; RJF 2003, n°1352 ; BDCF 2003, n°148, avec concl.

[204] L'article 1134 du code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » est devenu l'article 1103 suite à la réforme du droit des contrats et des obligations : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

[205] CE, 9 fév. 2005, n° 265869, Sté Canal Calédonie, Rec. 35, Legipresse 2005, n° 223-I-99 ; v. également ; CE, 29 juin 2001, n°222600, Berton, Rec. 296, RJS 2001, n° 1369, AJDA 2001, p. 648, chron. M. Guyomar et P. Collin ; CJEG 2002, p. 84, concl. S. Boissard ; CJEG 2002, p. 94, note N. Maggi-Germain ; CE, 9 fév. 2005 n°264712, Assoc. transparence et moralité marchés publics ; Rec. 71 ; AJDA 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 107, note G. Eckert ; Dr. adm. 2005, comm. 62, note A. Ménéménis ; CE, 11 juill. 2001 n°224586, CE 11 juill. 2001,nos 224586, 225123 à 225125, Medef, Rec. 363 ; RDSS 2001. 867, note C. Willmann.

[206] CE, avis, 6 déc. 2002, n°249153, Synd. intercommunal des Ets du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses, Rec. 433 ; ADJA 2003. 280, chron. F. Donnat et D. Casas ; RFDA 2003. 291, concl. G. Le Chatelier ; *ibid*. 302, note B. Pacteau ; BJCP 2003, n°26, p. 54.

v. également : CE, 30 janv. 2008 n°299675, Ville de Paris, Rec. 21 ; AJDA 2008. 281 K; BJDU 2008. 50, concl. Courrèges, obs. J.-C. B. ; RFDA 2008. 416 ; CE, 11 sept. 2006 n°255273, Cne Théoule-sur-mer, Rec. 395 ; AJDA 2006. 2125, note Dreyfus ; Gaz. Pal. 2007. 29, note du Marais.

[207] « Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion ».

comme ayant été transféré, conformément aux articles 1583[208], 1585[209] et 1587[210] du code civil[211].

2° Le droit pénal et libertés individuelles

157. Application des principes issus du droit pénal - Le juge administratif peut être conduit à appliquer des principes issus du droit pénal comme des dispositions du code pénal ou du code de procédure pénale. Parmi ces cas d'application, figure le droit des sanctions administratives, qui, bien qu'empruntant au régime général des actes administratifs, est aujourd'hui largement influencé par les principes du droit pénal. La répression administrative est entourée de mesure de sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis. Le juge administratif est également compétent pour connaître de tout ce qui touche au fonctionnement administratif du service public pénitentiaire et à ce titre, applique certaines dispositions pénales, à l'occasion, par exemple, de contestations relatives à l'affectation d'un détenu dans tel ou tel établissement pénitentiaire[212] ou quartier d'un établissement pénitentiaire[213], de décisions prises pour la gestion de ses biens pendant la durée de la détention[214]. Peut encore être évoqué le contentieux de la contravention dite de « grande voirie » relevant de la compétence du juge administratif, qui dispose dans cette hypothèse, d'un pouvoir répressif[215]. Coutumier de l'interprétation de certaines dispositions du droit civil, le juge administratif peut également être amené à connaître des litiges impliquant des dispositions ou des principes issus du droit pénal.

158. Libertés individuelles – En vertu de l'article 66 de la Constitution, le juge judiciaire est gardien de la liberté individuelle et, selon l'article 136 du code de

---

[208] « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

[209] « Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement ».

[210] « A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ».

[211] CE, 21 déc. 2001, SA L'Héritier Guyot, Rec. 62 ; Dr. fisc. 2002. 290, concl. Séners ; RJF 2002. 268.

[212] CE, 8 déc. 1967, n°69544, Sieur Kayanakis, Rec . 475.

[213] T. confl., 4 juill. 1983, n°02289, Caillol, Rec. 541 ; AJDA 1984, p. 72, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue ; D. 1983, jurispr. p. 587, note S. Regourd.

[214] CE, 6 juin. 2007, n°287176, Garnier, Rec. 653 ; AJDA 2007. 1160 ; JCP Adm. 2007. Actu. 594, chron. M.-C. Rouault.

[215] v. n°140 et s.

procédure pénale *:* « dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents ». Pourtant, l'évolution du rôle du juge administratif, notamment vis à vis de la protection des libertés, a poussé certains commentateurs à qualifier le juge judiciaire de gardien non-exclusif des libertés[216]. Nombreuses sont les libertés attachées à la personne qui sont désormais protégé par le juge administratif et pour éviter que l'article 66 ne soit méconnu, le Conseil Constitutionnel a restreint le champ des libertés individuelles. Bien que les libertés que défend le juge administratif ne soient plus considérées comme des libertés individuelles, elles n'en demeurent pas moins des libertés attachées à la personne. L'un des exemples les plus éloquent est sans doute celui relatif aux contentieux du droit des étrangers où le moyen relatif à la liberté d'aller et venir est souvent invoqué devant le juge administratif. Si le contentieux civil et pénal est loin d'être inconnu au juge administratif, il est également familiarisé avec le droit économique et social[217].

B / Juge administratif, droit économique et social

159. Le juge administratif connaît des litiges impliquant l'application de dispositions rattachées au droit économique (1°) et au droit social (2°).

1° Le droit de la consommation et de la concurrence

160. Le droit de la consommation (a) et de la concurrence (b), initialement appliqués par le juge judiciaire, sont dorénavant des branches du droit connues du juge administratif.

a) Le droit de la consommation

161. Le droit de la consommation a longtemps été rattaché au juge judiciaire qui en était le juge naturel. Par l'action des juridictions administratives elles-mêmes, ce droit se trouve dorénavant appliqué par les juges des deux ordres juridictionnels. Depuis

[216] J. Normand, Le juge judiciaire, gardien non-exclusif des libertés. Le cas des étrangers, RTD civ. 1996, p. 235.
[217] v. n°350 et s.

l'arrêt Société des eaux du nord[218] le juge administratif a accepté de contrôler la légalité d'un acte administratif au regard des dispositions du droit de la consommation. En l'espèce, l'usager d'un service des eaux avait engagé une instance devant le juge civil pour obtenir la condamnation du gestionnaire du service des eaux à réparer le dommage causé par la rupture de son branchement particulier. Cette responsabilité était cependant exclue par l'article 12 du règlement du service de distribution d'eau, selon lequel « le client abonné aura à sa charge toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de l'existence de ces parties du branchement, sauf s'il apparaissait une faute du service des eaux ». Le Conseil d'État, saisi d'une question préjudicielle relative à la légalité de cette disposition vise l'article L. 132-1 du code de la consommation et reproduit son contenu dans les motifs de sa décision. Il se prononce sans ambiguïté pour l'application directe des dispositions du droit de la consommation relatives aux clauses abusives. La clause contenu dans le contrat qui lie l'usager et le gestionnaire du service des eaux est considérée comme abusive dans la mesure où elle fait supporter à l'usager des dommages dont il ne serait pas à l'origine, sans avoir la possibilité de prouver la faute de l'exploitant. Le Conseil d'État déclare la clause illégale en vertu de l'article L.132-1 du code de la consommation et condamne la Société des eaux du nord.

162. Il en résulte l'application du droit de la consommation aux personnes publiques pour toutes leurs activités et leurs mesures entrant dans les différents champs d'application de cette matière. Cette nouvelle application du code de la consommation par le juge administratif est liée à plusieurs considérations. D'une part, elle s'explique par la volonté du juge administratif de protéger sa compétence juridictionnelle. C'est un dénominateur commun dans bon nombre de cas où le juge administratif prend l'initiative d'appliquer le droit privé dans un contentieux porté devant lui. Antérieurement à la décision Société des eaux du nord, le juge judiciaire ne déclinait pas sa compétence au profit du juge administratif, en qualifiant les dispositions règlementaires de contractuelles. Le raisonnement suivi par les juridictions civiles revenait à considérer que des actes administratifs unilatéraux sont, en raison de leur contenu, des contrats de droit privé. Or, selon une jurisprudence bien établie du Conseil d'État, les clauses du contrat d'exploitation du service public relatives à l'organisation même du service public ont un effet réglementaire à l'égard des usagers. D'autre part, le lien d'obligation qui lie un usager avec un service public industriel et commercial présente une grande similitude avec la relation entre consommateur et professionnel. Cette analogie de situation justifie

[218] CE ,11 juil. 2001, n°221458, Société des eaux du nord, Rec. 348 ; AJDA 2001. 857; AJDA 2001. 853, Chron. M. Guyomar et P. Collin; AJDA 2001. 893, note G. J. Guglielmi ; D. 2001. 2810, Chron. J. Amar; RTD civ. 2001. 878, obs. J. Mestre et B. Fages; RTD com. 2002. 51, obs. G. Orsoni ; BJCP 2001, n°19, p. 519, concl. Bergeal; CJEG 2001. 496, concl. Bergeal; ACCP 2001, n°3, p. 15, note S. Nicinski.

l'application du droit de la consommation.

163. Ce mouvement jurisprudentiel initié par le juge administratif dans l'application du droit de la consommation rend la répartition des compétences entre les juges des deux ordres plus complexe encore. La règle selon laquelle la « compétence suit le fond » trouve encore ici, à travers le droit de la consommation, une nouvelle atténuation. Indépendamment de l'applicabilité du droit de la consommation au litige, la question de la compétence contentieuse est réglée au regard de la question posée au juge. S'il s'agit de contester la légalité d'un acte administratif, la compétence du juge administratif est alors acquise. Le juge judiciaire est compétent pour statuer sur tout litige né d'un contrat de droit privé mais devra toutefois surseoir à statuer et poser une question préjudicielle dès lors qu'au sein du contrat, est critiquée la légalité d'une clause réglementaire. Le juge administratif sera quant à lui, compétent pour tout contrat administratif ou tout recours direct contre une clause réglementaire ou un de ses actes d'exécution en application des jurisprudences Cayzeele[219].

164. Les difficultés se poursuivent également au sein de chaque ordre juridictionnel et s'il ne fait aucun doute que les dispositions consuméristes trouvent à s'appliquer en présence d'un service public industriel et commercial, la question se pose toujours en matière de service public administratif. L'applicabilité ne dépend pas de la nature du service mais de l'existence de relations contractuelles entre l'usager et le service. C'est dans la mesure où les usagers des services publics administratifs sont considérés comme étant dans une situation légale et règlementaire qu'ils ne bénéficient pas de la protection du droit des clauses abusives. Il y a une discussion sur le sujet en l'absence de jurisprudence qui viendrait imposer une solution. Une partie de la doctrine semble prendre parti pour une absence de soumission des services publics administratifs justement en raison de son caractère administratif. Cette position pourrait néanmoins être nuancée en raison du caractère de plus en plus artificiel de la distinction entre le service public administratif et le service public industriel et commercial, qui ne correspond pas à la dialectique européenne activité économique/non économique.

165. Un litige qui trouve sa source dans l'application d'un service public industriel et commercial peut donner lieu à la compétence du juge administratif ou judiciaire selon les questions posées. Si un le contrat existant entre l'usager et un service public

[219] CE, ass., 10 juil. 1996, n°138536, Cayzeele, Rec. 274 ; CJEG 1996. 382, note Terneyre ; AJDA 1996. 807, chron. Chauvaux et Girardot ; LPA 18 déc. 1996, note Viviano.

industriel et commercial revêt en grande partie des caractéristiques de droit privé, il existe pourtant des éléments qui restent de nature règlementaire. Il en est ainsi, par exemple, des règlements de service. Les tentatives judiciaires de requalification du règlement de service en contrat étaient bien sûr contraires au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Elles avaient néanmoins l'avantage de la cohérence, en ne faisant pas varier la nature de l'acte contrôlé selon qu'il s'agit de l'applicabilité du droit des clauses abusives ou de la compétence juridictionnelle. La jurisprudence du Conseil d'État n'a pas ce mérite. D'acte administratif unilatéral concernant la compétence juridictionnelle, le règlement de service devient contrat lorsque se pose la question de l'applicabilité du droit des clauses abusives.

166. C'est pourtant bien au contrat que l'article L.132-1 du code de la consommation fait pourtant référence. D'un côté, le juge administratif affirme sa compétence sur le fondement des dispositions règlementaires contenues dans le contrat entre usager et service public industriel et commercial. Et, paradoxalement, il fait application de l'article L.132-1 du code de la consommation à ces dispositions règlementaires alors que la lettre du texte fait référence aux dispositions contractuelles. L'intégration des dispositions relatives aux clauses abusives apparait alors comme contradictoire et confuse. Dans son commentaire sous l'arrêt Société des eaux du Nord[220], Guillaume Lazzarin a suggéré de fonder ce raisonnement sur une assimilation entre contrat et clause règlementaire, ce qui expliquerait l'application de l'article L.132-1 du code de la consommation par le juge administratif. Outre la volonté de faire bénéficier les usagers du service public des dispositions consuméristes, la contradiction dans l'application de l'article L.132-1 du code de la consommation trahit les motivations du juge administratif, qui sont de conserver sa compétence juridictionnelle. Au final, la dualité de juridiction tend à créer des incohérences, car elle se trouve mal adaptée à l'application de certaines branches du droit, comme le droit de la consommation. Le juge administratif a également fait preuve d'une grande adaptation lorsqu'il s'est agit d'appliquer le droit de la concurrence aux personnes morales de droit public.

b) Le droit de la concurrence

167. Si habituellement, en matière de répartition de compétence, il est courant de considérer tel ou tel juge comme le « juge naturel » d'une matière, il en est autrement concernant le droit de la concurrence, comme du droit de la consommation. Ces

[220] G. Lazzarin, L'application du droit de la consommation aux services publics, Les contradictions de la jurisprudence Société des eaux du Nord, RFDA 2011, p.591.

domaines ne sont pas exclusivement réservés au juge judiciaire ou au juge administratif, il appartient à chacun d'eux. L'application de l'ordonnance de 1986[221] aux personnes publiques a donné lieu à une jurisprudence abondante pour déterminer la compétence respective des deux ordres de juridiction.

168. L'objectif de ces règles est de protéger le libre jeu de la concurrence tel qu'il est visé à l'article L.410-2 du code de commerce : « Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ». L'article L.410-1 du code de commerce définit le champ d'application du droit de la concurrence et prévoit clairement son application aux personnes dans le cadre de leurs activités de production, de distribution et de services, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. Le critère d'applicabilité des règles de concurrence est extrêmement large puisqu'il englobe toute activité de production, de distribution ou de services et n'exclut, *a priori*, aucun secteur d'activité. L'application aux personnes publiques prévu par l'article L.410-1 du code de commerce ne doit pas étonner dans la mesure où elles n'agissent plus exclusivement dans le cadre de leurs prérogatives de puissance publiques, mais bel et bien comme des opérateurs privés, notamment quand elles gèrent des services publics industriels et commerciaux. Lorsqu'elles se livrent à des activités de production, de distribution et de service, les personnes publiques édictent des actes administratifs qui peuvent entrer en conflit avec le libre jeu de la concurrence.

169. Des difficultés sont apparues quant à l'application de ce texte et plus précisément s'agissant de son champ d'application, qui conditionne la compétence du juge administratif. La détermination de la portée de ce texte a donné lieu à une jurisprudence abondante pour résoudre le problème de la limite de la compétence du juge judiciaire au regard des actes administratifs dans le cadre du contentieux relatif au droit de la concurrence. Il s'agissait de savoir quels étaient les actes administratifs qui relevaient, malgré la compétence du juge judiciaire, de la compétence exclusive du juge administratif, telle qu'affirmée par la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987[222].

---

[221] Ord. n°86-1243 du 1er déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ; v. notamment : N. Charbit, Le Conseil d'État, juge de la concurrence, Revue Lamy droit des affaires, 2001, n°42, p.11 ; G. Clamour et S. Destours, 20 ans de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, Revue Lamy de la concurrence, 2007, n°10, p.111 ; S. Destours, La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence, Litec, 2002.

[222] Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Rec. 8 ; AJDA 1987. 345, note J. Chevallier ; D. 1988. 117, note F. Luchaire ; Gaz. Pal. 18 mars 1987, note C. Lepage-Jessua ; JCP 1987. I, n° 3200, chron. R. Drago

170. Ce fut le Tribunal des Conflits qui inaugura ce processus jurisprudentiel en précisant les limites de la compétence judiciaire en matière de concurrence dans sa décision du 6 juin 1989 connue sous le nom de « Ville de Pamiers[223] ». Le Conseil Municipal de Pamiers a résilié le contrat de gérance liant la ville à la Société d'exploitation et de distribution d'eau (SAEDE) et conclut un contrat d'affermage avec la société lyonnaise des eaux (SLE). La SAEDE saisi le Conseil de la concurrence pour faire constater la nullité du contrat d'affermage et fait valoir que ce contrat devait être déclaré nul en raison de pratiques anticoncurrentielles qui auraient précédé sa signature. La SAEDE a déféré la décision de rejet à la cour d'appel de Paris qui a rejeté le déclinatoire de compétence déposé par le préfet. Suite à ce rejet, le préfet a pris un arrêté de conflit. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Bernard Stirn, s'est référé à l'article 53 de l'ordonnance afin de déterminer sa portée. Il a souligné que ces dispositions ne peuvent pas avoir pour effet d'étendre la compétence judiciaire en donnant une portée qui enfreindrait les principes rappelés par le Conseil constitutionnel. Il ajoute que les personnes publiques ne sont pas affranchies des exigences de la libre concurrence. Lorsqu'elles accomplissent des activités de production ou de distribution, elles agissent dans un cadre de droit privé et sont alors soumises au droit commun en la matière, sous le contrôle du juge judiciaire. La compétence judiciaire cesse lorsqu'elles font usage de leurs prérogatives de puissance publique dont elles disposent pour l'accomplissement de leurs missions de service public.

171. Le Tribunal des conflits a suivi ces conclusions et a posé les limites de la compétence de la cour d'appel de Paris en estimant qu'il résulte de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques que lorsque celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution ou de services. En se fondant sur les dispositions de l'article 53 de l'ordonnance, il délimite la compétence de la cour d'appel de Paris à la lumière des principes dégagés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987[224]. La cour d'appel de Paris n'est juge que des décisions du Conseil de la concurrence, dont le contrôle ne porte que sur des agissements ou des pratiques anticoncurrentielles auxquels se livrent des opérateurs économiques, qu'ils soient de droit public ou de droit privé. En revanche, si c'est un acte administratif qui est contesté, seule la juridiction administrative a compétence pour en apprécier la légalité. Par conséquent, le Tribunal des conflits ne fait que s'en tenir aux principes

---

et n° 20854, note J.-F. Sestier ; RA 1988. 29, note J.-M. Sorel ; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet ; RFDA 1987. 287, note B. Genevois.

[223] T. confl., 6 juin 1989, n°02578, Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris c/ CA Paris (aff. dite Ville de Pamiers), Rec. 293 ; RFDA 1989. 459, concl. B. Stirn ; AJDA 1989. 431, chron. E. Honorat et E. Baptiste et 467, note M. Bazex.

[224] Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *op. cit.*, p.78.

rappelés par le Conseil Constitutionnel sur la compétence du juge administratif. Pourtant, cette solution est loin de régler tous les problèmes de compétence susceptibles d'apparaitre.

172. Dans un premier temps, le Conseil d'État a développé une interprétation qui a pu être considérée comme restrictive de la décision Ville de Pamiers du Tribunal des conflits en liant la compétence de la juridiction administrative et l'inapplicabilité des règles fixées par l'ordonnance de 1986 [225]. Les juridictions administratives appliquaient la jurisprudence du Tribunal des Conflits de façon restrictive, car la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence génère des contraintes importantes liées à la préservation de la libre concurrence. Cela induit un bloc de normes supplémentaires que le juge administratif devra contrôler lorsqu'il apprécie la légalité de l'acte administratif.

173. Par la décision du 3 novembre 1997 « Société Million et Marais[226] », le Conseil d'État fait application de l'ordonnance de 1986, ce que la doctrine n'a pas manqué de relever en prenant acte de l'applicabilité de l'ordonnance de 1986, qui fait désormais partie des dispositions dont le respect conditionne la légalité des actes administratifs, unilatéraux autant que contractuels[227]. Le Conseil d'État était saisi par le juge judiciaire d'une question préjudicielle dans un litige relatif à un contrat de concession conclu entre la ville de Sens et la société de Pompes funèbres générales, dans le cadre du monopole antérieur à la loi n° 92-23 du 8 janvier 1993 qui a supprimé le monopole communal. Le Conseil d'État a rendu trois arrêts à la suite de questions préjudicielles soulevées par l'autorité judiciaire. Trois cours d'appel, saisies de litiges commerciaux, ont sursis à statuer jusqu'à ce que le juge administratif se soit prononcé sur la légalité de contrats de concession du service extérieur des pompes funèbres dans trois communes. À cette occasion, le Conseil d'État a rappelé qu'il lui appartenait de trancher les seules questions posées dans le jugement de renvoi du juge judiciaire. Il a statué sur la légalité des contrats litigieux en se prononçant notamment sur les moyens tirés de « la méconnaissance des règles de la concurrence, tant communautaires qu'internes ». Les décisions postérieures à celle « Société millions et marais » s'inscrivent dans cette tendance et étendent l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes réglementaires.

---

[225] CE, 23 juil. 1993, n°235398, Cie gén. eaux et Cne de Saint- Paul, Rec. 680 ; BJCL 2003. 824, concl. Lamy ; ACL 2004, n°82.

[226] CE, sect., 3 nov. 1997, n° 169907, Sté Million et Marais, Rec. 406 ; RFDA 1997. 1228, concl. Stahl ; AJDA 1997. 945, chron. Girardot et Reynaud ; AJDA 1998. 247, note Guézou ; RD publ. 1998. 256, note Gaudemet ; ACL 1998, n°28.

[227] M. Long, P. Weil, G. Braibant et alii ; Grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20 éd., Dalloz, Paris, 2015, p. 725.

174. Dans l'affaire « Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris » jugée le 17 décembre 1997[228], le Conseil d'État examine pour la première fois la conformité d'un acte réglementaire d'organisation du service public au regard de l'ordonnance. Près de trois mois après, cette évolution était suivie d'une seconde étape avec l'arrêt Union hospitalière privée en date du 1er avril 1998. Dans cette affaire, le Conseil d'État a également procédé à l'examen d'un décret au regard de l'article 8 de l'ordonnance, mais tout en rejetant de nouveau le grief d'abus de position dominante. Les difficultés rencontrées dans la détermination des compétences de chacun des deux juges se poursuivent lorsqu'il est question de l'application respective par ces mêmes juges, du droit social.

2° Le droit social

175. Licenciement des salariés protégés - Les salariés protégés sont une catégorie de salariés qui bénéficient d'une protection supplémentaire liée à leurs fonctions et particulièrement lorsqu'ils font l'objet d'une procédure de licenciement. Les salariés concernés par cette protection figurent à l'article L.2411-1 du code du travail[229], sont visés une vingtaine de types de salariés, parmi lesquels figurent entre

---

[228] CE 17 déc. 1997, n° 181611, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, Rec.491 ; AJDA 1998. 362, note B. Nouel et concl. J.-D. Combrexelles ; S. Boussard, L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public par nature », RFDA 2008. 43.

[229] Bénéficie de la protection contre le licenciement prévue par le présent chapitre, y compris lors d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, le salarié investi de l'un des mandats suivants : 1° Délégué syndical ; 2° Délégué du personnel ; 3° Membre élu du comité d'entreprise ; 4° Représentant syndical au comité d'entreprise ; 5° Membre du groupe spécial de négociation et membre du comité d'entreprise européen ; 6° Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société européenne ; 6° bis Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société coopérative européenne ; 6° ter Membre du groupe spécial de négociation et représentant au comité de la société issue de la fusion transfrontalière ; 7° Représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ; 8° Représentant du personnel d'une entreprise extérieure, désigné au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un établissement comprenant au moins une installation classée figurant sur la liste prévue à l'article L. 515-36 du code de l'environnement ou mentionnée à l'article L. 211-2 du code minier ; 9° Membre d'une commission paritaire d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en agriculture prévue à l'article L. 717-7 du code rural et de la pêche maritime ; 10° Salarié mandaté, dans les conditions prévues à l'article L. 2232-24, dans les entreprises dépourvues de délégué syndical ; 11° Représentant des salariés mentionné à l'article L. 662-4 du code de commerce ; 12° Représentant des salariés au conseil d'administration ou de surveillance des entreprises du secteur public, des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions ; 13° Membre du conseil ou administrateur d'une caisse de sécurité sociale mentionné à l'article L. 231-11 du code de la sécurité sociale ; 14° Membre du conseil d'administration d'une mutuelle, union ou fédération mentionné à l'article L. 114-24 du code de la mutualité ; 15° Représentant des salariés dans une chambre d'agriculture, mentionné à l'article L. 515-1 du code rural et de la pêche maritime ; 16° Conseiller du salarié inscrit sur une liste dressée par l'autorité administrative et chargé d'assister les salariés convoqués par leur employeur en vue d'un licenciement ; 17° Conseiller prud'homme ; 18° Assesseur maritime, mentionné à l'article 7 de la loi du 17 décembre 1926 relative à la répression en matière maritime ; 19° Défenseur syndical mentionné à

autres, les délégués du personnels, les délégués syndicaux, les conseillers prud'homaux (…). Cette protection est d'ordre public et ne peut faire l'objet d'une renonciation par avance de la part du salarié. Pour chacun des salariés protégés, le licenciement est soumis à une autorisation administrative délivrée par l'inspecteur du travail. Le juge administratif dispose en la matière d'une compétence strictement limitée, il connaît des contestations relatives à l'autorisation ou au refus d'autorisation du licenciement d'un salarié protégé émis par l'inspecteur du travail. Le juge administratif connaît des autorisations administratives de licenciement des salariés protégés, tels que les délégués du personnel[230], les membres du Comité d'entreprise[231] ou encore les délégués syndicaux[232], ainsi que ses refus d'accorder de telles autorisations. En raison de l'examen de la régularité de la procédure de licenciement par l'inspecteur du travail, représentant l'autorité administrative, c'est le juge administratif qui connaît des contestations découlant de l'autorisation ou du refus d'autorisation. En vertu de la séparation des pouvoirs le juge administratif est seul compétent pour statuer sur les recours contre l'autorisation ou le refus de licencier émise pas une autorité administrative, qu'il s'agisse de l'inspecteur du travail ou de son supérieur hiérarchique, le ministre du travail. Même si le juge judiciaire reste compétent en ce qui concerne le contentieux relatif à la rupture du contrat, lorsque le juge statue sur une autorisation ou un refus d'autorisation de licenciement, il apprécie indirectement les motifs liés au licenciement du salarié protégé.

176. Plan de sauvegarde de l'emploi - La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a réformé la procédure applicable aux licenciements économiques de plus de dix salariés dans une période de trente jours. Le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) qui doit être élaboré préalablement à ces licenciements fait désormais l'objet d'un contrôle administratif préalable. Selon les termes de l'article L1235-7-1 du code du travail[233], le contenu de ce plan relève, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. Le Conseil d'État a précisé, à l'occasion de plusieurs affaires[234], la nature

---

l'article L. 1453-4 ; 20° Membre de la commission mentionnée à l'article L. 23-111-1.

[230] C. trav. art. L425-1 à L425-3.

[231] C. trav. art. L.436-1 à L.425-3.

[232] C. trav. art. L412-18 à L.412-19 et R.412-5 à R.412-6.

[233] « L'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4. Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux ».

[234] CE, ass., 22 juil. 2015, n°s 385668 et 386496, Sté pages jaunes (à paraître) ; AJDA 2015. 1444, et 1632, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe; RDT 2015. 514, concl. G. Dumortier, et 528, étude F.

du contrôle auquel doit se livrer l'administration dans ce type de contentieux. Dans un contexte où se développent des interférences entre la compétence des juges administratifs et judiciaires, le Conseil constitutionnel comme le Tribunal des conflits ont développé une jurisprudence permettant d'éclaircir la répartition des compétences entre les juges des deux ordres juridictionnels[235].

SECTION 2 : LES EFFORTS D'ADAPTATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DU TRIBUNAL DES CONFLITS

177. La jurisprudence du Conseil Constitutionnel a permis de clarifier la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires (Paragraphe 1) tandis que le Tribunal des conflits a dégagé plusieurs critères permettant de s'adapter aux difficultés liées à l'érosion du droit public et du droit privé (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 La jurisprudence du Conseil Constitutionnel

178. Par le biais de sa jurisprudence, le Conseil Constitutionnel a précisé le champ de compétence du juge administratif (A) et s'est prononcé en faveur d'une conception souple et réaliste de la dualité juridictionnelle (B).

A / La démarche éclairante du Conseil Constitutionnel

179. Avec sa décision « Conseil de la concurrence », le Conseil constitutionnel a clarifié la valeur de la loi des 16 et 24 août 1790 et le champ de compétence du juge administratif (1°). Cette décision ainsi que la jurisprudence du Conseil constitutionnel ont permis de consolider la juridiction administrative (2°).

Géa.**;** CE, 22 juil. 2015, n°385816, Sté Heinz France, (à paraître) JCP S 2015, 1346, note J. Martinez et J.-J. Giudicelli **;** CE, 22 juil. 2015, n°383481, Syndicat CGT de l'Union locale de Calais et environs ; RDT 2015, p. 514, concl. G. Dumortier, p. 528 note F. Géa.

[235] V. n°361

1° La valeur de la loi des 16 et 24 août 1790 et la réserve constitutionnelle de compétence au profit du juge administratif

180. Décision « Conseil de la concurrence » - Dans sa décision 23 janvier 1987[236], le Conseil constitutionnel a fait référence au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires et a pris le soin d'énoncer que les dispositions de l'article 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III n'avaient pas, en elles-mêmes valeur constitutionnelle. Au premier abord, cette décision a quelque chose de paradoxal en ce qu'elle mentionne que lesdites dispositions, qui sont pourtant à l'origine de notre organisation juridictionnelle, n'ont pas, en elles-mêmes, valeur constitutionnelle. Au regard des conséquences et de l'importance toujours actuelles que revêtent ces dispositions dans la répartition actuelle des compétences, pourquoi le Conseil constitutionnel ne leur a-t-il pas reconnu une valeur constitutionnelle ? Ce refus peut s'expliquer de deux manières, d'une part, l'existence de la dualité juridictionnelle n'est en réalité que la conséquence indirecte de l'interprétation des dispositions de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III. D'autre part, il est fort probable que le Conseil constitutionnel n'ait pas souhaité donner une telle valeur à ces dispositions afin de ne pas « paralyser » le système juridictionnel français avec une rigidité excessive. Par le biais de cette même décision, le Conseil constitutionnel a également consacré une réserve de compétence à l'égard du juge administratif. Cette réserve prévoit une exclusivité de compétence à l'égard d'une partie du contentieux des actes administratifs. Au delà, la solution dégagée présente des intérêts qui dépassent le simple cadre de la répartition des compétences.

2° Une jurisprudence aux multiples bénéfices

181. Le considérant de principe de cette solution a d'abord permis de protéger constitutionnellement une partie des compétences du juge administratif et d'une manière générale, il représente une forme de reconnaissance à l'égard la juridiction administrative, qui ne dispose pas, contrairement à l'autorité judiciaire, de dispositions protectrices figurant dans la Constitution.
S'agissant des juridictions administratives, et au delà de la décision n°86-224 précitée, le Conseil constitutionnel a su la hisser au rang de véritable juridiction en

[236] Cons. const., 23 janv. 1987, n°86-224 DC, *op. cit.*

garantissant son existence et son indépendance[237]. Cette solution renforce la sécurité juridique en ce qui concerne le statut de la juridiction administrative et surtout, des règles de répartition de compétence. Dans son rapport public de 2006[238], le Conseil d'État a défini la sécurité juridique comme un principe qui « implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ». Guidé par les exigences de clarté et d'intelligibilité de la loi[239] découlant du principe de sécurité juridique, le Conseil constitutionnel facilite ainsi aux justiciables le choix du juge compétent par la détermination d'un bloc de compétence dévolu au juge administratif. Le raisonnement suivi aboutit à un équilibre en consacrant, même partiellement, des compétences reconnues au juge administratif tout en permettant de déroger à la répartition classique des compétences pour des motifs de bonne administration de la justice.

B/ Une conception assouplie et réaliste de la dualité juridictionnelle

182. À travers la célèbre décision « Conseil de la concurrence[240] », le Conseil constitutionnel a opté pour une conception souple de la dualité juridictionnelle en délimitant strictement le champ de compétence du juge administratif (1°) et en permettant, sous certaines conditions, de déroger aux règles de répartition des compétences (2°).

---

237 Cons. const., déc. 22 juil. 1980, n°80-119 DC, Loi portant validation d'actes administratifs, Rec. CC. 46 ; confirmée par Cons. const., déc. 28 juil. 1989, n°89-261 DC, loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France, Rec. CC. 81.

238 CE, Rapport public : Sécurité juridique et complexité du droit, La documentation française, 2006, p.32.

239 Le Conseil constitutionnel reconnaît, dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi habilitant le gouvernement à procéder par voies d'ordonnances à l'adoption de certains codes, Rec. CC. 136, valeur constitutionnelle à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

240 Const. const., décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Rec. 8 ; AJDA 1987. 345, note J. Chevallier ; D. 1988. 117, note F. Luchaire ; Gaz. Pal. 18 mars 1987, note C. Lepage-Jessua ; JCP 1987. I, n° 3200, chron. R. Drago et n° 20854, note J.-F. Sestier ; RA 1988. 29, note J.-M. Sorel ; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet ; RFDA 1987. 287, note B. Genevois.

1° L'instauration d'une réserve constitutionnelle de compétence partielle au profit du juge administratif

183. Le Conseil constitutionnel n'a consacré qu'une partie du champ des compétences que connaît réellement le juge administratif :

- ne sont inclus, d'abord, que les contentieux de l'annulation ou de la réformation des actes et non les contentieux de la responsabilité, de la répression, de l'interprétation ou de l'appréciation de validité ;
- ne sont concernés, en outre, que les actes de certaines personnes ou autorités publiques limitativement énumérées (au sein de l'État, les autorités exerçant le pouvoir exécutif et leurs agents et, au niveau décentralisé, les collectivités territoriales et les organismes publics placés sous leur contrôle), les actes des personnes privées chargées d'une mission de service public n'étant ainsi nullement couverts par la réserve constitutionnelle de compétence ;
- enfin, seuls les actes pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique font l'objet de la garantie constitutionnelle, alors que le Tribunal des conflits et le Conseil d'État avaient traditionnellement soumis à la compétence de la juridiction administrative nombre de contentieux dans lesquels n'était en cause l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique, mais plutôt celui d'une mission de service public[241].

184. Le Conseil constitutionnel a consacré ce noyau dur de compétence tout en laissant subsister une part de souplesse en ce qui concerne les contentieux ne relevant pas des hypothèses limitativement énumérées. Pour poser cette réserve de compétence, le Conseil constitutionnel s'est basé sur les éléments caractérisant l'action administrative, totalement inconcevable en droit privé. Ce sont naturellement les notions « d'acte administratif », de « prérogative de puissance publique » qui sont retenues par le conseil constitutionnel. Cette reconnaissance *a minima* reflète une conception stricte du contentieux administratif. Conscient du risque que pouvait représenter une reconnaissance trop large pour le fonctionnement du système juridictionnel, le Conseil constitutionnel a fait preuve de pragmatisme. Le risque dans la cristallisation d'une réserve de compétence trop large peut donner lieu à un système de répartition des compétences trop rigide et inadapté, compte tenu de l'imbrication progressive des branches du droit.

241 J-cl Adm. fasc. 1045 : compétence administrative ou judiciaire v° Base de répartition, n°16 et s.

2° La possibilité de déroger aux règles de répartition des compétences

185. Le Conseil constitutionnel a, dans un second temps, permis une certaine atténuation aux règles de répartition des compétences en faisant prévaloir le principe de bonne administration de la justice. Ce principe constitue « un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration de 1789[242] » et « commande (...) l'exercice d'une voie de recours appropriée assure la garantie effective des droits des intéressés[243] ». Principe assez flou quant à sa définition[244], son application conduit à mettre en balance les règles de répartition des compétences avec les nécessités induites par la bonne administration de la justice. Il s'agit précisément de la possibilité d'un aménagement précis et limité des règles de compétence juridictionnelle, justifié par les nécessités d'une bonne administration de la justice[245]. Cet aménagement permet, 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[246] . Certains auteurs, tel que Jacques Robert, voient dans la bonne administration plusieurs acceptions. Au sens étroit du terme, il s'agirait d'un un objectif à atteindre, une finalité que servirait l'emploi de moyens techniques appropriés et au sens large, un ensemble de critères et conditions que doit remplir toute justice pour être bien administrée[247] . En somme, il s'agit d'un principe (même s'il ne fait l'objet d'aucune reconnaissance en tant que tel[248]) utilisé comme correctif pour déroger aux règles classiques de compétence ou unifier un contentieux dans le but de faciliter l'application et la compréhension des règles de droit. Défini de cette manière, le principe de bonne administration se rapproche plutôt d'une notion fonctionnelle que d'une notion conceptuelle[249].

---

242 Cons. const., déc., 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, Rec. CC. 252.

243 Cons. const., déc., 28 juill. 1989 n° 89-261 DC, *op. cit.*

244 H. Apchain, Retour sur la notion de bonne administration de la justice, AJDA, 2012, n°11, p.587.

245 Cons. Const., déc., 16 juill. 1996, n°96-379 DC, Loi organique relative à la LFSS, Rec. CC. 95 ; RJC I-679 ; JO 23 juill., p. 11107 ; LPA 13 sept. 1996, p. 10, note Nguyen Van Tuong ; *ibid.* 29 nov. 1996, p. 10, note Aivazzadeh-Barré ; AJDA 1996. 693, note Schrameck ; RFDC 1996. 799, note Car.

246 Cons. const., déc., 26 nov. 2010, n°2010-71 QPC, 26 nov. 2010, Mlle Danielle S., n°2010- 71 QPC : JO 27 nov., p. 21119 et 7 déc., p. 21434 ; Rec. CC. 343 ; Dalloz actualité, 6 déc. 2010, obs. Astaix ; D. 2011. Pan. 1723, obs. L. G. ; Constitutions 2011. 108, obs. Bioy ; RTD civ. 2011. 101, obs. Hauser ; AJDA 2010. 2284 ; *ibid.* 2011. 174, note Bioy ; RDSS 2011. 304, note Renaudie ; JCP 2010, n°49, p. 2288, note Dubreuil ; *ibid.,* n°51, p. 2410, note de Béchillon ; *ibid.* 2011, n°7, p. 325, note Grabarczyk ; JCP Adm. 2010, n°49, p. 7, note Albert ; LPA 2010, n°255, p. 5, note Castaing ; Dr. fam. 2011, n°1, p. 37, note Maria ; RFDC 2011. 298, note Pena ; Gaz. Pal. n°s 308-309, p. 16, note Poujade.

247 J. Robert, La bonne administration de la justice, AJDA, 1995, p.117.

248 J.-M Favret, La bonne administration de la justice administrative, RFDA, 2004, p.943.

249 P. Yolka, La bonne administration de la justice, une notion fonctionnelle ?, AJDA 2005, p. 233.

186. L'application de ce principe a toutefois ses limites, comme en témoigne plusieurs illustrations à travers lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas jugé nécessaire de faire prévaloir ce principe en unifiant les règles de compétence au sein d'un même ordre juridictionnel. Dans le cadre de l'examen de la loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, il a écarté l'unification des règles de compétences juridictionnelles posée par l'article L.752-27 du nouveau code rural, au profit des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale, dès lors qu'elle s'opposait à la réserve constitutionnelle de la compétence du juge administratif, considérant en l'espèce, que la bonne administration de la justice ne justifiait pas qu'il soit dérogé à la répartition normale des compétences entre les deux ordres de juridiction en attribuant la connaissance de tels actes aux juridictions du contentieux général de la sécurité sociale[250].

187. Le Conseil constitutionnel s'attache, semble-t-il, à préserver également la compétence du juge judiciaire en matière de liberté individuelle, surtout lorsqu'il est question de privation de liberté. En pareille circonstance, la dérogation aux règles de répartition sur le fondement de la bonne administration de la justice semble être écartée. Ce fut le cas, notamment, des mesures d'hospitalisation sans consentement, à propos desquelles le Conseil constitutionnel a jugé que le maintien de l'hospitalisation sans consentement d'une personne atteinte de troubles mentaux au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction judiciaire méconnaissait les exigences de l'article 66 de la Constitution[251]. C'est d'ailleurs à la suite de ces décisions, que le législateur a inséré dans le code de la santé publique l'article L. 3211-12-1 qui mentionne, aux termes des trois premiers alinéas du paragraphe I, que l'hospitalisation complète d'un patient résultant d'une décision d'une autorité administrative ne peut se poursuivre sans que le juge des libertés et de la détention n'ait statué sur cette mesure avant l'expiration d'un délai de quinze jours.

188. En consacrant la possibilité de déroger aux règles de répartition classique de compétence, le Conseil constitutionnel n'aurait-il pas explicitement reconnu la faiblesse de cette organisation juridictionnelle ? Il a, semble-t-il, pris acte des

---

250 Cons. Const., déc., 27 nov. 2001, n°2001-451 DC, La loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, Rec. CC. 45 ; note D. Ribes, RFDC, n°49, 2002, p. 174-181 ; note X. Prétot, DA, 2001, n° 12, p. 22-23. L'actualité semble pourtant nous démontrer une évolution dans le sens contraire, en témoigne la décision du 19 février 2016 n°2016-536 QPC « Ligue des droits de l'homme ».

251 Cons. const., déc., 26 nov. 2010, n°2010-71 DC, *op. cit.* et Cons. const., déc., 9 juin 2011, n°2011-135/140 QPC, M. Abdellatif B. et autre, JORF 10 juin 2011, p. 9892 ; AJDA 2011. 1177 ; Constitutions 2011. 400, obs. X. Bioy; RTD civ. 2011. 514, obs. J. Hauser.

impératifs qui pèse sur la justice administrative comme judiciaire, comme par exemple, ceux résultant d'un engorgement croissant. La conception de la dualité juridictionnelle et les règles de répartition des compétences a été façonné par le Conseil constitutionnel dans le but de prendre en compte les sujétions actuelles. Elle révèle également une volonté de faire perdurer un système, tout en l'acclimatant aux problématiques actuelles. Le Conseil constitutionnel n'est pas le seul à adapter sa jurisprudence au contexte de l'érosion entre le droit public et le droit privé, comme en témoigne la jurisprudence prolifique du Tribunal des conflits.

Paragraphe 2 : La jurisprudence du Tribunal des Conflits

189. Dans ce contexte d'imbrication et de complexité, la jurisprudence du Tribunal des conflits peut s'analyser en deux temps. Si dès les premières décisions, cette juridiction s'est employée à déterminer les différents critères de répartition des compétences (A), elle les a, par la suite, modifié dans le but d'adapter le fonctionnement de la dualité juridictionnelle au nouveau cadre juridique (B).

A / La phase de construction des critères de répartition des compétences

190. Remis en cause dans le passé, le Tribunal des conflits est aujourd'hui indispensable dans la résolution des conflits de compétence et d'attribution entre juridictions judiciaires et administratives. Institué par l'article 89 de la Constitution de 1848 : « Les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire seront réglés par un tribunal spécial de membres de la Cour de cassation et de conseillers d'Etat, désignés tous les trois ans en nombre égal par leur corps respectif. - Ce tribunal sera présidé par le ministre de la Justice ». Il sera toutefois supprimé au Second empire et ce n'est qu'en 1872, avec la loi du 24 mai portant réorganisation du Conseil d'État qu'il fera sa réapparition. L'article 25 de ladite loi est l'acte portant création du Tribunal des conflits au terme duquel il est décidé que les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire sont réglés par un « tribunal spécial ». À l'origine, il était composé du garde des sceaux, président, de trois conseillers d'Etat en service ordinaire élus par les conseillers en service ordinaire, de trois conseillers à la Cour de cassation nommés par leurs collègues et de deux membres et de deux suppléants qui seront élus par la majorité des autres juges désignés aux paragraphes précédents.

191. Conscients de la nécessité de rétablir le Tribunal des conflits, M. Thiers et M. Dufaure, alors respectivement, chef du pouvoir exécutif de la République Française et Garde des sceaux, ont présenté le 1er juillet 1870, devant l'Assemblée, le projet de loi

sur la réorganisation du Conseil d'État. Ils proposaient un titre III concernant les conflits d'attributions entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire et présentèrent le projet comme se bornant à rétablir le mode de jugement des conflits qui avait été organisé par la constitution de 1848. Ils estimaient alors que, dans la mesure où on donne au Conseil d'État une juridiction propre en matière de contentieux administratif, on ne peut lui laisser le droit de statuer sur les conflits qui s'élèvent entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, et que ce droit ne peut davantage être donné au chef du pouvoir exécutif sans le concours du conseil. C'est ainsi que s'est imposée l'idée d'instituer une juridiction mixte, composée de représentants des deux juridictions suprêmes, sous la présidence du ministre de la Justice, pour trancher les délicates questions de compétence sur lesquelles l'autorité administrative et l'autorité judiciaire peuvent être partagées. Comme l'ont souligné M. Thiers et M. Dufaure, les débats de ce genre étaient encore rares à l'époque, le nombre annuel de conflits positifs n'allait jamais au delà de vingt à vingt-cinq et descendaient à douze au moment où ils prononçaient ce discours. Malgré le désaveu à l'égard de cette juridiction de 1849 à la fin de 1851, les rapporteurs ont relevé que ses décisions ont obtenu l'approbation générale. Ils conclurent en précisant que le projet de loi sur la réorganisation du conseil « ne contient, vous le voyez, que des règles déjà éprouvées à différentes époques, et qui paraissent spécialement appropriés à la situation actuelle[252] ».

192. La loi n°2015-177 du 16 février 2015[253] et le décret n°2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles prévoient des évolutions importantes, notamment en ce qui concerne la présidence du Tribunal des conflits. L'article 13 de la loi du 16 février 2015 abroge les articles en vigueur de la loi de 1872 (art. 25 à 27) et rétablit les articles 1er à 16 de cette loi avec une entrée en vigueur différée. À compter du 1er avril 2015, le garde des Sceaux ne sera plus le président du Tribunal des conflits et comprendra quatre conseillers d'État, élus par l'assemblée générale du Conseil d'État et quatre magistrats du siège et un suppléant, élus par les magistrats du siège. Ces membres seront réélus tous les trois ans et ne seront plus indéfiniment rééligibles mais rééligibles deux fois. Ils choisiront parmi eux, pour trois ans, un président issu alternativement du Conseil d'État et de la Cour de cassation, au scrutin secret à la majorité des voix.

193. Dès sa réhabilitation, le Tribunal des conflits a posé les bases des règles de répartition des compétences entre la juridiction administrative et judiciaire. Aucune étude à propos du Tribunal des conflits ne peut se passer de mentionner le célèbre

[252] JO 1871/06/19 (A3, N170) p.1455 paragraphe III.

[253] relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

arrêt Blanco[254], apparaissant souvent en première page des ouvrages consacrés à l'étude des grands arrêts de la jurisprudence administrative. Cette décision, dont la portée est parfois discutée, écarte les principes du code civil et affirme le caractère spécial des règles applicables à la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public. Le Tribunal des conflits est également à l'origine de la théorie qui fonde la distinction entre la faute personnelle et la faute de service[255] et admettra plus tard que l'infraction pénale d'un agent public puisse constituer une faute de service[256]. Mentionnons encore la théorie de la voie de fait[257] ou celle de l'emprise irrégulière[258]. Sans aborder toute la jurisprudence du Tribunal des conflits, la phase qui débute en 1870 jusqu'aux années 1950 offre une période extrêmement prolifique en terme de constructions jurisprudentielles. Ces années marquent l'autonomie du contentieux administratif et des principales règles de répartition des compétences mais sera suivie d'une phase où les bases établies seront progressivement modifiées et ajustées.

B/ La phase d'adaptation et d'ajustement des règles préétablies

194. Parallèlement à la construction du contentieux administratif et aux règles fondamentales de répartition des compétences, le Tribunal des conflits a entamé, dès les années 1920, une phase d'ajustement des règles préalablement établies, en vue, notamment, de s'adapter au contexte de l'érosion entre le droit public et le droit privé. Le point de départ de cette phase s'observe à travers les arrêts « Société commerciale de l'Ouest africain[259] » et « Septfonds[260] ». Par la première de ces deux décisions, le Tribunal des conflits consacre la notion de service public industriel et commercial et la compétence du juge judiciaire, résultat d'une conception plus large du rôle de l'Etat, se comportant comme une entreprise privée. Avec l'arrêt

---

[254] T. confl. 8 févr. 1873, n°00012, Blanco, Rec. 61, concl. David ; D. 1873.3.20, concl. ; S. 1873.3.153, concl. ; GAJA, 20 éd., n°1.

[255] T. Confl., 30 juil. 1873, n°00035, Pelletier, Rec.117, concl. David ; D. 1874.3.5, concl. ; GAJA, 20 éd., Dalloz, Paris, 2015, n°2.

[256] T. Confl., 14 janv. 1935, n°00820, Thépaz, Rec. 224 ; S. 1935.3.17, note Alibert ; GAJA, 20 éd., Dalloz, Paris, 2015, n°44.

[257] T. Confl., 8 avr.1935, n°00822, Action Française, Rec. 1226, concl. Josse ; S. 1935. 3. 76, concl. Josse ; D. 1935. 3. 25, concl. Josse, note M. Waline ; RDP 1935. 309, concl. Josse, note G. Jèze.

[258] T. Confl., 17 mars 1949, n°01077, Hôtel du Vieux Beffroi, Rec. 592 ; D. 1949.209, concl. J. Delvolvé ; S. 1950.3.1. concl., note Mathiot. ; D. 1949. 209, conl. Delvolvé, note P.L.J. et T. Confl. 17 mars 1949, n°01086, Société Rivoli Sébastopol, S. 1950. 3. 1.

[259] T. confl., 22 janvier 1921, n°00706, Société commerciale de l'Ouest africain, Rec. 91 ; D. 1921.3.1, concl. Matter ; S. 1924.3.34, concl. ; GAJA, 20 éd., Dalloz, Paris, 2015, n°35.

[260] T. confl., 16 juin 1923, n°00732, Septfonds, Rec. 498 ; D. 1924. 4. 41, concl. Matter ; D. 1923. 3. 49, note M. Hauriou.

Septfonds[261], c'est l'office du juge judiciaire qui se modifie, à la faveur d'une interprétation possible des actes administratifs règlementaires. Le Tribunal des conflits entame au cours de cette période, la modification des concepts servant de base à la répartition des compétences tout en construisant de nouvelles règles, dans le but de s'adapter au nouveau contexte juridique.

195. L'érosion du droit public et du droit privé s'est traduite par de nombreuses difficultés au niveau de la répartition des compétences, auxquelles le Tribunal des conflits a dû faire face. Par exemple, le recours à la contractualisation par les personnes morales de droit public, aussi bien concernant le personnel, que l'action administrative a donné lieu à une jurisprudence abondante révélant ainsi les difficultés éprouvées par les juridictions du fond pour déterminer leur propre compétence. En ce qui concerne le personnel, les personnes morales de droit public font désormais appel à des agents dits « non statutaires » ou « non titulaires », que l'on nomme agents auxiliaires, contractuels, vacataires ou intérimaires. Ce recours présente, pour les personnes publiques, des conditions plus souples de recrutement tout en permettant de répondre rapidement à des besoins spécifiques. Dans ce contexte, le Tribunal des conflits a estimé que « les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi[262] ». Le Tribunal des conflits a également admis que les tâches, mêmes subalternes, ne sont plus un obstacle à la reconnaissance d'un agent public et de la compétence de la juridiction administrative. L'abandon de la référence aux fonctions exercées marque un rapprochement des secteurs public et privé. Il a, en outre, précisé que lorsque un agent est contractuellement lié à un service public industriel et commercial, « il appartient aux tribunaux judiciaires, eu égard à la nature de ce service, de se prononcer sur les litiges individuels concernant les agents qui lui sont affectés[263]».

196. En dehors des problématiques liées au personnel, le Tribunal des conflits fait appel à plusieurs critères pour qualifier un contrat d'administratif relevant de la juridiction administrative. Il a développé un critère organique, en construisant une présomption d'administrativité : « un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif[264] ». À l'inverse, il a jugé qu'un contrat

---

[261] *loc. cit.*

[262] T. confl. 25 mars 1996, n°03000, Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Conseil de prud'hommes de Lyon (Berkani), Rec. 536, concl. Martin ; AJ 1996. 355, chron. Stahl et Chauvaux ; CJEG 1997. 35, note Lachaume ; D. 1996. 598, note Saint-Jours ; Dr. adm. 1996, n°319, obs. J.-B. A. ; Dr. soc. 1996. 735, obs. Prétot ; JCP 1996, n°22664, note Moudoudou ; LPA 1997, n°7, note Alberelli- Francfort ; RFDA 1996. 819.

[263] T. confl., 24 nov. 1997, n°03070, Barrand ; Cah. fonct. publ. 3/1998, p. 28.

[264] T. confl., 21 mars 1983, n°02256, UAP, Rec. 356 ; AJDA 1983. 356, concl. Labetoulle.

conclu entre personnes privées est en principe un contrat de droit privé, hormis le cas où l'une des parties au contrat agit pour le compte d'une personne publique, tout en dégageant une théorie relative au mandat, permettant de retenir la compétence de la juridiction administrative[265]. Il a aussi mis en avant critères objectifs, comme l'objet du contrat, le service public, qui se trouvent néanmoins neutralisés lorsqu'est en cause un service public industriel et commercial. C'est aussi grâce à la présence d'une clause exorbitante du droit privé que le Tribunal des conflits déduit la compétence du juge administratif.

197. Notons que ces critères se transforment au fil de la jurisprudence que le Tribunal des conflits est régulièrement amené à modifier, en fonction des évolutions. C'est le cas pour la clause exorbitante, définie au départ comme la clause relative à des droits et obligations « étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » qui semble avoir été modifiée par un arrêt récent du 13 octobre 2014[266]. Le Tribunal des conflits devait déterminer la nature d'un contrat de mise à disposition d'un ensemble immobilier destiné à la pratique de l'aviron, conclu entre une commune et une association. Donnant compétence au juge judiciaire, le Tribunal précise dans cette affaire que : « le contrat litigieux ne comporte aucune clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ». Cette nouvelle définition exclut la notion de « droit commun », considérée par le rapporteur public comme « n'étant plus une référence très claire et très sûre (…) Il n'y a pas de relation nécessaire entre l'anormalité d'une clause en droit privé et la qualification administrative du contrat ».

198. Il en est de même à propos du critère de compétence dans le cadre des contrats conclus avec les personnes privés. Le tribunal revient ainsi sur sa décision du 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot c/ société de l'autoroute Estérel-Côte-d'Azur[267] et apporte une clarification concernant le régime des contrats passés avec des tiers comme lorsque des personnes privées sont chargées d'exploiter un service public ou un ouvrage public. Dans le cadre d'un contrat entre une société

---

[265]T. confl., 13 déc. 2010, n°3800, Sté Green Yellow a. c/Électricité de France, Rec. 592 ; AJDA 2011. 439, concl. M. Guyomar, note L. Richer ; Dr. adm. 2011, n°48, obs. P. Lignières et P. Guillot ; RFDA 2011. 428.

[266]T. confl., 13 oct. 2014, n°C-3963, AXA France, Rec. 472 ; AJDA 2014. 2180, chron. Lessi et Dutheillet de Lamothe ; AJCT 2015. 48, obs. Juilles ; RFDA 2014. 1068, concl. Desportes ; Contrats Marchés publ. 2014, n°322, note Eckert.

[267] T. confl., 8 juill. 1963, n°01804, Sté Entreprise Peyrot c/ Sté de l'autoroute Estérel-Côte-d'Azur, Rec. 787 ; D. 1963. 534, concl. Lasry, note Josse ; AJ 1963. 463, chron. Gentot et Fourré ; AJ 1966. 474, chron. Colin ; Gaz. Pal. 1964. 2. 58, note Blaevoet ; JCP 1963. II. 13375, note Auby ; RDP 1964. 767.

concessionnaire d'autoroute et une autre personne privée, ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien d'une autoroute, le tribunal a estimé que « ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'Etat. Un tel contrat n'a donc pas un caractère administratif et le contentieux qui en découle relève des juridictions de l'ordre judiciaire[268]».

199. L'érosion du droit public et du droit privé génère de nouvelles problématiques, tout en ayant une influence sur les concepts forgés par le Tribunal des conflits, dès sa création. C'est le cas de la voie de fait, conceptualisée par le célère arrêt « Action française[269] », définie à l'origine comme une décision administrative manifestement insusceptible de se rattacher à quelque pouvoir de l'administration et qui porte atteinte à une liberté ou au droit de propriété ou, lorsque l'administration procède dans des conditions irrégulières à l'exécution forcée d'une décision et que cette exécution porte atteinte à une liberté ou au droit de propriété. Dans ces différents cas, le juge judiciaire est seul compétent pour constater la commission d'une voie de fait, enjoindre à l'administration de la faire cesser et ordonner la réparation des préjudices subis.

200. Néanmoins, le Tribunal des conflits a récemment restreint le domaine d'application de la voie de fait en réduisant la compétence du juge judiciaire aux atteintes à la liberté individuelle et au droit de propriété, exclusivement en cas d'extinction définitive de ce droit[270]. La même observation peut être faite concernant l'emprise irrégulière, que le Tribunal des conflits[271] a restreint en donnant la possibilité au juge administratif d'indemniser à titre exclusif les conséquences dommageables des emprises irrégulières dès lors, selon les termes du tribunal, qu'elles ne procèdent pas à une extinction du droit de propriété. Cette évolution fait écho aux nouvelles attributions que détient le juge administratif en matière de référé et qui lui permet, au même titre que le juge judiciaire, de protéger les administrés contre les agissements grossiers de l'administration.

---

[268] T. confl., 9 mars 2015, n° C3984, Mme Rispal c/ Société des Autoroutes du Sud de la France, n°C3984 (à paraître) ; AJDA 2015. 1204, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe ; JCP A 2015. 2156, note J.-F. Sestier, 2157, note S. Hul ; Contrats Marchés publ. 2015, n°110, note P. Devillers ; JCP 2015. Doct. 955, chron. G. Eveillard.

[269] T. Confl., 8 avril 1935, Action Française, *op. cit.*

[270] T. confl., 17 juin 2013, n° C3911, Bergoend c/ ERDF Annecy Léman, Rec. 370 ; AJDA 2013. 1568, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2014. 1844, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; AJDI 2014. 124, étude S. Gilbert ; RFDA 2013. 1041, note P. Delvolvé.

[271] T. confl., 9 déc. 2013, n° 3931, M. et Mme Panizzon c/ Cne de Saint-Palais-sur-Mer, Rec. 376 ; AJDA 2014. 216, chron. Bretonneau et Lessi ; RFDA 2014. 61, note Delvolvé ; Dr. adm. 2014, n°25, note Gilbert ; JCP Adm. 2014. 1355, note Martin.

201. L'érosion du droit public et du droit privé s'est également illustrée par l'implication de personnes privées dans la gestion de service public. Pour faciliter la répartition des compétences, le Tribunal des conflits[272] a dégagé plusieurs critères permettant de caractériser un service public administratif (l'objet du service, l'origine de son financement et ses modalités d'organisation). La multiplication des personnes morales de droit public, facteur précédemment décrit[273] comme à l'origine de l'érosion du droit public et du droit privé, s'illustre également dans la jurisprudence du Tribunal des conflits. Il a jugé dans l'affaire G.I.P.-H.I.S[274], que les groupements d'intérêt public constituent des personnes morales de droit public soumis à un régime spécifique. Ce régime se caractérise par une absence de soumission de plein droit aux lois et règlement régissant les établissements publics. Le Tribunal tire les conséquences de la nature de personne morale de droit public d'un groupement d'intérêt public et retient que la juridiction administrative est donc compétente pour connaître des litiges opposant un agent d'un groupement d'intérêt public à celui-ci.

202. Notons par ailleurs, le rôle important du Tribunal des conflits dans la répartition des compétences à propos de l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques. Il a jugé[275] que, si le Conseil de la concurrence est compétent pour les litiges relatifs aux activités de production, de distribution et de services des personnes publiques, les litiges relatifs aux actes pris par une personne publique en vue de déterminer le mode de gestion d'un service public relèvent du juge administratif. Le Tribunal des conflits retient que l'organisation du service public ne constitue pas une activité de distribution, de distribution et de services, mais un acte administratif sans conséquence sur le libre jeu de la concurrence. La justification de l'incompétence du juge judiciaire repose sur le fait que l'acte administratif, en l'espèce une convention de délégation de service public, n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. Ces décisions seront, par la suite, confirmées par deux arrêts du 4 novembre

---

[272] T. confl., 21 mars. 2005, n°C3413, Mme Alberti- Scott c/ Cne de Tournefort, Rec. 651 ; RJCL 2005. 396, concl. Duprat, obs. M.D. ; RFDA 2006. 119, obs. Lachaume.

[273] v. n°84 et s.

[274] T. confl., 14 fév. 2000, n°03170, Groupement d'intérêt public : Habitat et interventions sociales pour les mal-logés, Rec. 748 ; AJDA 2000. 410, Chron. M. Guyomar et P. Collin; D. 2000. 90; AJFP 2000. 13; AJFP 2000. 14, obs. J. Mekhantar; RTD com. 2000. 602, obs. G. Orsoni.

[275] T. confl., 6 juin 1989, n°02578, Saede c/SA Lyonnaise des Eaux et Ville de Pamiers, 6 juin 1989, Rec. 292 ; RFDA 1989. 459, concl. Stirn ; AJDA 1989. 432, chron., E. Honorat et E. Baptiste ; AJDA 1989. 467, note M. Bazex ; RDP 1989. 1780, note Y. Gaudemet ; JCP 1990. II, n° 21395, note P. Terneyre ; D. 1990. Somm. 101, obs. C. Gavalda et Lucas de Leyssac ; D. 1990, jurispr. 418, note J.-J. Israël ; concernant la gestion du domaine public, v. T. confl., Aéroports de Paris c/TAT, 18 oct. 1999, n° 3174, Rec. 469 ; RFDA 2000. 567, note Y. Laidié ; CJEG/RJEP 2000. 18, concl. Schwartz ; AJDA 1999. 996, chron., P. Fombeur et Y. Guyomar, p. 1030, note M. Bazex ; LPA 27 avr. 2000, p. 4, note V. Guedj ; D. Affaires 2000. 607, note A. Louvaris.

1996[276] et du 18 octobre 1999[277].

203. Le Tribunal des conflits a multiplié les mécanismes permettant aux juges, notamment judiciaires, de déroger aux règles classiques de répartition des compétences qui découlent du principe de la séparation des autorités judiciaires et administratives. Ces dérogations permettent de donner les moyens aux juges de faire face aux conséquences de l'érosion entre le droit public et le droit privé. Le Tribunal des conflits[278] a, dans un premier temps, permis au juge judiciaire d'interpréter un acte administratif règlementaire dans la mesure ces actes contiennent dispositions d'ordre général et réglementaire. À ce titre, les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont compétemment saisis. Néanmoins, le tribunal précisa qu'ils restaient incompétents pour interpréter les dispositions obscures ou ambiguës des actes administratifs spéciaux ou individuels[279].

204. Concernant le juge répressif, le Tribunal des conflits[280] est allé plus loin, en lui accordant, compte tenu de sa mission, la possibilité d'interpréter et d'apprécier la légalité d'un acte administratif règlementaire. En raison de la nature de la mission assignée au juge pénal, ce dernier dispose d'une plénitude de juridiction sur tous les points d'où dépend l'application ou la non application des peines. Il en découle, pour le juge pénal, le pouvoir d'interpréter, outre les lois, les règlements administratifs, la légalité de ceux-ci, qu'ils servent de fondement à la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyen de défense. La seule limite de compétence de la juridiction pénale relevée par le Tribunal des conflits est celle relative à l'appréciation de la légalité des actes administratifs non réglementaires, réservée à la juridiction administrative en vertu de la séparation des pouvoirs. Cette solution sera reprise et élargie par l'article 111-5 du code pénal codifié par la loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal[281].

---

[276] T. confl., 4 nov. 1996, n° 03038, Société Datasport c/ Ligue Nationale de Football, Rec. 551 ; JCP 1997.11. 22802, concl. Arrighi de Casanova; AJDA 1997.142, chr. Chauvaux et Girardot;

[277] T. confl., 18 oct. 1999, n° 03174, Aéroports de Paris et Air France c/ TAT European Airlines, Rec. 468, concl. R. Schwartz ; AJDA 2000. 1029, note Bazex.

[278] T. confl., 16 juin 1923, n°00732, Septfonds, *op. cit.*

[279] T. confl, 18 déc. 1943, État français c/ Chouard, Rec. 325.

[280] T. confl., 5 juill. 1951, n°01187, Avranches et Desmarets, *op. cit.*

[281] v. n°131 et s. ; n°367 et s.

205. À partir des années 2000, le Tribunal des conflits franchit une étape supplémentaire avec l'arrêt SCEA du Chéneau[282] et, tout en rappelant la solution dégagée par l'arrêt Septfonds, il énonce une seconde atténuation au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaire en affirmant que le juge judiciaire non répressif est compétent pour accueillir une contestation sérieuse et écarter la validité d'un acte administratif contesté, en considération d'une jurisprudence établie de la juridiction administrative, permettant de statuer en ce sens. Certains commentateurs ont relevé la modification dans la jurisprudence du Tribunal des conflits, du recours à l'existence d'une jurisprudence établie avec l'ajout de l'adverbe « notamment[283] ». La formule devient ainsi « au vu notamment d'une jurisprudence établie », ce qui peut avoir des conséquences importantes dans la mesure où il autoriserait des censures directes dans des cas où le texte est parfaitement clair, bien qu'aucune jurisprudence ne l'ait interprété[284] . Le tribunal dégagera ensuite une exception au principe, en énonçant qu'eu égard au principe d'effectivité du droit de l'Union européenne, le juge judiciaire saisi au principal a compétence pour apprécier la légalité d'un acte administratif au regard du droit communautaire, primaire ou dérivé, ou pour interroger lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel.

---

[282] T. confl., 17 oct. 2011, SCEA du Chéneau c/INAPORC, M. Cherel et autres c/CNIEL, n° C3828-3829 ; Rec. 698 ; AJDA 2012. 27, chron. Guyomar et Domino ; RFDA 2011. 1122, concl. Sarcelet ; *ibid.* 1129, note Seiller ; *ibid.* 1136, note Roblot-Troizier ; *ibid.* 2012. 339, étude Mestre ; Constitutions 2012. 294, obs. Levade. ; Melleray, Que reste-t-il de la jurisprudence Septfonds ?, Dr. adm. 2012, n°10. V. aussi, pour l'état du droit antérieur à la jurisprudence SCEA du Chêneau : le juge judiciaire faisait abstraction du permis, délivré sous réserve des droits des tiers, pour considérer que ces derniers tiraient leur droit de la réglementation d'urbanisme, et il ordonnait la démolition pour violation d'une règle d'urbanisme, alors pourtant que les travaux avaient été conduits conformément à un permis de construire ; V. obs. Capoulade ss. Civ. 3e, 2 oct. 1996 : J Administrer 1997, n°288. 52.

[283] T. confl., n° 3841, Sté Green Yellow et autres c/ Electricité de France, *op. cit.*

[284] concl. A. Lallet, sous CE, 14 mai 2014, n°347039, Fédération nationale CGT des personnels des sociétés d'études, de conseil et de prévention.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

206. Si la distinction entre le droit public et le droit privé et la dualité juridictionnelle ne peuvent être confondues, ces deux entités entretiennent un lien d'interdépendance. Devant la difficulté de définir, aujourd'hui, ce qu'est le droit public et le droit privé, « on en arrive à dire que le droit public se définit comme ce qui est soumis au juge administratif et le droit privé comme ce que connaît le juge judiciaire[285]». L'érosion entre le droit public et le droit privé a eu le double effet de modifier les relations et de développer les interconnexions entre les juges des juridictions administratives et judiciaires. Les interférences contentieuses sont susceptibles de se manifester de plusieurs manières, il peut s'agir d'une simple opération de qualification, d'un partage ou d'une véritable inversion de compétence. Dans le dernier cas, le plus dangereux pour la dualité juridictionnelle, nous constatons que le juge judiciaire voit progressivement s'élargir la possibilité d'interpréter et d'apprécier la légalité d'actes administratifs. Parallèlement, le juge administratif est très fréquemment amené à employer et appliquer le droit commun et se trouve parfois compétent, même lorsqu'est en cause une liberté individuelle en dépit de l'article 66 de la Constitution. Par exemple dans le cadre de l'état d'urgence, les mesures exceptionnelles telles que des assignations à résidence, des fermetures ou encore des perquisitions administratives sont contestées devant le juge administratif. Ces évènements ont placé le juge administratif au centre de la protection des libertés individuelles, provoquant ainsi la contestation des juges judiciaires. Malgré ces évolutions, nous avons pu observer les efforts d'adaptation et la volonté du Tribunal des conflits et du Conseil constitutionnel, d'assurer l'unité du droit. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a clarifié la répartition des compétences tandis que le Tribunal des conflits a développé des mécanismes permettant d'ajuster les règles de cette répartition.

[285] R. Drago et M.-A. Frison-Roche, Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative, APD 1997, n° 41, p.137.

CONCLUSION DU TITRE I

207. L'érosion du droit public et du droit privé exerce une influence sur la dualité juridictionnelle en perturbant son fonctionnement et en mettant en cause une partie de sa pertinence. L'érosion de cette *summa divisio* se caractérise par la perte progressive des spécificités attachées au droit public et au droit privé. Par exemple, la place de l'individualité et de l'autonomie de la volonté évolue en droit privé, alors qu'en droit public, l'exorbitance s'atténue au profit des règles du droit commun. Cette tendance est en réalité le résultat d'une érosion plus générale entre le public et le privé, issue d'une multitude de facteurs aussi bien nationaux que supranationaux. Au sein des premiers, nous retrouvons des considérations économiques, politiques et sociales qui, par les évolutions qu'elles portent, modifient le paysage juridique. Parmi les facteurs supranationaux, ce sont essentiellement la mondialisation et la globalisation qui sont en cause et dont les effets se diffusent en droit, on parle alors de mondialisation ou de globalisation juridique.

Les principales conséquences attachées à l'érosion entre le droit public et le droit privé sont de provoquer un désordre au sein des règles de répartition des compétences tout en multipliant les points de contacts entre le juge administratif et judiciaire. Ces interactions sont de plusieurs ordres, il y a d'abord les simples opérations de qualification, les véritables partages de compétence et enfin, les inversions de compétence. Notre étude se focalisera sur ces dernières, particulièrement préjudiciables pour la cohérence de notre organisation juridictionnelle. Cette tendance vers la transversalité n'a pas été ignorée par le Conseil constitutionnel et le Tribunal des conflits qui, collectivement, ont adapté leur jurisprudence à ce nouveau cadre juridique. Leurs solutions ont permis à la fois, de préciser le domaine de compétence du juge administratif et judiciaire et d'assouplir les règles de répartition des compétences. Il semblerait néanmoins que cette posture soit insuffisante pour parer efficacement aux effets de l'érosion du droit public et du droit privé.

TITRE 2 : LA COHÉRENCE PRÉSERVÉE ENTRE LES DEUX ORDRES JURIDICTIONNELS

208. Les développements qui précèdent ont permis de constater l'ampleur des perturbations engendrées par l'érosion entre le droit public et le droit privé, principalement à travers les interférences qui peuvent se développer entre le juge judiciaire et le juge administratif. Au delà de ce constat, l'intérêt de la réflexion doit nous conduire à mesurer les conséquences de ces confrontations sur la cohérence du système juridictionnel dans son ensemble. Faut-il craindre une multiplication des divergences ou au contraire, une concordance harmonieuse ?

L'étude de la jurisprudence et des règles applicables au procès dans le cadre des contentieux communs nous oriente vers l'idée qu'il existe une véritable unité et une cohérence entre les juridictions administratives et judiciaires.

Le procès judiciaire, au pénal comme au civil et le procès administratif voient leur déroulement s'harmoniser de façon progressive, sous l'effet de contraintes collectives comme l'engorgement des prétoires lié à la judiciarisation progressive de la société (Chapitre 1).

Le développement des interconnexions induit la compétence des deux juges à l'égard de contentieux communs, parfois au mépris des règles de répartition des compétences. En dépit d'un risque accru de divergence, nous observons une jurisprudence concordante entre les deux juges, confirmant ainsi l'idée d'une véritable unité (Chapitre 2). Si le fonctionnement de la dualité juridictionnelle se complexifie sensiblement, elle apparaît toujours, en pratique, comme un modèle viable.

CHAPITRE 1 : L'HARMONISATION PROGRESSIVE DES PROCÈS ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE

209. En multipliant les interconnexions entre le juge judiciaire et le juge administratif, l'érosion entre le droit public et le droit privé est susceptible de créer une concurrence entre les deux ordres juridictionnels. La procédure suivie et les garanties offertes par la juridiction administrative et judiciaire font naturellement l'objet d'une comparaison dans le cadre des contentieux communs qu'elles sont amenées à connaître. La problématique incitait à se pencher sur l'étendue de ces différences et leurs éventuelles conséquences sur la cohérence du système juridictionnel. Pourtant, loin d'être antinomiques, il apparaît que les règles de fonctionnement devant ces deux juridictions tendent, depuis plusieurs dizaines d'années, vers un standard commun. Cet alignement se caractérise, notamment, par la similarité des principes qui structurent le procès, par le recours à la dématérialisation, à des procédures d'urgence (…). Nombreuses sont les réformes communes à la justice administrative et judiciaire, car la qualité et l'accessibilité de la justice en général sont des objectifs communs. Cette harmonisation s'explique alors par des contraintes et des exigences identiques (Section 1). Il en résulte un rapprochement des règles qui structurent le procès et les pouvoirs du juge, ce qui laisse émerger l'idée d'un procès normalisé (Section 2).

SECTION 1 : L'EXISTENCE DE CONTRAINTES COMMUNES AUX DEUX ORDRES JURIDICTIONNELS

210. Dans un contexte où la judiciarisation de la société implique l'augmentation toujours plus importante des requêtes, la justice administrative et judiciaire doit s'adapter afin de se rendre accessible (Paragraphe 1). En plus de l'objectif d'accessibilité, l'une des principales préoccupations de la justice contemporaine, qu'elle soit administrative ou judiciaire, est de permettre un traitement rapide et efficace des litiges (Paragraphe 2). Cette volonté d'assurer la célérité du procès, sans céder à l'excès de rapidité, est devenue prépondérante.

Paragraphe 1 : L'accessibilité à la justice administrative et judiciaire

211. Même si elle se manifeste dans des proportions différentes, l'augmentation permanente du nombre des requêtes est un constat partagé par les juridictions administratives et judiciaires (A). Chacune d'elles poursuivent l'objectif de rendre la justice accessible à tous les justiciables, malgré un encombrement constant (B).

A/ L'intensification de la demande de justice

212. La progression constante de la demande de justice et la judiciarisation de la société caractérisent la société contemporaine et n'épargnent, ni les juridictions judiciaires, ni les juridictions administratives. Mettant à rude épreuve le fonctionnement de la dualité juridictionnelle, cette judiciarisation est un facteur de complexité et de perte de temps. La judiciarisation est un terme dont l'emploi est aujourd'hui devenu courant et désigne, selon Jacques Commaille : « une extension du rôle de la justice comme institution dans le traitement de problèmes de société (…) pour lesquels la justice n'était pas sollicitée auparavant ou sur lesquels elle n'envisageait pas d'intervenir »[286]. Jean-Michel Marmayou[287] évoque, quant à lui : « le

[286]J. Commaille, La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice, in Jacques Commaille et Martine Kaluszynzki (dir.), La fonction politique de la justice, Paris : La Découverte, 2007, p. 293-321. Il faut tout de même souligner que la judiciarisation est un terme ambivalent, susceptible de désigner plusieurs situations, v. en ce sens : L. Dumoulin, Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines, une sociologie politique de la « judiciarisation », L'Année sociologique,2009,n°59, pp. 63-107.

[287] J.-M. Marmayou, La société au risque de la judiciarisation, 1re éd., LGDJ, Paris, 2008, p.2.

recours de plus en plus systématique à des instances juridictionnelles pour le traitement de questions ou de difficultés qui, naguère encore, y échappaient presque totalement ». Selon une majorité d'auteurs, ce retour au droit est lié à l'individualisme qui caractérise nos sociétés contemporaines. Il y a, selon eux, une recherche constante de satisfaction des droits individuels qui semble devoir passer par le recours contentieux. D'autres causes sont avancées, comme l'évolution, non seulement de l'individu, mais aussi de la société avec l'avènement de la mondialisation, la mise en cause judiciaire des personnages politiques, l'avènement du citoyen-client ou encore l'influence du modèle américain (…)

213. Ce phénomène de judiciarisation de la société a très logiquement eu pour effet d'accroitre les requêtes et ce, jusqu'à l'encombrement des prétoires. Le système juridictionnel est alors tout entier soumis à cette pression, que constitue la hausse permanente des recours contentieux. Les statistiques du ministère de la justice sont, à ce titre, éloquents et selon le rapport d'évaluation des systèmes judiciaires européens, la France est un des pays européens qui compte le plus de procédures contentieuses civiles et commerciales pour 100 000 habitants en 2012[288]. Les chiffres de l'annuaire statistique de la justice précisent que le nombre d'affaires nouvelles (Cours d'appel, tribunaux de grande instance, tribunaux d'instance, tribunaux des affaires de la sécurité sociale, tribunaux correctionnels, conseils des Prud'hommes, juges des enfants) était de 2 415 339 en 2005 évoluant progressivement pour atteindre 2 528 947[289] en 2010, puis 2 668 507[290] en 2012, et enfin 2 761 554 en 2013. Le nombre d'affaires nouvelles entre l'année 2005 et l'année 2013 présente ainsi une augmentation totale de 14,3 % en neuf années.

214. Le même constat est dressé concernant le nombre d'affaires nouvelles devant les juridictions administratives, et se trouve d'ailleurs explicité dans le rapport public du Conseil d'État de l'année 2015[291]. De façon générale, le nombre d'affaires jugées en 2014 a augmenté de 2,8% pour les tribunaux, 3,2% pour les cours administratives d'appel et 26,8% pour le Conseil d'État. Cette augmentation du nombre de recours enregistrés s'observe avec une intensité variable mais à tous les échelons de la juridiction administrative. C'est devant les tribunaux administratifs que la demande

[288]Rapport d'évaluation des systèmes judiciaires européens, CEPEJ, éd. 2014, p.42.

[289] Incluant les affaires nouvelles devant les juridictions suivantes : cours d'appel, tribunaux de grande instance, tribunaux d'instance, juridiction de proximité, tribunaux paritaire des baux ruraux, conseil des prud'hommes, tribunaux correctionnels.

[290] Incluant les affaires nouvelles devant les juridictions suivantes : cours d'appel, tribunaux de grande instance, tribunaux d'instance, tribunaux des affaires de sécurité sociale, tribunaux correctionnels, conseils de Prud'hommes, juges des enfants.

[291] Conseil d'État, Rapport public 2015, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, La documentation française, 2015 n°66, p.12.

de justice a connu la plus forte progression (11%) par rapport à 2013, ramenés à 7% hors contentieux des élections municipales dont les tribunaux sont juges en premier ressort. Les tribunaux administratifs ont en effet enregistré 195 625 affaires nouvelles. Comme évoqué à l'instant, cette hausse est de 3,4% au sein des cours administratives d'appel, avec 29 857 affaires, de 26% au Conseil d'État, avec 12 082 affaires nouvelles enregistrées.

215. Notons que l'augmentation est plus forte concernant certains types de contentieux, ce que relève le Conseil d'État dans le rapport public précité. Il évoque une augmentation de 22% des contentieux sociaux particulièrement en ce qui concerne le contentieux du droit au logement opposable (+31%) et du revenu de solidarité active (+26,5%). Il en est de même à propos des contentieux fiscaux (+22%), du contentieux de la fonction publique (+20%) et du contentieux des étrangers, principalement celui des obligations de quitter le territoire français dites « sans délai » (+18,5%)[292] .

216. Remarquons que les contentieux où l'inflation des recours est la plus importante sont ceux où les compétences sont partagées ou entremêlées entre les deux ordres de juridictions. Cette observation doit nous amener à prendre la mesure de ce mouvement de « confusion » du droit privé et public, touchant des contentieux dit « de masse ». Il n'est pas nécessairement inopportun que des juges de deux ordres juridictionnels différents traitent de contentieux communs, dans la mesure où leurs jurisprudences s'efforcent d'être concordantes ou du moins, que leurs critères d'appréciation le soient. Cette « inflation juridictionnelle » commune aux deux ordres de juridiction, doit conduire à la mise en place d'une politique juridictionnelle et de mesures inspirées par les mêmes buts, ainsi qu'un règlement rapide et efficace des litiges.

B/ Une réponse concertée face à la problématique de l'accès à la justice

217. L'accessibilité à la justice implique la capacité effective pour tout individu de faire juger ses prétentions par un tribunal indépendant et impartial. Selon Rémi Cabrillac[293] : « les garanties d'un accès effectif à la justice renvoient à la mise en place d'un environnement favorable à l'accès à la justice ». La mise en place d'un environnement favorable à une justice accessible est assurée par différents procédés, comme celui de l'aide juridictionnelle, communs aux deux ordres de juridictions.

---

[292] Conseil d'État, Rapport public 2015, *op. cit.,* p.12

[293] R. Cabrillac, Libertés et droits fondamentaux, 21e éd., Dalloz, Paris, 2015, p.579.

218. L'aide juridictionnelle est régie, devant les juridictions judiciaires et administratives, par la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et par son décret d'application n°91-1266 du 19 décembre 1991, modifiés à plusieurs reprises. Selon l'article 1er de la loi, le but est d'assurer l'accès à la justice et au droit, c'est à dire non seulement l'aide juridictionnelle mais aussi l'aide à l'accès au droit, ainsi que l'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue, et en matière de médiation pénale et de la composition pénale. Cette aide à l'accès au droit est la grande innovation de la loi du 10 juillet 1991. Elle comporte, aux termes de son article 53, l'information des personnes sur leurs droits et obligations, l'aide à l'accomplissement de toute démarche, l'assistance au cours de procédures non juridictionnelles, la consultation, l'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques.

219. Pour éviter l'engorgement des juridictions et proposer une alternative au juge, les modes alternatifs des litiges existent devant la juridiction administrative comme judiciaire et se présentent comme un moyen permettant aux justiciables d'éviter une perte conséquente de temps et d'argent dans le cadre d'une procédure contentieuse déjà engagée ou à venir. Les commentateurs n'ont pas manqué de relever les évolutions législatives en ce sens, selon Marine Babonneau, le projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXIe siècle, issu de nombreuses concertations de 2013, souhaite favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges[294] en permettant au citoyen de régler son litige de manière négociée avant la saisine du juge et même une fois ce dernier saisi[295] .

220. Si en matière civile, la conciliation entre dans les missions du juge[296], le règlement amiable des conflits en procédure administrative connaît un développement plus marginal. Il résulte de l'article L.211-4 du code de justice administrative que les tribunaux administratifs peuvent exercer une mission de conciliation mais il apparaît toutefois en pratique, que cette fonction est peu sollicitée. Si cette mission est souhaitée, elle est exercée discrétionnairement par le président du tribunal, à condition que ladite conciliation se rapporte à un litige relevant de sa compétence. La décision par laquelle un tribunal administratif refuse d'exercer une mission de conciliation n'est pas une décision juridictionnelle, mais une décision administrative insusceptible de recours.

---

[294] Loi n°2016-1547, *op. cit.* p. 39.

[295] M. Babonneau, Favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges : un « lien social » pour la Chancellerie, Dalloz actualité, 8 juillet 2015.

[296] C.pr.civ., art. 21 : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

221. Concernant la médiation, le juge en matière civile dispose du pouvoir de proposer la médiation après avoir recueilli l'accord des parties, il peut désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose[297]. Cette médiation peut porter, en vertu de l'article 131-2 du code de procédure civile sur tout ou partie du litige. En matière pénale et pour certaines infractions de faible gravité, le procureur peut proposer une médiation afin d'assurer la réparation du dommage causé à la victime. Cette médiation peut également viser à mettre fin au trouble résultant de l'infraction. Les faits doivent être simples, clairement établis et reconnus par leur auteur[298].

222. Devant les juridictions administratives, la médiation n'est apparue dans le code de justice administrative qu'en novembre 2011, suite à la transposition d'une directive européenne[299]. Selon l'article L. 771-3 du code de justice administrative, cette procédure ne s'applique qu'aux seuls cas, assez rares, de différends transfrontaliers et elle ne régit pas le traitement des litiges internes, contrairement aux recommandations du Conseil d'État. L'article L. 771-3 instaure ainsi la possibilité de recourir à la médiation dans les différends relevant de la compétence du juge administratif, en bornant le champ ainsi ouvert aux seuls différends transfrontaliers et aux matières non régaliennes. Le renvoi aux articles 21, 21-2 à 21-4 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative favorise l'unité dans le recours à la médiation. La recherche commune du désencombrement des prétoires s'accompagne de la préoccupation visant à assurer la célérité des procès.

Paragraphe 2 : L'exigence de célérité du procès

223. L'exigence de célérité, qui renvoie à l'idée d'un délai raisonnable de la procédure est une aspiration partagée par les juridictions administratives et judiciaires (A). Cette contrainte est gérée à l'aide de mesures relativement proches, voire identiques (B).

---

[297] C. pr. civ. art. 131-1.

[298] C. pr. civ. art. 41-1.

[299] Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

A/ Une préoccupation partagée

224. Une justice de qualité est une justice où la procédure est guidée par le principe de la célérité, c'est à dire par une procédure menée promptement, dans l'intérêt des justiciables. Soraya Amrani-Mekki distingue ainsi la célérité, une notion à part entière, de l'urgence et du délai raisonnable. Pour l'auteure, elle désigne avant tout l'idée que la procédure doit être promptement menée, sans perte de temps. Mais, elle ne se réduit cependant pas à la rapidité car elle contient en elle une part de qualité dans l'exécution[300]. Le rapport Magendie précise également la notion de célérité[301] comme ne pouvant être assimilée à la précipitation, ni même à l'urgence. Le litige doit nécessairement être ponctué par des interruptions, des respirations. La célérité doit servir l'efficacité, l'effectivité et la qualité de la justice. Elle doit être « une valeur communément partagée, qui profite à tous les justiciables ». Serge Guinchard et Nathalie Fricero rapprochent l'exigence de célérité de celle du droit à un jugement dans un délai raisonnable, pour eux, la durée est inséparable de la notion de procès et une bonne administration de la justice repose sur l'absence de retard excessif dans l'obtention du jugement. L'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006 précise à travers l'article L. 111-3 au code de l'organisation judiciaire, que « les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable[302] ». Le caractère raisonnable d'une procédure, difficile à définir, s'apprécie en fonction des circonstances ainsi que de la complexité de chaque affaire. Chaque ordre juridictionnel perçoit cette exigence non comme une contrainte de rapidité, mais plutôt comme une contrainte d'efficacité. Selon les termes de Jean-Marc Sauvé, une justice trop rapide pourrait s'apparenter à une justice expéditive et contre-productive. Il est parfois nécessaire de laisser du temps au débat contentieux « pour qu'il déploie pleinement l'ensemble de ses virtualités[303]».

225. L'objectif de célérité de la procédure découle du droit au procès équitable énoncé par le 1er paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par l'effet transversal de cette convention[304],

---

[300] S. Amrani-Mekki, Le principe de célérité, Revue française de l'administration publique, 2008/1, n°125, p.47.

[301] J.-C. Magendie, Célérité et qualité de la justice, disponible sur internet : http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-magendie.pdf, p.12.

[302] S. Guinchard (dir), Droit et pratique de la procédure civile 2014/2015, 8 éd. Dalloz, Paris, 2014, Chap. 212, n°212.121.

[303] Discours de J.-M Sauvé à l'occasion de la célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Luxembourg le 25 septembre 2009, disponible sur internet (http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Les-criteres-de-la-qualite-de-la-Justice).

[304] v. n°115 et s.

l'exigence du droit au procès équitable et ses conséquences impactent indifféremment les juridictions judiciaires comme les juridictions administratives et implique la mise en œuvre de moyens similaires, voire identiques, dans le but d'offrir une justice de qualité.

B/ Des mesures équivalentes en faveur d'une justice efficace et rapide

226. Afin de permettre le désengorgement des juridictions judiciaires et administratives, la dématérialisation des procédures a été adoptée au sein de chaque ordre juridictionnel (1°). Dans la perspective de réduire les délais de jugement et de faire face à l'urgence, le recours au juge unique et les procédures de référés existent devant les deux juridictions (2°).

1° La dématérialisation des procédures

227. La recherche d'une plus grande célérité de la procédure et accessoirement, la volonté de préserver les finances publiques sont des buts que partagent les juridictions des deux ordres juridictionnels. Pour atteindre ces objectifs, les juridictions administratives comme les juridictions judiciaires, proposent en collaboration avec l'ordre des avocats, la dématérialisation des procédures.

228. E-barreau « RPVA » et juridictions judiciaires - Une convention a été signée le 28 septembre 2007 par le Ministre de la Justice et le président du Conseil National des Barreaux sur la communication électronique entre les tribunaux de grande instance et les avocats définissant une connexion unique du réseau avocat au réseau justice. Elle prévoit les modalités de la mise en état électronique et sa mise en oeuvre dans le cadre de conventions locales. Le but recherché est l'optimisation de la gestion des procédures civiles, la réduction des délais de traitement et l'amélioration de la gestion du rôle et des audiences de mise en état. Selon les termes même de cette convention, les objectifs sont d'une part, « une meilleure connaissance du suivi des affaires, et d'autre part, la transmission des informations relatives aux procédures, et, enfin à la réduction des délais de traitement et à l'amélioration de la gestion du rôle[305] ». L'arrêté du 21 juin 2013 portant communication par voie électronique entre les avocats et entre les avocats et la juridiction dans les procédures devant les

[305] La convention est disponible à l'adresse suivante : http://archives.cnb.avocat.fr/lettre_conseil/LDC_09-2007/fichiers/convention-nouvelles-technologies.pdf (consulté le 10/01/2016), p.3.

tribunaux de commerce a précédé une convention du même type, signé le 7 mai 2014 concernant les juridictions commerciales.

229. Télérecours et juridictions administratives - Plusieurs textes sont à l'origine de la création de « Télérecours ». C'est en premier lieu le décret n°2012-1437 du 21 décembre 2012 relatif à la communication électronique devant le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs qui se trouve à l'origine du mécanisme. Puis, un arrêté en date du 19 septembre 2013 a précisé les modalités de l'entrée en vigueur du décret relatif à la communication électronique devant le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs. Enfin, une convention nationale entre le Conseil d'État et le Conseil National des Barreaux, conclue le 5 juin 2013 définit les engagements de chacun au sujet de la promotion de l'inscription et de l'utilisation effective de l'application, ainsi que la mise en place de procédures communes de suivi.

230. Le décret prévoit que les communications présentées par les parties ou leur mandataire (requête, mémoire, pièces) et des juridictions (mesure d'instruction, avis d'audience, notification de la décision pour les administrations, et copie pour les mandataires), pourront être effectuées par voie électronique. La juridiction pourra ainsi communiquer via Télérecours dès lors que l'avocat ou l'administration sera inscrit dans l'application[306] y compris sur le stock papier en instance. L'identification dans l'application vaut signature et si le document n'est pas signé électroniquement au sens de l'article 1316-4 du code civil, la partie doit toutefois en conserver un exemplaire écrit[307]. Un dispositif d'horodatage des documents et d'envoi d'alertes automatiques à destination des messageries des utilisateurs est prévu[308]. Les délais de procédure sont computés à partir de la consultation effective du document, ou, à défaut, à l'issue d'un délai de carence de 8 jours[309]. Pour les procédures d'urgence, le délai court dès la mise à disposition du document dans l'application[310]. C'est aussi à travers une même culture de l'urgence que les juridictions administratives et judiciaires se retrouvent.

[306] C. just. adm. art R. 611-8-2.
[307] C. just. adm. art. R. 611-8-4.
[308] C. just. adm. art. R. 611-8-2.
[309] C. just. adm. art R. 611-8-2.
[310] C. just. adm. art R. 611-8-2.

2° Le développement du juge unique et des procédures d'urgences

231. Le recours à la juridiction à juge unique ou au juge statuant seul fait constamment l'objet de débat[311], comme le relève Camille Viennot à propos du juge unique en matière pénale, au gré des époques et quelque soit la juridiction concernée, le législateur « oscille entre le rejet du juge unique et son développement qui lui permet d'accroître, à moyens constants, l'efficacité et la rapidité de la réponse[312] ». Gabriel Roujou De Boubée constate, quant à lui, qu'en matière pénale, le législateur serait plutôt enclin à avoir recours au juge unique. Il semblerait qu'il « lui accorde sa confiance et lui confie des compétences de plus en plus étendues. Telle serait la tendance depuis un demi-siècle. (...) ainsi, notre époque serait celle de la promotion, voire de l'avènement, du juge unique[313] ».

232. En matière pénale, le recours au juge unique est en constante progression. Camille Viennot souligne qu'à l'heure actuelle, le jugement de toutes les contraventions est de la compétence d'un juge unique[314]. Si en ce qui concerne les contraventions, la compétence du juge unique est de principe, des évolutions significatives, selon l'auteur, affectent encore son champ de compétence en ce domaine. Gabriel Roujou de Boubée a justement fait remarquer que le jugement des contraventions, du moins en première instance, avait toujours été confié à un juge unique. Mais, depuis plus d'un demi-siècle, la compétence de ce juge unique s'est progressivement élargie compte tenu de la multiplication des contraventions ayant logiquement pour effet d'étendre la sphère de compétence de ce juge[315]. En matière correctionnelle, le principe est affirmé à travers l'alinéa 1er de l'article 398 du code de procédure pénale au terme duquel « le tribunal correctionnel est composé d'un président et de deux juges ». L'alinéa 3 dudit article mentionne toutefois une exception en ce qui concerne « le jugement des délits énumérés à l'article 398-1, il est composé d'un seul de ces magistrats exerçant les pouvoirs conférés au président ». Depuis la loi du 29 décembre 1972[316], les exceptions énumérées à l'article 398-1 du code de procédure pénale n'ont cessé de faire l'objet de modifications, le plus fréquemment, dans le sens d'ajouts ou reformulations des exceptions. Les travaux de

---

311 V. notamment P-A. Iweins, Le juge unique : je suis pour !, LJA 1997, n°374, p.1 et s. ; V. Boccara, Stop au juge unique !, LPA 2006, n°128, p.4 et s.

312 C. Viennot, Le procès pénal accéléré : Etude des transformations du jugement pénal, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2012, p.134.

313 G. Roujou de Boubée, Le juge unique en matière pénale. Essai d'un bilan provisoire, in Mélanges Bouloc, Dalloz, 2006, p. 1002.

314 C. Viennot, *op. cit*, p.136.

315 G. Roujou de Boubée, *op. cit.,* p.1005.

316 Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 simplifiant et complétant certaines dispositions relatives à la procédure pénale, aux peines et à leur exécution.

Camille Viennot exposent de manière très précise les évolutions des exceptions prévues par l'alinéa 3 dudit article[317].

233. En matière civile, Serge Guinchard relève que « la tradition est en faveur du principe de collégialité, mais la tendance contemporaine est à la multiplication des exceptions, à tel point qu'il ne reste pas grand-chose du principe[318] ». Comme l'explique l'auteur, la tradition du juge unique a débuté avec les juges de paix, devenus juges d'instance, puis les juges des référés et la spécialisation de juges uniques pour certains types de litiges[319]. Ce sont, en même temps, des contentieux entiers qui sont confiés à des juges uniques, ainsi de celui des accidents de la circulation qui sont confiés à un juge unique du tribunal de grande instance depuis la loi n°85-677 du 5 juillet 1985[320]. Devant le tribunal de grande instance, toutes les affaires sont susceptibles d'être jugées à juge unique, si les parties ne s'y opposent pas, sauf en matière disciplinaire et pour les questions d'état des personnes[321]. Il est également prévu que, sous certaines conditions, le président de la juridiction puisse statuer seul[322].

234. Le même constat est dressé par Bertrand Seiller à propos de la procédure suivie devant les juridictions administratives. Si, comme l'affirme l'article L.3 du code de justice administrative : « les jugements sont rendus en formation collégiale », l'article précise qu'il peut en être disposé autrement par la loi. Or, depuis une vingtaine d'années, ces exceptions se sont multipliées dans le but de permettre au juge administratif de faire face à une demande toujours plus forte de justice[323]. L'auteur va même jusqu'à considérer que le contentieux administratif ne saurait être étudié sans consacrer d'importants développements au juge unique préalablement au principe de la collégialité des formations de jugement[324]. Depuis 1990, les présidents de juridiction ou de formation de jugement (ou les magistrats qu'ils désignent) peuvent juger eux-mêmes certaines affaires, sans nécessité d'une délibération collégiale, avec ou sans conclusions du rapporteur public[325].

---

317 C. Viennot, *op. cit*, p.145 et s.

318 S. Guinchard, Droit processuel, 8ème éd., Dalloz, Paris, 2015, p.811 et s.

319 Citons le juge aux affaires familiales, le juge et conseiller de la mise en état, le juge de l'exécution et le juge de proximité.

320 C. just. adm. art. R. 212-8.

321 C. just. adm. art. L. 212- 2.

322 Pour les tribunaux des affaires de sécurité sociale : CSS. art. L. 142- 7 ; pour les tribunaux de l'incapacité : CSS. art. L. 143- 2- 2 ; pour les tribunaux paritaires de baux ruraux : C. rur. art. L. 492-6.

323 B. Seiller, Le juge unique, AJDA 2012, p.1205.

324 *loc. cit.*

325 Selon l'intervention de Jean-Marc Sauvé dans le cadre du colloque organisé par l'Association des Juristes de Contentieux de droit Public (AJCP) du Master II Contentieux Public de l'Université Paris 1, le

235. Le code de justice administrative prévoit également que peuvent être réglées, au sein du Conseil d'État, par un juge statuant seul, « les affaires dont la nature ne justifie pas l'intervention d'une formation collégiale[326] », il peut en aller de même dans les cours et les tribunaux pour des raisons tenant à « l'objet du litige ou à la nature de la question à juger[327]».

236. À côté de l'utilisation du juge unique, des procédures similaires aux deux juridictions ont été mises en place pour pallier à l'urgence de certaines situations. En matière civile, plusieurs dispositifs permettent de régler des litiges présentant une urgence. C'est le cas de la procédure d'urgence à jour fixe, permettant de trancher le fond d'un litige, au moyen d'une décision définitive ou de l'assignation à jour fixe[328] dans laquelle la mention relative au délai de comparution n'a pas a y figurer. Parallèlement à ces procédures accélérées, sont prévues par le code de procédure civile, des procédures de référés relevant de la compétence du président du tribunal qui peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend[329]. Le président du tribunal peut également prononcer des ordonnances sur requête dans des cas spécifiques et ordonner toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement[330].

237. En matière pénale, l'urgence de certaines situations est également à l'origine de procédures spéciales, tel que le référé-détention. Décrit par l'article 148-1-1 du code de procédure pénale, cette procédure permet d'assurer l'égalité entre le parquet et la défense, le ministère public se voit conférer le droit d'introduire un référé détention. Cette procédure n'est prévue que lorsqu'une décision de remise en liberté est prise par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention, malgré des réquisitions contraires du procureur de la République. Même s'il n'est pas qualifié de référé, l'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire, tel que décrit par l'article 187-1 du code de procédure pénale, s'apparente à une procédure

---

vendredi 15 mai 2009 : le président du tribunal ou le magistrat qu'il désigne à cet effet peut ainsi statuer seul, après conclusions du rapporteur public, sur une dizaine de catégories de litiges qui figurent à l'article R. 222-13 du code de justice administrative. En outre, les reconduites à la frontière sont jugées depuis 1990 en juge unique. Au total 30 % des affaires, y compris les procédures d'urgence sont jugées en juge unique. Les cours administratives d'appel disposent d'une procédure analogue (art R 222-33 CJA) pour juger les appels de reconduites à la frontière. (http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Larepartition-des-competences-dans-la-juridiction-administrative#25)

[326] C. just. adm. art. L. 122-1.

[327] C. just. adm. art. L 222-1.

[328] CPC art.789.

[329] CPC art. 808.

[330] CPC art. 812.

accélérée, car « la personne mise en examen ou le procureur de la République peut, si l'appel est interjeté au plus tard le jour suivant la décision de placement en détention, demander au président de la chambre de l'instruction ou, en cas d'empêchement, au magistrat qui le remplace, d'examiner immédiatement son appel sans attendre l'audience de la chambre de l'instruction ».

238. Si les procédures d'urgences sont utilisées depuis de nombreuses années en procédure civile, elles font également partie intégrante de la procédure administrative. La loi du 30 juin 2000 est à l'origine de la refondation des procédures d'urgence et constitue une évolution majeure du contentieux administratif. Cette réforme s'est avérée nécessaire devant l'inefficacité des procédures d'urgence existantes. Selon le vice-président du Conseil d'État, cette réforme a induit un véritable changement culturel, en donnant au juge administratif une nouvelle mission, en faisant de lui « un nouveau juge » en phase avec son temps. Donner au juge administratif la possibilité de traiter l'urgence relevait de « l'absolue nécessité car il aurait fini par perdre ses prérogatives et mettre sa propre existence en péril[331]».

239. Plusieurs procédures d'urgence s'offrent ainsi aux justiciables : le référé-suspension d'une part, par le biais duquel peut être sollicitée la suspension de l'exécution d'une décision administrative (tel qu'un permis de construire ou un refus de titre de séjour), le référé-liberté, d'autre part, qui permet d'obtenir du juge des référés «toutes mesures nécessaires» à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle l'administration aurait porté atteinte de manière grave et manifestement illégale. Dans le cadre de ce référé, le juge se prononce, en principe, dans un délai de 48 heures. Enfin, le référé-suspension également appelé référé « mesures utiles », permet de demander au juge toute mesure utile avant même que l'administration ait pris une décision (comme la communication d'un document par exemple). Jean-Marc Sauvé a pris acte de ces évolutions en estimant que, de manière générale, ces nouvelles missions laisse place à un contrôle accru du juge sur les décisions de l'administration ainsi qu'une affirmation de son rôle de protecteur des libertés et droits fondamentaux[332]. Le rapprochement entre les deux ordres juridictionnels ne se limite pas à des contraintes et des procédures communes et conduit à constater l'apparition très nette d'une standardisation du procès.

---

[331] Intervention de M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, lors des troisièmes États généraux du droit administratif « Le juge administratif et les questions de société » à la Maison de la Chimie à Paris le vendredi 27 septembre 2013.

[332] *op. cit.*

SECTION 2 : LA CONDUITE PAR LES JUGES D'UN PROCÈS STANDARDISÉ

240. Même si le procès administratif se distingue à plusieurs égards du procès pénal ou du procès civil, nous observons que les principes qui structurent ces différents procès présentent de grandes similitudes (Paragraphe 1). Par ailleurs, le rôle du juge au sein de chaque ordre juridictionnel évolue aujourd'hui dans le sens de l'accroissement de ses pouvoirs (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une perception identique des principes structurant le procès

241. Parmi les principes qui structurent le procès administratif et judiciaire, le contradictoire apparaît aujourd'hui comme un élément important au sein de chaque ordre juridictionnel. Par ailleurs, la place respective de l'oralité et de l'écrit au sein de la procédure administrative et judiciaire, autrefois source de divergence, est relativisée par le développement de l'oralité au sein du procès administratif (A). L'organisation respective des juridictions administratives et judiciaires laisse également apparaître un rapprochement significatif (B).

A/ Le principe du contradictoire et l'oralité du procès

242. Le principe du contradictoire représente, aussi bien pour le juge judiciaire que pour le juge administratif, une exigence incontournable dans le déroulement du procès (1°). L'oralité, autrefois quasi inexistante en procédure administrative progresse sensiblement, la rapprochant ainsi de la procédure judiciaire et notamment du procès pénal (2°).

1° L'importance réciproque du principe du contradictoire

243. François Gazier a décrit l'évolution du principe du contradictoire au sein des juridictions administrative comme un principe qui s'appliquait, au départ, de façon précise et ponctuelle. Ce fut notamment le cas à propos des juridictions disciplinaires tenues d'entendre l'intéressé avant de se prononcer sur son cas. L'exigence d'une procédure contradictoire était alors présentée comme découlant du principe plus

général du respect des droits de la défense[333]. Cette solution s'est ensuite appliquée à toutes les juridictions administratives, même si elles n'avaient pas un caractère disciplinaire, et a rendu les garanties applicables à l'ensemble des parties en litige, quelle que soit leur nature. Pour étendre cette solution, le Conseil d'État[334] s'est fondé sur « le principe général applicable à toutes les juridictions administratives d'après lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire[335]».

244. Jean-Claude Bénichot ainsi que d'autres auteurs, mentionnent que quelques années plus tard, le Conseil d'État évoquera le principe général du droit selon lequel la procédure doit revêtir un caractère contradictoire[336] et qu'il représente une « garantie essentielle des justiciables[337] ». Il a ensuite précisé que le principe du contradictoire « tend à assurer l'égalité des parties devant le juge[338] ». Ce principe garantit la possibilité pour chacune des parties d'être informées des arguments présentés, de prendre connaissance de toutes les pièces du dossier et d'être mise à même de présenter ses propres observations. Codifiée par l'ordonnance du 4 mai 2000, l'article L.5 du code de justice administrative évoque clairement ce principe : « L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence » en cantonnant toutefois l'application de ce dernier à l'instruction.

245. S'agissant de la procédure civile, le principe de la contradiction est consacré dans la Section VI du code de procédure civile, plus précisément de l'article 14 à l'article 17. Au terme de cet article, « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée » et confirmait une jurisprudence ancienne. En ce qui concerne la procédure pénale, l'alinéa 1er de l'article préliminaire du code de procédure pénale énonce de façon laconique que « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire » dont l'application se décline à différents stades de la procédure : l'obligation d'instruire pour le juge, la possibilité de discuter les éléments de preuve, la communication des pièces (…). On constate que si le contradictoire a connu un évolution plus tardive devant les juridictions administratives, ce principe structure dorénavant le déroulement du procès administratif comme judiciaire. La convergence entre les deux ordres juridictionnels ne saurait toutefois se limiter à l'application du

---

[333]CE, 20 juin 1913, n°41854, Téry, Rec. 736, S. 1920. 3. 13, concl. Corneille.

[334] CE, 12 mai 1961, n°40674, Sté La Huta, Rec. 313.

[335] Confirmé par CE, ass., 13 déc. 1968, n°71624, Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne, Rec. 647.

[336] CE, 16 janv. 1976, n°94150, Gate, Dubosc et a., Perrimond et autres, Rec. 39.

[337]CE, ass., 12 oct. 1979, n°01875, Rassemblement des nouveaux avocats de France, Rec. 370; JCP 1980, II, 19288, concl. M. Franc, note J. Boré.

[338]CE, 29 juill. 1998, n°179635 et 180208, Mme Esclatine, Rec. 321, concl. Chauvaux ; D. 1999. 85, concl. Chauvaux ; AJDA 1999. 69, note Rolin.

principe du contradictoire.

2° La progression de l'oralité devant le juge administratif

246. Si la procédure devant les juridictions administratives est traditionnellement écrite, l'oralité, soulignée par Bernard Chemin[339], se développe progressivement. C'est principalement en raison de l'introduction des procédures d'urgences que l'oralité a trouvé sa place devant le juge administratif. Il en est ainsi, à propos du contentieux des obligations de quitter le territoire national et des arrêtés de reconduite à la frontière ou celui des référés précontractuels et contractuels pour lesquels, les parties peuvent présenter des observations orales. Mais c'est, selon le même auteur, la loi du 30 juin 2000, à l'origine de l'introduction des procédures d'urgences, qui a permis l'essor « le plus spectaculaire » de l'oralité grâce, notamment, au référé-suspension[340], ou au référé injonction[341] pour lesquels le juge des référés « statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale[342]». Ces procédures représentent « une part importante des affaires traitées dans les juridictions, en particulier en première instance » et ont, par la même occasion, « modifiées les habitudes de travail du juge administratif, qui, en adoptant une « culture de l'urgence », a acquis une « culture de l'oralité » qui lui était pourtant totalement étrangère [343] ». Le recours à des procédures orales en contentieux administratif rapproche ainsi la procédure administrative de certaines procédures civiles, où l'oralité est le principe.

247. Les parties présentent oralement leurs prétentions devant le Tribunal d'instance[344], le Tribunal de commerce[345], le Tribunal paritaire des baux ruraux[346] et devant la Cour d'appel[347]sauf devant le Tribunal de grande instance où la procédure est écrite. L'intégration, au sein des juridictions administratives, des procédures orales permet également un rapprochement avec la procédure pénale où le principe de l'oralité des débats est scrupuleusement suivit devant la Cour d'assise. Les jurés et assesseurs ne prennent leur décision qu'après avoir assisté à l'audience. L'oralité est également présente en matière correctionnelle, où les infractions s'établissent

[339] B. Chemin, Le statut de l'oralité, AJDA 2011, p.604.
[340] C. just. adm. art. L. 521-1.
[341] C. just. adm. art. L.521-2.
[342] C. just. adm. art. L.522-1.
[343] B. chemin., *op. cit.*
[344] C. pr. civ. art. 846.
[345] C. pr. civ. art. 860-1.
[346] C. pr. civ. art. 882.
[347] C. pr. civ. art. 946.

généralement par tout mode de preuve[348] et sont susceptibles de faire l'objet d'une discussion verbale à l'audience. Plus généralement, ce sont les règles d'organisation entre les deux juridictions qui paraissent converger vers un modèle unique.

B / Le statut des magistrats et les voies de recours

248. Le statut des magistrats de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire organise leur indépendance et leur inamovibilité (1°). Devant le juge judiciaire comme le juge administratif, le justiciable bénéficie, sauf dispositions contraires, d'un double degré de juridiction (2°).

1° Le statut des magistrats

249. L'indépendance de l'autorité judiciaire et l'inamovibilité des magistrats sont des garanties permettant d'assurer une justice indépendante et impartiale. Ces attributs sont garantis, pour le juge judiciaire, par l'article 64 de la Constitution. Quant à l'indépendance des magistrats de l'ordre administratif, elle est notamment garantie par l'existence du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Par ailleurs, la gestion de la carrière des membres du Conseil d'État ou des magistrats administratifs ne donne lieu à un aucun contrôle préalable d'une autorité politique ou d'un cabinet ministériel. Enfin, l'autonomie de gestion contribue également à garantir l'indépendance des juridictions.

250. En ce qui concerne l'impartialité des juges, que Nathalie Fricero estime comme universellement partagée[349], elle se trouve assurée tant à l'égard des magistrats de l'ordre administratif que de l'ordre judiciaire. À propos de l'impartialité personnelle des membres de la juridiction administrative, les textes prévoient qu'aucun membre du Conseil d'État ne peut participer au jugement d'un recours dirigé contre un acte pris après avis du Conseil d'État, s'il a pris part à la délibération de cet avis[350]. Pour permettre l'effectivité de cette disposition, les parties peuvent demander communication de la liste des personnes ayant participé à la délibération de l'avis du Conseil d'État sur le texte qui fait l'objet d'un contentieux[351]. Les membres d'une formation de jugement ne peuvent d'ailleurs ni consulter les dossiers des formations

---

[348] C. pr. pén. art. 427.

[349] N. Fricero, Récusation et abstention des juges : analyse comparative de l'exigence commune d'impartialité, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, juin 2013, n°40.

[350] C. just. adm. art. R.122-21-1.

[351] C. just. adm. art. R.122-21-2.

consultatives, ni avoir connaissance des avis éventuellement rendus par le Conseil d'État sur les actes attaqués devant lui[352].

251. L'impartialité structurelle ou fonctionnelle est également assurée par de récentes réformes permettant de clarifier la séparation entre les formations juridictionnelles et consultatives du Conseil d'État, par la modification de la composition de ces formations de jugement et, en particulier, celle de l'Assemblée du contentieux[353]. Pour les juridictions administratives, le Conseil d'État juge que l'impartialité résulte d'un principe général du droit et la récusation comme l'abstention sont prévues aux articles L. 721-1 et R. 721-1 et suivants du code de justice administrative, développées dans la charte de déontologie des membres de la juridiction administrative. En ce qui concerne les juridictions judiciaires, ce sont les articles L. 111-6 et suivants du code de l'organisation judiciaire qui prévoient les règles applicables à l'impartialité des juridictions de l'ordre judiciaire civil, complétées par le recueil des obligations déontologiques des magistrats et les dispositions du code de procédure civile[354]. Enfin, pour le juge répressif, ce sont les articles 668 et suivants du code de procédure pénale qui organisent la récusation.

252. L'indépendance du juge judiciaire résulte quant à elle, de l'article 64 de la Constitution, tandis que l'impartialité est assurée par le mécanisme de l'abstention, la récusation[355] et le renvoi. Devant les juridictions administratives comme devant les juridictions judiciaires, Nathalie Fricero relève que « les textes prévoient que tout juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en conscience devoir s'abstenir peut se faire remplacer par un autre membre de la juridiction que désigne le président ou, au Conseil d'État, le président de la section du contentieux[356] ». Si le Conseil d'État incarna à lui seul pendant longtemps la juridiction administrative, la création de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel a permis un rapprochement structurel avec l'ordre juridictionnel judiciaire.

---

[352] C. just. adm. art. art. R.122-21-3.

[353] Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 ; v. également la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires qui permet au gouvernement de légiférer par voie d'ordonnance afin d'améliorer la garantie de l'indépendance des membres du Conseil d'État et des magistrats des tribunaux administratifs (TA) et des cours administratives d'appel (CAA).

[354] C. pr. civ. art. 339 et s.

[355] C. pr. civ. art. 343 ; C. just. adm. art. R.721-2 ; C. pr. pén. art. 669.

[356] N. Fricero, *op. cit.,* p.155 ; C. just. adm. art. R.721-1 ; C. org. jud. art. L.111-7 ; C. pr. civ. art. 339.

2° L'existence d'un double degré de juridiction

253. Les juridictions administratives comme judiciaires sont caractérisées par une structure pyramidale identique. Les deux ordres juridictionnels présentent ainsi un premier degré avec les tribunaux, un second degré avec les cours d'appel et deux juridictions suprêmes que sont le Conseil d'État et la Cour de Cassation. Cette similarité structurelle n'a pas toujours existé, particulièrement en ce qui concerne les juridictions d'appel.

254. Les juridictions judiciaires d'appel ont été instaurées sous le nom de tribunal d'appel par la loi du 27 ventôse an VIII mettant un terme au système d'appel circulaire mis en place en 1790. Jusqu'en 1958, les cours d'appel ne connaissaient, en matière civile, que des recours contre les jugements du tribunal civil et du tribunal de commerce. En revanche, en matière pénale, les cours d'appel connaissaient déjà des appels correctionnels et de police. Depuis 1958, les cours d'appel sont juges du second degré pour l'ensemble du contentieux non répressif[357].

255. En matière pénale et comme le présente Bernard Bouloc[358], au lieu d'instituer une cour d'assises d'appel, la loi du 15 juin 2000 prévoit un deuxième examen, par une autre cour d'assises comportant trois jurés supplémentaires et désignés par la Cour de cassation. Par ailleurs, le droit d'appel est limité, puisque le ministère public ne peut appeler contre une décision d'acquittement. Le nouvel article 380-1 du code de procédure pénale dispose ainsi que les arrêts de condamnation peuvent faire l'objet d'un appel. Cet appel est porté devant une autre Cour d'assises, désignée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation et qui procède au réexamen de l'affaire, selon les modalités et les conditions prévues par les chapitres II à VII du présent titre.

256. C'est un peu plus tard que les cours administratives d'appel, créées en 1987, sont devenues les juges d'appel de droit commun des tribunaux administratifs, à l'exception des appels formés contre les recours sur renvoi de l'autorité judiciaire, du contentieux des élections municipales et cantonales et des recours en appréciation de légalité, qui relèvent du Conseil d'État en appel. Cette structure pyramidale que présente l'ordre juridictionnel administratif et judiciaire s'accompagne d'une tendance générale à l'augmentation des pouvoirs des juges, qu'il soit administratif ou judiciaire.

---

[357] sous la seule réserve du contentieux « technique » de la Sécurité sociale.

[358] B. Bouloc, L'institution d'un recours en matière criminelle : loi du 15 juin 2000, RSC 2002. 139.

Paragraphe 2 : L'accroissement des pouvoirs des juges

257. Devant les juridictions judiciaires comme administratives, les pouvoirs des juges se développent pour rendre le procès plus dynamique et permettre ainsi aux parties de régler leur litige efficacement (A). Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte en constituent les illustrations les plus caractéristiques (B).

A/ L'évolution vers une procédure inquisitoire

258. La procédure pénale et la procédure administrative sont traditionnellement présentées comme des procédures inquisitoires, c'est à dire une procédure « dans laquelle toute initiative vient du juge : l'introduction de l'instance, la direction du procès, la recherche des faits et la réunion des éléments de preuve[359] *».* À l'inverse, la procédure civile est présentée comme accusatoire, c'est à dire que le procès est considéré comme la « chose des parties » cantonnant le magistrat dans un rôle passif. Cette conception est toutefois en train de subir certaines modifications et d'adopter les traits de la procédure inquisitoriale.

259. Dès 1935, plusieurs réformes sont à l'origine du recul du caractère accusatoire, les pouvoirs de commandement et d'initiative du juge dans la conduite du procès se trouvant notablement renforcés. Selon Serge Guinchard[360], la procédure civile moderne est devenue, aujourd'hui, en France « de type mixte ». L'esprit du procès civil n'est pas purement libéral, entre les mains exclusives des parties mais il n'est pas non plus dirigiste au sens qu'il serait à la discrétion du juge. L'auteur évoque ainsi une conception équilibrée du procès civil. Cette omniprésence du juge s'observe aussi bien dans le cadre de l'instruction (1°) que tout au long du procès, à travers l'administration de la preuve (2°).

1° L'instruction

260. Devant les juridictions judiciaires comme les juridictions administratives, la tendance générale est au développement des pouvoirs des juges sur l'instruction. En matière civile d'une part, si les plaideurs conservent un rôle clé dans l'initiative de la saisine du tribunal et du déroulement de l'instance, l'intervention du juge est de plus

---

[359] G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11 éd., Puf, Paris, 2016, p.551.

[360] S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, Procédure civile, 32 éd., Dalloz, Paris, 2014, p.63.

en plus importante. Les règles nouvelles tendent incontestablement à assurer une plus grande maîtrise du juge sur l'instruction. Comme l'explique Serge Guinchard[361], « si l'on comprend le principe d'initiative de façon plus large, comme incluant les pouvoirs exercés non seulement sur l'existence et le déroulement de l'instance, mais aussi sur le rythme de l'instruction de l'affaire, le juge reprend un rôle de premier plan ». Il est vrai qu'en principe, selon les termes de l'article 2 du code de procédure civile, il incombe aux parties d'impulser un rythme à l'instruction. Néanmoins, ce principe doit, selon les auteurs, être largement tempéré par les pouvoirs importants du juge dans la direction de l'instruction, sur laquelle il possède dorénavant une grande influence[362].

261. Les réformes de la procédure administrative prévoient également l'intervention du juge pendant l'instruction, comme en témoigne le décret n°2010-164 en date du 22 février 2010 qui a rénové les procédures applicables devant le Conseil d'État ainsi que celles devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel[363]. Il offre aux juridictions administratives des instruments destinés à rendre l'instruction plus prévisible pour les parties. Il accroît également l'efficience des mesures de clôture d'instruction pour permettre l'enrôlement des dossiers à la date prévue. Le décret permet, non seulement au niveau du Conseil d'État mais aussi dans les tribunaux et les cours, à la formation chargée de l'instruction d'une affaire, d'inviter toute personne extérieure au litige dont l'avis lui apparaîtrait utile à produire par écrit des observations d'ordre général sur tel ou tel aspect du litige, voire à s'exprimer oralement dans le cadre d'une audience d'instruction ou d'une audience de jugement. Cette disposition originale marque l'apparition officielle, dans le code de justice administrative, de l'*amicus curiae*, personnage du conseiller avisé, étranger au litige, capable, de par ses connaissances ou son expérience, de faire profiter le juge et les parties de son savoir, de sa science, de sa réflexion pour résoudre le litige. Les pouvoirs d'instruction du juge administratif ont été diversifiés et leur mise en œuvre pratique est encouragée.

---

[361] S. Guinchard et alii, Procédure civile, *op. cit.* p.354.

[362] *loc. cit.*

[363] L'actualité confirme cette tendance avec le décret n°2016-1480 dit « JADE » pour « justice administrative de demain », en prévoyant de nouveaux outils pour dynamiser le déroulement de la procédure. Le juge pourra ainsi d'office fixer une date à partir de laquelle des nouveaux moyens ne pourront plus être invoqués. Il pourra sanctionner par un désistement d'office l'absence de production d'un mémoire récapitulatif, dans le délai imparti ou encore, lorsque l'état d'un dossier permettra de s'interroger sur l'intérêt que la requête conserve pour son auteur, il pourra demander à celui-ci s'il maintient sa demande et, à défaut de réponse dans le délai imparti, prononcer un désistement d'office.

262. Dans le procès pénal, le juge d'instruction a un rôle controversé, mais important, notamment en matière probatoire. C'est le juge d'instruction qui se charge de découvrir et rassembler les preuves, à l'aide de pouvoirs de contraintes (perquisitions, saisies, audition de témoins, interrogatoire). Le juge d'instruction se doit ainsi d'instruire à charge et à décharge. L'instruction n'est toutefois obligatoire qu'en matière criminelle et seulement facultative lorsqu'il s'agit de délit[364]. Elle débute seulement si la victime s'est constituée partie civile devant la juridiction d'instruction ou lorsque le Ministère public a saisi la juridiction d'instruction par un réquisitoire introductif à raison de la complexité de l'affaire ou de l'ignorance de l'identité de l'auteur. Bien que régulièrement critiqué, voir même remis en cause, le juge d'instruction apparaît, en matière pénale, comme « figure judiciaire ancrée dans l'histoire de nos institutions criminelles[365] ». Au delà de l'instruction, le rôle du juge s'est renforcé en ce qui concerne l'administration de la preuve.

2° L'administration et la charge de la preuve

263. La charge de la preuve - En procédure civile, la règle qui prévaut en matière de preuve figure à l'article 1315 du code civil et article 9 du code de procédure civile. Ces dispositions impliquent respectivement que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. Cette liberté laissée aux parties apparaissait néanmoins improductive, en raison leur négligence ou celle de leurs conseils. Le non-respect de délais de procédure conduisait à ralentir le cours de la justice. C'est pourquoi le nouveau code de procédure civile a sérieusement limité la toute-puissance des parties et a renforcé les pouvoirs du juge en lui confiant de véritables pouvoirs de direction de l'instance, tout en respectant le droit d'initiative des parties et les contours du principe dispositif.

264. Hervé De Gaudemar a mis en lumière le rapprochement de la procédure administrative et de la procédure civile à propos de la charge de la preuve. L'auteur relève qu'il est possible d'identifier dans la jurisprudence administrative, « même si les formules ne sont pas identiques, l'esprit de l'article 9 du code de procédure civile[366] ». L'arrêt Société Etablissement LeBreton[367], initialement applicable au

---

[364] Sauf en ce qui concerne les délits commis par les mineurs de 18 ans pour lesquels elle est en principe obligatoire (art. 5,8, 8-2 et 9 de l'ord. du 2 février 1945).

[365] Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, v° juge d'instruction, art.5.

[366] H. de Gaudemar, La preuve devant le juge administratif, Droit administratif, 2006, n°9.

[367] CE, 20 juin 2003, n°232832, Sté Etablissement Lebreton, Rec. 273 ; RJF 2003. 1140, concl. Colin, p. 754 ; Dr. fisc. 2004, comm. 199 ; RJF 2003, n°1140, concl. Collin.

contentieux fiscal, s'est étendu au contentieux administratif général : « il incombe en principe, à chaque partie d'établir les faits qu'elle invoque au soutien de ses prétentions, les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci ».

265. Selon Bernard Pacteau, la souplesse du droit de la preuve est un autre trait marquant du contentieux administratif, « il n'existe aucun système rigide ni préconstitué de preuve[368]»[369]. En la quasi-absence de dispositions régissant la preuve en contentieux administratif (hormis le cas du contentieux fiscal), Hervé de Gaudemar souligne le rôle décisif du juge administratif dans l'administration et la charge de la preuve, à travers sa jurisprudence d'attribution de la charge de la preuve favorable au requérant[370]. C'est notamment le cas en matière de dommages accidentels causés aux usagers des ouvrages publics, pour lesquels la victime doit seulement apporter la preuve du lien de causalité entre l'ouvrage et son dommage. Si en matière probatoire, le régime de la preuve est relativement différent en matière civile, il existe, en dehors des présomptions légales, les présomptions du fait de l'homme qui sont des présomptions, que « le juge induit librement d'un fait pour former sa conviction, sans y être obligé par la loi[371] ».

266. En contentieux administratif, le juge procède régulièrement à un rééquilibrage de la preuve, notamment en raison de l'inégalité entre administrés et administration et au privilège du préalable que détient l'administration. Cette situation de fait conduit à exiger du défendeur qu'il collabore à l'instruction du procès et, du même coup, à sanctionner ses silences. Cette situation se traduit comme par l'établissement des présomptions de faute traduisant alors une inversion de la charge de la preuve. Ce rééquilibrage, parfois opéré au profit de l'administré existe sous une autre forme en procédure civile, particulièrement en droit du travail, où les relations entre salariés et employeurs comportent un déséquilibre au profit de ces derniers. Nombreuses sont les dispositions du code de procédure civile applicables en matière de preuve dans les contentieux prud'homaux. Toutefois, plusieurs règles tiennent comptent de cette inégalité comme l'article L. 122-14-3 du code du travail instaurant un bénéfice du doute au profit du salarié dans le cadre des contestations relatives à la régularité de la procédure du licenciement et sur l'existence d'un motif réel et sérieux de licenciement.

---

[368] Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, v° preuve.

[369] La « souplesse » du contentieux administratif est le résultat d'une démarche pragmatique du juge administratif qui le différencie de son homologue judiciaire, plus formaliste. V. sur ce point n°505

[370] H. de Gaudemar, *op. cit.*

[371] G. Cornu, Vocabulaire Juridique, *op. cit.,* p.795.

267. À propos de la preuve des heures supplémentaires, la Cour de cassation, en application de l'article 1315 du code civil, mettait traditionnellement à la charge du salarié la preuve d'avoir effectué les heures supplémentaires dont il revendiquait le paiement. Devant la difficulté d'établir cette preuve, le législateur a introduit dans le code du travail, un article L. 212-1-1 qui organise le partage du fardeau de la preuve entre les parties et le juge. L'existence de présomptions propres au contentieux prud'homal illustre également la recherche d'un équilibre entre les deux parties. À titre d'exemple, citons la présomption d'existence d'un contrat de travail dans les cas où le lien de subordination n'est pas évident ou encore, les présomptions de bénéfice d'un contrat à durée indéterminée en cas de non-respect des formes prévues pour la conclusion de certains contrats de travail précaires ou de leur utilisation hors des domaines où ils est prévu qu'ils soient conclus.

268. Liberté de la preuve - Le principe de la liberté de la preuve qui prévaut devant le juge administratif se rapproche de la preuve en matière commerciale ou en matière pénale. Si le principe de liberté de la preuve prévaut devant les juridictions judiciaires, en matière commerciale, le droit civil de la preuve est largement prévu et règlementé par le code civil dans le chapitre VI intitulé « De la preuve des obligations et de celle du paiement ». La charge de la preuve obéit à une règle simple : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation [372]».

269. Loyauté de la preuve - Le principe de la loyauté dans la recherche des preuves a pour objet d'interdire à celui qui administre la preuve, l'utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes. En matière civile et commerciale[373], si aucun texte ne fait référence à ce principe, la jurisprudence de la Cour de cassation est en revanche plus explicite, en s'y référant, par le biais de différentes formules, à travers les visas. L'utilisation du principe de loyauté dans l'administration de la preuve dans la jurisprudence de la Cour de cassation se révèle toutefois très inconstante, certaines décisions s'y réfèrent tandis que d'autres laissent penser qu'on ne peut hisser la loyauté au rang de principe. Beaucoup d'auteurs réfutent l'existence d'un tel principe général, tel que Loïc Cadiet, qui conclut que si ce principe existe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, par le biais de référence, il rejette l'existence d'un principe général de loyauté, au sens des principes directeurs du procès. Il considère même qu'un tel principe ne doit pas être consacré, « sauf à vider le premier

[372] Depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, cette règle figure désormais à l'article 1353 du code civil.

[373] L. Cadiet, Le principe de loyauté devant le juge civil et le juge commercial, Procédures, n°12, Déc. 2015, dossier 10.

chapitre du nouveau Code de procédure civile de sa substance éprouvée au profit d'un concept trop vague et trop subjectif pour servir de grammaire commune fiable et sure [374] ». Nathalie Fricero constate « que le recours à la loyauté des débats reste subsidiaire et que la loyauté est souvent absorbée par la légalité processuelle[375]».

270. En matière pénale, la loyauté est un principe essentiel dans la recherche de la vérité. Toutefois, dans le cadre de son application, une distinction doit être opérée. Ce principe ne s'applique pas de la même manière aux magistrats, officiers de police judiciaire qu'aux particuliers. Si les premiers y sont normalement tenus, la Cour de cassation a jugé à propos des seconds que « les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante[376] ». Des auteurs, tels que Coralie Ambroise-Castérot, ont relevé que cette jurisprudence, visiblement circonscrite aux personnes privées, semble s'étendre aux autorités judiciaires. Une jurisprudence récente laisser planer un doute dans l'esprit du juriste sur le fait que, peut-être, les policiers pourraient, dans une certaine mesure, s'affranchir du principe de loyauté[377]. L'actualité semble confirmer l'importance de ce principe en matière pénale à travers l'arrêt du 6 mars 2015[378], rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Visant, entre autres, le principe de loyauté des preuves, elle a jugé que le placement en garde à vue combinée à la sonorisation des cellules constituait un procédé déloyal. L'agencement de procédés légaux peut alors constituer un manquement à la loyauté. Cette solution ont poussé certains auteurs, comme Carole

---

[374] L. Cadiet, La légalité procédurale en matière civile, BICC 15 mars 2006, n° 23. ; v. également, pour une vision plus générale des différentes procédures en matière de preuve : L. Cadiet, M. Mekki et C. Grimaldi, La preuve : Regards croisés, Dalloz, Paris, 2015 ; v. également F. Fourment, Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale, D. 2011, p.562.

[375] N. Fricero, La recevabilité des preuves « déloyales » en matière civile, Procédures 2015, n°12, dossier n°14.

[376] V. par exemple Cass. crim., 11 févr. 1992, nº 91-86.067, bull. crim., n°66.

[377] C. Ambroise-Castérot, Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité, AJ pénal 2005, p.261. v. également Cour de cassation, rapport 2004. Disponible :https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/travers_quelques_6401.html ; v. également P. Conte, La loyauté de la preuve en procédure pénale, Procédures, n°12, déc. 2015, dossier n°12 ; *ibid.* La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? ; Dr. pénal 2009, étu. 8. ; B. De Lamy, De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale, in Mélanges J. Pradel, Cujas, 2006, p. 97 ; Ph. Varland, L'exercice quotidien de la fonction de défense et loyauté de la preuve, AJ pénal 2005. 275.

[378] Cass., ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, AJ pénal 2015. 362, note C. Girault ; D. 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; *ibid.* 1738, obs. J. Pradel ; RSC 2015. 117, obs. P.-J. Delage ; ibid. 971, chron. J.-F. Renucci.

Girault à publier un commentaire sous un titre très évocateur : « Quand la loyauté fait sa loi[379] ».

271. Devant les juridictions administratives, Gweltaz Eveillard[380] constate que « le Conseil d'État, consacrant un principe de liberté de la preuve, refuse corrélativement d'ériger en principe général la loyauté dans l'administration de celle-ci. Patrick Frydman et Julien Sorin [381] font le même constat, en observant que le juge administratif n'ignore pas le concept de loyauté de la preuve, mais il ne l'a pas érigé « en exigence impérieuse du procès administratif ». Il n'a consacré aucun principe de loyauté en matière processuelle et reste fidèle à la liberté de la preuve. Les auteurs y voient une divergence avec la Cour de Cassation, mais deux éléments permettent de l'atténuer très largement. D'une part, en matière civile et commerciale, nous avons pu constaté que ce principe était utilisé de façon très inconstante, ce qui nous amène à penser qu'il s'agit plus d'une exigence que d'un principe directeur du procès. D'autre part, comme les auteurs le font remarquer, le juge administratif fait appel de façon croissante à la notion de loyauté de la procédure : « l'examen de la jurisprudence la plus récente incite à identifier l'existence, sinon d'un principe, du moins d'une exigence – certes encore discrète – de loyauté, qui s'applique tant au juge lui-même vis-à-vis des parties qu'aux parties entre elles[382]».

272. Une récente décision du Conseil d'État, concernant une procédure disciplinaire engagée par l'administration contre son agent, semble aller vers une prise en compte de ce principe : « en l'absence de disposition législative contraire, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, à laquelle il incombe d'établir les faits sur le fondement desquels elle inflige une sanction à un agent public, peut apporter la preuve de ces faits devant le juge administratif par tout moyen ; que toutefois, tout employeur public est tenu, vis-à-vis de ses agents, à une obligation de loyauté ; qu'il ne saurait, par suite, fonder une sanction disciplinaire à l'encontre de l'un de ses agents sur des pièces ou documents qu'il a obtenus en méconnaissance de cette obligation, sauf si un intérêt public majeur le justifie [383] ». Mais, la portée de cette décision doit être relativisée puisque la formation de jugement a refusé de suivre les conclusions de son

---

[379] C. Girault, Quand la loyauté fait sa loi, AJ Pénal 2015. 362.

[380] G. Eveillard, Liberté et loyauté de la preuve devant le juge administratif, Droit administratif, 2014, n°12, comm. 73 ; v. également V. Daumas, Liberté et loyauté de la preuve devant le juge administratif, RFDA 2014. 924.

[381] P. Frydman et J. Sorin, Le principe de la loyauté de la preuve devant le juge administratif, Procédures 2015, n°12, dossier n°13.

[382] *Ibid.*

[383] À propos de l'arrêt du CE, sect., 16 juill. 2014, n° 355201, Ganem, Rec. 224, concl. Daumas ; AJDA 2014. 1460 ; *ibid.* 1701, chron. Bretonneau et Lessi ; AJCT 2014. 625, obs. Logéat ; RFDA 2014. 924, concl. Daumas ; Dr. adm. 2014. 73, note Éveillard.

rapporteur public qui préconisait la consécration d'un principe de loyauté de la preuve. Qu'il s'agisse des juridictions civiles, pénales ou administratives, ce principe existe, mais il n'a pas la même importance, ni la même portée selon la juridiction concernée. En tout état de cause, on ne peut réellement parler de divergence, mais seulement de l'existence de certaines nuances dans l'application d'une exigence commune. L'implication du juge dans l'administration de la preuve n'est pas la seule illustration de l'importance de son rôle au cours du procès et dans l'exécution des décisions de justice.

B/ Le prononcé d'injonctions et d'astreintes

273. Le juge judiciaire comme le juge administratif sont dotés du pouvoir de prononcer des injonctions (1°) et des astreintes (2°) afin d'assurer l'exécution d'une obligation ou d'une décision de justice.

1° L'injonction

274. L'injonction de payer - Nous évoquerons succinctement l'existence de l'injonction de payer ainsi que l'injonction de faire au sein des juridictions civiles. La procédure civile offre aux plaideurs plusieurs procédés permettant de payer une somme d'argent, de faire exécuter une obligation ou une décision juridictionnelle. Si les différentes injonctions présentées ici n'ont pas les mêmes finalités, c'est l'idée commune d'un commandement prononcée par le juge judiciaire ou administratif qui prévaut. En matière civile, ce sont les articles 1405 à 1425 du code de procédure qui organise l'injonction de payer : « le recouvrement simplifié de certaines créances tendant à la délivrance d'une injonction adressée, à l'initiative du créancier, par le juge au débiteur, lui ordonnant de payer une certaine somme à son créancier ou de former opposition à l'ordonnance[384] ». Les créances concernées par les injonctions sont celles qui ont un caractère contractuel ou statutaire ainsi que celles résultant de l'acceptation ou du tirage d'une lettre de change, de la souscription d'un billet à ordre, de l'endossement ou de l'aval de l'un ou l'autre de ces titres ou de l'acceptation de la cession de créances conformément à la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises[385]. Trois possibilités s'offrent ainsi au juge, soit la demande « lui paraît fondée » et le juge rend une ordonnance portant injonction de payer[386]. L'ordonnance doit être signifiée, à l'initiative du créancier, à chacun des débiteurs

[384] Répertoire de procédure civile, Dalloz, v° Injonction- astreinte.
[385] C. pr. civ., art 1405.
[386] C. pr. civ., art. 1409.

dans les six mois[387] à défaut, elle est non avenue. Soit le juge décide d'accéder partiellement à la requête et dans ce cas, le demandeur peut renoncer à celle-ci en ne signifiant pas l'ordonnance et en introduisant ensuite une instance de droit commun. Soit le juge rejette la requête lorsque la demande ne lui paraît pas fondée, même en partie, la requête et les documents produits sont alors restitués au requérant[388].

275. L'injonction de faire - Le requérant peut également avoir recours à l'injonction de faire, introduite par le décret n°88-209 du 4 mars 1988[389]. L'injonction de faire désigne une procédure d'injonction particulière ouverte au créancier d'une obligation de faire et par laquelle celui-ci cherche à obtenir du juge qu'il enjoigne à son débiteur de l'exécuter en nature au terme d'une procédure gracieuse. L'injonction de faire se divise en deux phases distinctes : l'une, qui initie la procédure, est gracieuse, l'autre, qui peut simplement l'achever, est contentieuse. La procédure d'injonction de faire est introduite par voie de requête, laquelle est examinée par le juge qui la rejette ou rend une ordonnance d'injonction de faire, notifiée aux intéressés. La demande prend la forme d'une requête, dont les conditions de formation, le contenu et les effets sont prévus par le code, précisément de l'article 1425-3 du code de procédure civile. Débute ensuite la phase d'instruction de la requête, qui se trouve être entièrement non contradictoire. À l'issue de cette phase d'instruction, le juge peut, « au vu des documents produits », rendre une ordonnance portant injonction de faire non susceptible de recours[390]. Cette ordonnance fixe l'objet de l'obligation ainsi que le délai et les conditions dans lesquels celle-ci doit être exécutée ainsi que les lieux, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera examinée[391]. Le mécanisme de l'injonction est également présent en droit pénal mais vise des objectifs toutefois différents.

276. L'obligation de soins - L'obligation de soins, prévue par l'article 132-45 du code pénal, est mise en œuvre sans procédure particulière. L'obligation de soins peut également consister en une « injonction thérapeutique » telle que prévue par les articles L. 3413-1 à L. 3413-4 du code de la santé publique pour les condamnés faisant usage de stupéfiants ou ayant une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques.

---

[387] C. pr. civ., art. 1411.

[388] C. pr. civ., art. 1410, al. 2.

[389] « L'exécution en nature d'une obligation née d'un contrat conclu entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant peut être demandée au tribunal d'instance lorsque la valeur de la prestation dont l'exécution est réclamée n'excède pas le taux de compétence de cette juridiction. Le juge de proximité est compétent dans les limites définies au code de l'organisation judiciaire et dans les conditions de l'article 847-5 du présent code ».

[390] C. pr. civ. art. 1425-4 al 1er .

[391] C. pr. civ. art. 1425-4 al 2 et 3.

277. L'injonction de soins – C'est une mesure initialement attachée à la peine de suivi socio-judiciaire, l'injonction de soins implique l'organisation de relations entre les autorités judiciaires et sanitaires, notamment par la présence d'un médecin coordonnateur qui fait le lien entre le médecin traitant et le juge de l'application des peines. L'injonction de soins peut également être prononcée, sous certaines conditions légales, dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve, de la libération conditionnelle, de la surveillance judiciaire, de la surveillance de sûreté et de la rétention de sûreté[392].

278. Juridictions administratives et pouvoir d'injonction – Le juge administratif s'est longtemps vu interdire la possibilité de prononcer une injonction ou une astreinte à l'égard d'une personne morale de droit public. Toutefois, depuis la loi du 8 février 1995 et le décret du 13 juillet 1995[393] le Conseil d'État, les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel peuvent assortir leur décision d'une injonction et d'une astreinte. Cependant, le juge ne peut toujours pas se substituer à l'administration, et donner des injonctions à titre principal qui ne soient pas liées à un jugement sur le fond. L'injonction doit être demandée par le justiciable et la loi précise les deux cas dans lesquels la juridiction pourra et devra prononcer par le jugement qu'elle rend, l'injonction demandée.

279. Le premier cas est celui où le jugement implique nécessairement qu'une mesure d'exécution soit prise dans un sens déterminé. C'est l'hypothèse où l'administration a une compétence liée d'après la décision du juge. Elle n'a aucune liberté de choix (par exemple lorsque le juge prononce l'annulation de la révocation d'un fonctionnaire, il faut le réintégrer dans son corps). Dans ce cas le juge prescrit la mesure d'exécution et le cas échéant impartit un délai. Le second cas est celui où le jugement implique nécessairement qu'une décision soit prise à nouveau après une nouvelle instruction (par exemple après l'annulation d'un règlement obligatoire pour l'application d'une loi). Ici, le juge prescrit que la décision soit prise dans un délai déterminé. Dans les deux hypothèses, la loi donne la faculté au juge d'assortir l'injonction d'une astreinte.

280. Si le procédé de l'injonction est aujourd'hui communément admis devant l'ordre administratif et devant l'ordre judiciaire, il faut néanmoins préciser que le juge administratif persiste à refuser d'exercer un pouvoir d'injonction à titre

---

[392] Guide de l'injonction des soins (ministère de la justice et de la santé) http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide_injonction_de_soins.pdf p.14 et s.
[393] C. just. adm., art. L. 911- 1-2 et s.

principal à l'égard de la puissance publique[394]. Prononcer une injonction à titre principal équivaudrait à placer le juge administratif dans une position d'administrateur, ce à quoi il se refuse. Nous rejoignons l'avis d'une partie de la doctrine qui réfute le motif de ce refus car le destinataire de l'injonction est l'administration. Pour cette raison, celle-ci ne peut être considérée comme un acte d'administration. Selon Franck Moderne, « donner l'ordre d'agir au titulaire d'une compétence administrative n'est pas agir à sa place[395] ». Mentionnons également que le juge judiciaire s'est montré moins hésitant lorsqu'il s'est agi de prononcer des injonctions à l'égard de l'administration, avec l'injonction d'instruction et l'injonction de jugement[396]. Ce pouvoir d'injonction n'est pas le seul outil à la disposition des juges pour leur permettre d'assurer l'efficacité des décisions de justice qu'ils prononcent.

2° L'astreinte

281. En matière civile, l'astreinte est prévue par de nombreux textes du Code. Elle peut avoir une raison d'être en cour d'instruction notamment dans le but d'obliger les parties à communiquer et à restituer les pièces[397], de contraindre les parties ou les tiers à fournir des documents ou justifications[398]. C'est également pour assurer l'exécution de ses décisions au fond que le juge l'utilise. Règlementée par les articles 33 à 37 issus de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991, l'astreinte consiste en une somme d'argent que le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit payer au créancier de la prestation, jusqu'à ce qu'elle soit exécutée.

282. Devant les juridictions administratives, c'est la loi n°80-539 du 16 juillet 1989 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public qui trouve à s'appliquer. Cette loi prévoit qu'en cas d'inexécution d'une décision de justice rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'État peut prononcer, même d'office, une astreinte contre les personnes morales de droit public pour assurer l'exécution de cette décision. L'astreinte ne peut être demandée qu'après un délai de 6 mois, elle peut être provisoire ou définitive. Les textes permettent aujourd'hui à toute juridiction prononçant l'astreinte de choisir entre la formule de l'astreinte provisoire

[394] Sur les divergences quant aux pouvoirs respectifs du juge administratif et du juge judiciaire v. n°538 et s.

[395] F. Moderne, Étrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?, RFDA 1990, p. 800.

[396] Pour plus de développements v. J-CL Administratif, fasc. 1115, n°233 et s.

[397] C. pr. civ. art 134, 136 et 943.

[398] C. pr. civ. art. 11, 139 et 290.

et celle de l'astreinte définitive[399]. La première est révisable, c'est-à-dire qu'à l'expiration du délai imparti à l'administration pour s'exécuter, le chiffre de la condamnation peut être modifié selon le comportement de celle-ci. La juridiction peut ainsi « modérer ou supprimer l'astreinte provisoire, même en cas d'inexécution constatée[400]». À l'inverse, l'astreinte est définitive lorsque la somme que le juge met à la charge de l'administration, en cas de dépassement du délai d'exécution imparti, est automatiquement due par elle, sans possibilité de révision sauf s'il est établi que l'inexécution de la décision provient d'un cas fortuit ou de force majeure. Si jusqu'en 1994, l'application de la loi sur l'astreinte s'est révélée décevante et n'était prononcée que de façon très restrictive, les prononcés d'astreinte sont devenus nettement plus nombreux depuis quelques années, probablement parce que ce pouvoir a été étendu aux cours administratives d'appel et aux tribunaux administratifs par la loi du 8 février 1995.

[399] C. just. adm. art. L. 911-6 et L. 911-7.

[400] C. just. adm. art. L. 911-7, dern. al.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

283. Le rapprochement entre les deux ordres juridictionnels révèle une dynamique commune ce qui concerne le fonctionnement et l'organisation des juridictions administratives et judiciaires. Cette synergie s'explique par l'existence d'un ensemble de contraintes et d'objectifs identiques qui pèsent sur chacune d'entre elles. Elles sont en effet confrontées à l'augmentation toujours plus importante des requêtes. Face à cette inflation, le défi est d'offrir aux justiciables une justice à la fois accessible et dans un délai raisonnable.

Pour répondre à ces attentes, les deux juridictions présentent les mêmes garanties et la même structure pyramidale. Afin d'assurer un recours plus efficace aux justiciables, il a, par exemple, été mis en place des procédures permettant de pallier à l'impératif de certaines situations révélant ainsi, l'existence d'une même culture de l'urgence.

Nous constatons que ce rapprochement s'opère aussi au niveau des principes et des caractéristiques structurant le procès et les pouvoirs du juge. Le principe du contradictoire est réaffirmé et la procédure inquisitoire semble être privilégiée, même dans le cadre du procès civil où elle progresse lentement mais sûrement. La place du juge est valorisée, notamment à travers l'augmentation de ses pouvoirs sur l'instruction, l'administration et la charge de la preuve. L'aspect le plus caractéristique de l'évolution du rôle du juge reste le pouvoir d'injonction et d'astreinte, particulièrement en ce qui concerne le juge administratif, à qui on a souvent reproché ses prétendues accointances avec l'administration active. Ce rapprochement d'un point de vue organisationnel s'accompagne d'une jurisprudence globalement convergente lorsque les deux juges sont amenés à se prononcer sur des contentieux communs.

CHAPITRE 2 : DES CONTENTIEUX COMMUNS À L'ORIGINE D'INTERPRÉTATIONS CONVERGENTES

284. Si dans sa globalité, la cohérence jurisprudentielle est préservée, les points communs entre le juge judiciaire et le juge administratif ne se limitent pas à l'aspect jurisprudentiel (Section 1). Devant l'impossibilité de dresser une étude exhaustive du champ de la cohérence jurisprudentielle, seul un aperçu sera reproduit ici (Section 2).

SECTION 1 : UNE COMMUNAUTÉ D'INTERPRÉTATION AUX FORMES VARIÉES

285. Dans le cadre des contentieux sur lesquels le juge administratif et le juge judiciaire ont eu à se prononcer et pour lesquels ils ont adopté des jurisprudences concordantes, il est possible de distinguer plusieurs formes dans l'unité d'interprétation. Cette communauté d'interprétation se forme principalement à travers le mécanisme de l'emprunt (Paragraphe 1) bien que certaines spécificités propres à chaque juge soient conservées (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le mécanisme de l'emprunt

286. C'est notamment à travers l'emprunt que les juges administratifs et judiciaires adoptent des solutions comparables. L'utilisation de ce mécanisme se manifeste principalement à travers deux procédés qui sont d'une part, la référence à une solution jurisprudentielle (A) et d'autre part, le mimétisme des techniques d'interprétations (B).

A/ Les références à des solutions jurisprudentielles

287. Les références jurisprudentielles sont fréquemment utilisées par les juges pour confirmer l'alignement de leur solution. Nous observerons que ces renvois peuvent être employés en toutes circonstances (1°) et nous aborderons le cas particulier de la notion de jurisprudence établie (2°).

1° La mention de jurisprudences en dehors de la jurisprudence établie

288. L'unité des solutions rendues par les juridictions judiciaires et administratives peuvent reposer sur des références jurisprudentielles que font les magistrats lorsqu'ils rédigent une décision. Ainsi, dans le cadre des pouvoirs conférés au juge judiciaire par l'article 111-5 du code pénal, la Cour d'appel de Reims[401], faisait clairement référence à une jurisprudence du Conseil d'État dans les motifs de sa décision : « Mais attendu, en premier lieu, que le Conseil d'État admet[402] que les conditions de la notification au conducteur des retraits de points de son permis de conduire, prévue par les dispositions de l'article L. 223-3 du Code de la route, ne conditionnent pas la régularité de la procédure suivie et, partant, la légalité de ces retraits, cette procédure ayant pour seul objet de rendre ceux-ci opposables à l'intéressé et de faire courir le délai dont il dispose pour en contester la légalité devant la juridiction administrative *».*

289. Parfois, cette référence est moins explicite, comme cette décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation : « le retrait d'un acte administratif implique que cet acte est réputé n'avoir jamais existé et prive de base légale la poursuite engagée pour violation de cet acte » à travers laquelle référence est faite aux règles relatives aux conséquences du retrait d'un acte administratif. La chambre criminelle de la Cour de cassation s'alignant ainsi sur la jurisprudence du Conseil d'État en la matière : « si le retrait ainsi opéré acquiert un caractère définitif faute d'être contesté dans le délai de recours contentieux, il emporte la disparition rétroactive de cet acte de l'ordonnancement juridique[403] ».

290. Le juge administratif utilise également les références jurisprudentielles du juge judiciaire. À titre d'exemple, on peut trouver dans la jurisprudence du juge administratif, après la reproduction d'une disposition du code pénal, une référence explicite à l'interprétation faite par le juge judiciaire de cette même disposition: « que, toutefois les dispositions de l'article 222-22 du code pénal, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation, définissent de manière suffisamment claire et précise les éléments constitutifs du délit d'agression sexuelle[404] ». Par cette référence, le juge administratif reconnaît l'expertise du juge répressif tout en donnant du crédit, du poids à sa propre décision.

---

401 CA Reims, 23 janv. 2008, n°06/00756.

402 CE, 5 déc. 2005, n°280097, Min. Int., Sécurité intérieure et Libertés locales c/ Martineau ; Rec. 56 ; AJDA 2006. 662, note Mazetier ; Jur. auto 2006. 25.

403 CE, 20 mars 2015, n°374780, Association « Tempête en Beauce ».

404 CE, 25 juil. 2013, n°363463.

291. Dans le cadre d'un litige relatif au recouvrement de l'impôt sur le revenu, le juge administratif a pu faire référence à la jurisprudence judiciaire à propos des honoraires de résultat : « il résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation que l'honoraire de résultat prévu par une convention préalable n'est dû par le client à son avocat que lorsqu'il a été mis fin à l'instance par un acte ou une décision juridictionnelle irrévocable[405] ». La rétribution des services rendus par une profession libérale, nommée convention d'honoraire, est généralement un contrat entre personnes privées, qui fixe les principes et la rémunération du prestataire de service. Le juge judiciaire est le plus couramment sollicité lorsque naissent des contentieux liés à des conventions d'honoraires. En l'espèce, le juge administratif s'appuie logiquement sur une jurisprudence de la Cour de cassation pour interpréter une convention d'honoraire entre un avocat et son client lui permettant ainsi de renforcer la cohérence et la légitimité d'une décision qui a trait à des questions de droit pour lesquelles le juge compétent n'est pas le juge « naturel ». En enrichissant sa propre solution par des références à des solutions précédemment admises, le juge conserve également l'unité du droit et l'égalité des citoyens devant la loi. Pourtant, l'utilisation des références jurisprudentielles doit être distinguée de la notion de jurisprudence établie.

2° Le dispositif de la jurisprudence établie

292. L'utilisation d'une jurisprudence établie par le juge administratif et le juge judiciaire se présente, à première vue, comme un mécanisme permettant d'assurer l'unité des solutions. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée compte tenu du caractère ambigu de ce mécanisme. Il s'analyse au premier abord comme un dispositif permettant d'éviter la question préjudicielle et autorise l'application par le juge judiciaire ou administratif, d'une solution préétablie concernant un problème de droit qui, *a priori*, n'est pas de sa compétence. Il n'est pas question pour le juge devant lequel se présente l'exception d'illégalité de statuer sur une question de droit nouvelle, mais seulement de transposer une solution acquise. Dans son arrêt SCEA du Chéneau[406], le Tribunal des conflits offrait la possibilité au juge judiciaire d'écarter la question préjudicielle lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal. Mais sous cette apparente simplicité, se cache toutefois plusieurs difficultés. Parmi elles, il faut noter le manque de clarté s'agissant du recours à la jurisprudence établie dégagée par le Tribunal des conflits.

---

405 CAA Bordeaux, 16 oct. 2014, n°13BX01990, SARL Darmendrail et autres.

406 v. n°205

293. S'agit-il d'un mécanisme proche du *stare decisis,* tel qu'il existe dans les pays de *common law* ? Rappelons que la règle du précédent renvoie à l'idée que « toute règle de droit énoncée dans une décision de justice à l'occasion d'une affaire semblable doit être considérée comme s'imposant aux juges de même rang ou de rang inférieur[407]». La notion de jurisprudence établie n'apparait pas comme réellement comparable à la règle du précédent des pays de *common law.* Cette notion n'a vocation à être employée que dans certaines hypothèses, et ne s'applique pas lorsque les faits sont analogues, mais lorsque la position jurisprudentielle en question est suffisamment stable.

294. Peu après sa décision « SCEA du Chéneau », le Tribunal des conflits a modifié son considérant de principe. Dorénavant, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît clairement, au vu notamment d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal[408] . Ce n'est plus « manifestement », mais « clairement » qu'au vu d'une jurisprudence établie, le juge saisi au principal peut statuer sur la contestation en cause. L'étude sémantique de cette évolution nous incite à réfléchir sur le passage du terme « manifestement » à celui de « clairement ». Traduit-il une forme d'infléchissement dans le degré d'exigence de la jurisprudence établie ? Est-ce juste un emploi de mots synonymes ? Nous manquons, en l'état actuel, d'éléments permettant de formuler un début de réponse.

295. L'usage du mot « notamment » implique la possibilité pour le juge saisi au principal, d'accueillir une contestation lorsqu'il apparaît clairement qu'il peut le faire, sans que l'existence d'une jurisprudence établie soit l'unique condition lui permettant d'en connaître. Il est néanmoins regrettable que le Tribunal des conflits n'ait pas défini ce qu'il entendait par « jurisprudence établie ». Bien qu'il soit possible de présumer une « jurisprudence établie » comme une solution ancrée dans la durée, certains aspects demeurent très flous, comme les critères permettant de considérer que l'on est en présence d'une jurisprudence établie ou non. À quel moment peut-on considérer une jurisprudence ancrée dans le temps, comme établie ? À supposer qu'elle le soit au moment où le juge statue, il n'est pas exclu qu'une jurisprudence, même établie, puisse évoluer dans le temps. La jurisprudence se caractérise par son aspect évolutif, sa flexibilité qui se traduit aussi par une certaine imprévisibilité. À ce

---

407 M. Fromont, Grands systèmes de droit étrangers, 7 éd., Dalloz, Paris, 2013, p.109.

408 T. confl., 12 déc. 2011, n°3841, SNC Green Yellow, n°C3841, *op. cit.*

titre, François Gény[409] excluait la jurisprudence des sources formelles du droit car elle ne s'impose pas à l'interprète avec une force suffisante. Elle est, selon l'auteur, incertaine et évolue en fonction des nécessités sociales sans aucune garantie de stabilité.

B / Le mimétisme des techniques d'interprétation

296. La communauté d'interprétation entre le juge judiciaire et le juge administratif se construit, au delà des références jurisprudentielles, par le biais de l'application de techniques d'interprétations comparables. Il suffit d'évoquer par exemple, les méthodes de qualification des infractions (1°) ou la technique du contrôle de proportionnalité (2°).

1° L'exemple de la qualification pénale des infractions

297. Le juge administratif a transposé les méthodes de qualification des infractions par le juge répressif, au domaine des sanctions administratives. Dans une conception classique, toute infraction pénale nécessite la réunion de trois éléments constitutifs. L'élément légal d'une part, qui nécessite l'existence d'un texte réprimant l'acte en cause, l'élément matériel, d'autre part, supposant que l'acte réprimé ou, à tout le moins, son commencement d'exécution, ait été réalisé. Enfin, la qualification d'une infraction nécessite de caractériser l'élément psychologique ou moral, c'est à dire que l'acte doit avoir été accompli par une personne dotée d'une volonté libre et consciente. Cette conception a toutefois fait l'objet tantôt d'une restriction, tantôt d'un élargissement. Des analyses doctrinales ont proposé de réduire les éléments constitutifs de l'infraction à deux éléments en écartant soit l'élément légal, soit l'élément psychologique. Certains considèrent que l'élément légal est une condition essentielle et non un élément de l'infraction et doit par conséquent, être exclu. D'autres estiment que l'élément psychologique au terme d'une analyse objective de l'infraction, n'est que la violation matérielle de la loi pénale.

298. Dans le cadre du contentieux administratif répressif, le juge administratif a recours au mécanisme de qualification de l'infraction, tout en affichant clairement sa préférence pour la conception objective de l'infraction. Après avoir reproduit, souvent de façon intégrale, l'élément légal, le juge administratif recherche ensuite

---

[409] F. Geny., Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif - Essai critique, 2ème éd., LGDJ, Paris, 1919, t. 1, p. 72.

ainsi parmi les faits l'élément matériel[410]. L'élément légal et matériel étant caractérisés, le juge administratif estime, à propos des infractions dont il peut connaître dans le cadre de son office, qu'elles « ne requièrent aucun élément intentionnel[411] ». C'est le cas à propos des contraventions de grandes voiries.

2° Le contrôle de proportionnalité

299. Le même constat est posé s'agissant du contrôle de proportionnalité ou la théorie dite « du bilan » traditionnellement appliquée par le juge administratif. Comme le présente Jean-Pierre Gridel[412], le contrôle de proportionnalité n'est pas inconnu du juge judiciaire, qui l'utilise en droit pénal, à travers le principe de la proportionnalité des peines à l'infraction ou en droit du travail, par le biais de la proportionnalité de la sanction disciplinaire à la faute. De même, en matière de responsabilité, pour garantir l'adéquation de l'indemnisation au préjudice. Nous n'évoquerons pas ici le contrôle de proportionnalité développé récemment par la Cour de cassation à la suite d'une réflexion menée sur sa réforme.

300. Si le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire implique bien souvent la recherche d'un équilibre entre un ou plusieurs intérêts individuels (une sorte d'intérêt communautaire), l'application du principe de proportionnalité devant le juge administratif implique non seulement, une balance entre des intérêts individuels ou collectifs, mais également entre des intérêts individuels et l'intérêt général ou l'utilité publique[413]. C'est ainsi que la cour d'appel de Lyon a procédé, dans le cadre d'une contestation relative à une procédure d'imposition, à une balance entre le droit de propriété et l'impôt sur la fortune, que les requérants considéraient comme une atteinte à leur droit de propriété. Après avoir rappelé que nul ne peut être privé de sa propriété que dans certaines conditions[414], les juges du fond ont estimé que l'impôt sur la fortune « a été instauré dans un but d'intérêt général ; que par ailleurs le seuil d'imposition, les tranches du barème, les taux d'imposition, et le système de plafonnement garantissent la proportionnalité entre le but poursuivi et les moyens employés ». Dans ces conditions, l'impôt contesté ne présentait pas, selon les juges de la cour d'appel de Lyon un caractère exorbitant et confiscatoire.

---

410 CAA Bordeaux, 1er oct. 2009, n°08BX02241, Gilles.

411 CAA Lyon, 26 avr. 2012, n°11LY02328 ; AJDA 2012. p.1653.

412 J.-P. Gridel, le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français, LPA, 2009, n°46, p.113.

413 v. étude sur l'intérêt général devant le juge judiciaire et devant le juge administratif n°431.

414 pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

301. De la même manière, l'équilibre a pu être recherché par le juge judiciaire, entre la liberté d'expression et la protection de l'environnement, de la circulation et de l'ordre public. Était en cause devant le juge de proximité, un arrêté du maire de Lille en date du 17 novembre 2003, prohibant la distribution de tracts et prospectus dans un plusieurs voies publiques du centre-ville de cette commune. Un contrevenant avait soulevé l'exception d'illégalité de cet arrêté, en soutenant qu'il portait atteinte à la liberté d'expression. La juridiction de proximité[415] a toutefois écarté cette exception d'illégalité en retenant que cette interdiction, limitée dans l'espace et le temps, n'est pas générale et absolue. La Cour de Cassation confirmera l'analyse de la juridiction de proximité en rappelant que pour écarter l'exception d'illégalité de cet arrêté soulevée par le prévenu, elle a retenu que cette interdiction, limitée dans l'espace et le temps, n'est pas générale et absolue, qu'elle concerne le site d'Euralille, un secteur sauvegardé, particulièrement fréquenté et touristique, qui ne représentent qu'une partie des rues et places du centre ville de Lille. Elle relève que l'interdiction en cause n'empêche pas la distribution de tracts et prospectus dans les autres rues, places et quartiers de Lille. Cette interdiction est justifiée par le fait que la distribution de tracts peut être source de nuisances à l'environnement, à la circulation et à l'ordre public et que ces tracts jonchant le sol génère un risque de chute ou de glissade des passants et porte atteinte à l'environnement esthétique. La Cour de cassation conclut alors que l'interdiction édictée respecte la nécessité de concilier la liberté d'expression avec la protection de l'environnement, de la circulation et de l'ordre public[416] . Même si le juge administratif et le juge judiciaire utilisent des techniques semblables et adoptent des solutions convergentes quant au fond, ils conservent néanmoins certaines spécificités.

Paragraphe 2 : La persistance de spécificités entre le juge administratif et judiciaire

302. Si les solutions demeurent cohérentes entre les deux juges, le juge administratif se révèle très attachés aux principes généraux du droit (A) alors que le juge judiciaire se réfère plus souvent au droit écrit, ce qui engendre, pour ce dernier, des difficultés dans l'appréhension de certains aspects du contentieux administratif (B).

[415] Trib. prox. Lille, 2 juil. 2013.

[416] Cass. crim., 13 mai 2014, n° 13-85.802.

A/ L'attachement du juge administratif aux principes généraux du droit

303. Même si le droit public fait l'objet d'une codification progressive des branches du droit public, comme le droit administratif, il reste largement façonné par le juge administratif. C'est notamment par le biais des principes généraux du droit que la juridiction administrative fait œuvre de construction jurisprudentielle[417]. Ces principes sont définis, selon Gérard Cornu, comme des règles considérées par le juge comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte, d'une valeur égale à celle de la loi et que l'administration et le pouvoir règlementaire doivent les respecter[418]. Comme le précise Jean Waline[419], ce procédé n'est pas inconnu du juge judiciaire, mais largement moins usité par ce dernier que par le juge administratif. Depuis leur découverte[420], l'auteur dresse le constat d'une inflation constante de l'utilisation de ces principes.

304. L'auteur décrit ensuite les techniques de création de ces principes, qui peuvent tout d'abord être déduit de l'application particulière qui en a été faite, dans un cas précis, par le législateur. Le plus souvent explique t-il, ces principes sont empruntés soit à la tradition libérale de 1789 (égalité des citoyens devant l'autorité publique, liberté de conscience, possibilité pour un citoyen menacé d'une sanction de se défendre), soit au Préambule de la Constitution de 1946, soit aux nécessités de la vie sociale (continuité des services publics, contrôle du supérieur sur les actes de l'inférieur), soit aux impératifs de l'équité (principe de l'enrichissement sans cause). Ces principes sont également inspirés par le droit international conventionnel, tel a été le cas lorsque le Conseil d'État a dégagé un principe relatif au séjour provisoire des demandeurs d'asile[421]. En l'espèce, seront abordés les principes généraux que le juge administratif a dégagé d'une disposition législative ou règlementaire de droit privé. Au lieu d'appliquer directement ces dispositions, le juge semble s'attacher à les réceptionner par le biais de principes généraux du droit. Deux domaines sont particulièrement concernés, celui du droit du travail et celui du droit de la responsabilité décennale[422].

---

[417] v. n°486 et s.

[418] G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11ème éd., Puf, Paris, 2016, p.804.

[419] J. Waline, Droit administratif, 25ème éd., Dalloz, Paris, 2014, p.318.

[420] CE, ass., 26 oct. 1945, n°77726, Aramu, Rec. 213, S. 1946.3.1, concl. Odent, D. 1946.158, note Morange.

[421] CE, ass., 1er avr. 1988, n°85234, Bereciartua Echarru, Rec. 135 ; JCP 1988. 21071, concl. C. Vigouroux ; AJDA 1988. 322, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; RFDA 1988. 499, note B. Genevois.

[422] V. n°305 et s.

305. Droit du travail - Le Conseil d'État s'est inspiré du code du travail en dégageant divers principes généraux du droit, destinés à s'appliquer aux contentieux des licenciements des salariés protégés, des plans de sauvegarde pour l'emploi, ou ceux impliquant des agents non-titulaires. Il en est ainsi du principe de l'interdiction de licencier une agent public enceinte[423] ou l'obligation de rémunérer au minimum au niveau du salaire minimum interprofessionnel de croissance[424]. L'utilisation des principes généraux procède de la manière suivante : le Conseil d'État énonce les dispositions dont il souhaite s'inspirer et en extrait l'essence pour les transformer en principes généraux. Le Conseil d'État s'est, par exemple, inspiré de l'article 1134 du code civil selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ainsi que de l'article L. 1221-1 du code du travail au terme duquel « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter » pour dégager un principe général du droit qui implique que « toute modification des termes d'un contrat de travail recueille l'accord à la fois de l'employeur et du salarié ; que le refus opposé par un salarié protégé à une sanction emportant modification de son contrat de travail ne constitue pas une faute (…)[425] ».

306. Responsabilité décennale – Le juge administratif s'inspirait, jusqu'il y a peu, des articles 1792 et 2270 du code civil pour appliquer les principes de la responsabilité décennale aux litiges qui se présentent devant eux : « les désordres litigieux ne sont pas au nombre de ceux qui peuvent engager la responsabilité des constructeurs par application des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil[426] ». Cette référence semble avoir été abandonnée par le Conseil d'État, par un arrêt en date du 15 avril 2015[427]. La formule suivante : « des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil » est délaissée au profit des « principes qui régissent la garantie décennale des constructeurs ». Julien Martin[428] a relevé les raisons de cet abandon, évoqué dans le titrage rédigé par le centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État : le juge décide de ne plus faire expressément référence aux principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 en raison du fait que « les dispositions de l'article 2270 relatives au délai décennal,

---

[423] CE, ass., 8 juin 1973, n°80232, Dame Peynet, Rec. 406, concl. S. Grévisse.

[424] CE, sect., 23 avr. 1982, n°38851, Ville de Toulouse c. Mme Aragnou, Rec. 152, concl. Labetoulle ; AJDA 1982, p. 440, chron. Tiberghien et Lasserre ; D. 1983, p. 8, note J-B Auby ; RD publ. 1983, p. 1077, note de Soto.

[425] CE, 3 juill. 2013, n°348099, Association des Paralysés de France, Rec. T. ; Dr. soc. 2013. 925, concl. G. Dumortier; RJS 11/2013, n°745.

[426] CE, 24 fév. 1988, n°47991.

[427] CE, 15 avr. 2015, n°376229 (à paraître).

[428] J. Martin, Requiem pour les « principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil », ADJA 2015, p. 1819.

reprises au nouvel article 1792-4-1, n'y figurent plus depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ». En vertu de l'article 1er, I, de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, il est disposé que les articles 2270 et 2270-2 du code civil deviennent respectivement les articles 1792-4-1 et 1792-4-2 du même code. L'auteur reste pourtant perplexe dans la mesure où, lorsque ces dispositions étaient révisées, le juge administratif en tenait compte. Peut-être faut-il voir dans cette absence de référence au code civil, même indirecte, une volonté du juge de s'affranchir encore un peu plus de ces dispositions et de leur interprétation par le juge judiciaire.

307. Autres domaines - Les domaines du droit social ainsi que celui de la responsabilité décennale ne sont pas les domaines exclusifs à travers lesquels les principes généraux dégagés par le juge administratif ont vocation à s'appliquer. Il en est ainsi de la règle relative à la répétition de l'indu. Dans un arrêt « Sté Bretonne de Fonderie et Mécanique » une société invoquait, à l'appui d'une demande de décharge d'une contribution au service public de l'électricité, l'article 1376 du code civil, relatif à l'indu, aux termes duquel celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. Le Conseil d'État rejeta cette prétention aux motifs que la société ne pouvait demander le remboursement de la somme qu'elle aurait versée au-delà de ce qu'elle devait en invoquant le bénéfice du principe de répétition de l'indu dont s'inspirent les dispositions de l'article 1376 du code civil dans la mesure où elle avait présenté sa demande de remboursement après l'expiration du délai dont elle disposait, qui expirait le 30 avril 2007[429].

308. Jean-Marc Maillot a évoqué les différentes justifications de ce procédé en estimant que l'utilisation des principes généraux en lieu et place des dispositions applicables procède, d'une part, d'une volonté de garder une certaine autonomie. L'une des attitudes caractéristiques du Conseil d'État est celle qui consiste à ne jamais dépendre, dans son contrôle, de l'interprétation donnée par une autre cour. La transposition d'une disposition législative en principe général du droit, plutôt que son application directe, donne au juge une totale maîtrise sur la norme dégagée[430]. D'autre part, le recours à ce procédé démontre l'attachement du juge administratif à une technique qui lui est familière, donc plus aisé à maîtriser. Elle constitue pour lui un procédé qui a depuis longtemps fait les preuves de son efficacité[431]. À notre sens, en poussant encore un peu plus l'analyse et à l'heure où le droit public subit une

---

429 CE, 13 juill. 2011, n°318788, Sté Bretonne de Fonderie et Mécanique ; RJF 2011, n° 1396 ; BDCF 2011, n°143, concl. Mme Legras.

430 J.-M. Maillot, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, 1ère éd., Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003, p.63.

431 *Ibid.* p.64.

forme de rationalisation, l'utilisation de cette technique cache la volonté du juge administratif de conserver et de cultiver une certaine identité, un particularisme. Rien ne justifie ou ne fait réellement obstacle à ce que le juge administratif réceptionne directement une disposition législative, tout en imposant son interprétation. Cette spécificité entretenue par le juge administratif est parfois difficile à appréhender pour le juge judiciaire.

B/ La difficile adaptation du juge judiciaire aux techniques du contentieux administratif

309. La place du droit écrit revêt une importance particulière en droit privé, (1°) ce qui peut expliquer les difficultés que le juge judiciaire éprouve parfois à l'égard du contentieux administratif (2°).

1° La place respective de la loi et de la jurisprudence en droit privé

310. Les matières associées au droit privé, tel que le droit civil ou le droit pénal, ont fait l'objet d'une codification relativement ancienne, contrairement au droit public pour lequel la codification est récente. Héritage révolutionnaire, la codification « créatrice », suivie de la codification « compilation » ont permis une clarification et une structuration de la norme, donnant ainsi au juge un cadre moins propice à la construction jurisprudentielle. Philippe Jestaz a constaté que dans un pays de droit légiféré comme la France, le juge n'a que des pouvoirs limités chaque fois que le législateur a fortement structuré une branche du droit[432].

311. Même si le droit public s'est progressivement codifié, on ne peut nier le rôle fondamental et encore important de la jurisprudence du Conseil d'État dans le développement de tout un corps de règles applicables à l'administration, en dehors et au-delà des textes. Selon Pierre Delvolvé, le juge administratif tient ainsi du législateur et de l'administrateur autant que du juge[433]. Les juridictions judiciaires, plus habituées à juger au regard de dispositions législatives ou règlementaires, semblent plus à l'aise lorsqu'il s'agit de juger une exception d'illégalité en faisant appel à des dispositions existantes, plutôt qu'à des règles prétoriennes créées par le Conseil d'État. Ces règles, façonnées par les juridictions administratives apparaissent

---

[432] P. Jestaz, Les sources du droit, 2ème éd., Dalloz, Paris, 2015, p. 106 et s.

[433] P. Delvolvé, Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, in Mélanges en l'honneur de René Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, pp. 135-145.

naturellement moins lisibles et accessibles pour le juge judiciaire que des dispositions législatives ou règlementaires.

312. À l'occasion d'un litige porté devant la cour d'appel de Rennes, un requérant soutenait que l'arrêté préfectoral était entaché d'illégalité faute de prévoir un délai pour l'exécution des mesures prescrites. Utilisant les pouvoirs qu'elle détient de l'article 111-5 du code pénal, la cour d'appel de Rennes[434] accueillit l'exception d'illégalité et apprécia la légalité de l'arrêté au regard des articles L.514-1 I et L.514-11 II du code de l'environnement. La cour rappelle au préalable le contenu de ces articles, qui disposent que la mise en demeure du préfet à l'exploitant fixe un délai dans lequel celui-ci doit satisfaire aux prescriptions déterminées en application des articles du code de l'environnent et qu'à défaut, pour l'exploitant, d'avoir obtempéré à l'injonction à l'expiration du délai fixé pour l'exécution, le préfet peut prendre l'une des mesures prévues à l'article L.514-1 du même code. Le II de l'article L.514-11 quant à lui, incrimine le fait de poursuivre l'exploitation sans se conformer à l'arrêté de mise en demeure d'avoir à respecter, au terme d'un délai fixé, les prescriptions techniques déterminées. Le juge a pu ainsi déduire des dispositions du code de l'environnement, que la fixation d'un délai d'exécution est nécessaire pour que l'arrêté de mise en demeure pris en application de ces textes soit conforme aux dispositions légales et pour que l'inobservation par l'exploitant des prescriptions de l'arrêté de mise en demeure constitue le délit prévu et réprimé par l'article L.514-11. L'arrêté contesté est finalement déclaré illégal et « ne pouvant servir de base aux poursuites » au motif qu'il prononce une mise en demeure de respecter immédiatement l'effectif déclaré sans fixer aucun délai d'exécution.

313. Même constat en ce qui concerne la légalité d'une décision administrative au regard des exigences de motivation, découlant de la loi du 11 juillet 1979. À l'occasion d'un pourvoi formé par un individu qui contestait des infractions au code de l'urbanisme, une exception d'illégalité concernant la motivation du permis de construire était soulevée. La Cour de cassation rappelle en premier lieu qu'il résulte des dispositions des articles R. 424-5 du code de l'urbanisme et 1er de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs, que le permis de construire doit être motivé lorsqu'il est assorti de prescriptions. S'appuyant sur ces dispositions, elle juge que « cette obligation de motivation, destinée à éclairer le pétitionnaire, ne saurait être regardée comme satisfaite par un document non annexé au permis et détenu seulement par l'administration[435]». Le juge répressif semble avoir plus de facilité à statuer sur une exception d'illégalité lorsqu'il peut se fonder sur une disposition législative ou règlementaire, comme dans les deux espèces

[434] CA Rennes, 22 janvier 2007, n°05/02371.
[435] Cass. crim., 4 nov. 2014, n°13-85.381.

précédemment évoquées. L'observation de la motivation des arrêts, relativement développée permet d'appuyer cette hypothèse. En plus d'une difficulté à appréhender ce droit prétorien, le juge judiciaire fait parfois preuve d'hésitation lorsqu'il s'agit d'apprécier la légalité d'un acte administratif.

2° L'hésitation des juridictions judiciaires du fond

314. Au vu de l'étude de la jurisprudence, les juridictions judiciaires du fond semblent éprouver une certaine réticence à apprécier ou interpréter la légalité d'un acte administratif. La Cour de cassation rappelle régulièrement aux juges du fond les règles régissant l'appréciation ou l'interprétation de tels actes et les sanctionnent régulièrement lorsqu'elles ne font pas utilisation des pouvoirs de l'article 111-5 du code pénal.

315. Dans le cadre des prérogatives conférées par l'article 111-5 du code pénal, la Cour de Cassation a sanctionné une Cour d'appel confronté à une exception d'illégalité. Rappelant la compétence du juge pénal pour apprécier la légalité d'un acte administratif réglementaire lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis, elle poursuit en affirmant que le juge ne peut, sous peine de méconnaître son office, se retrancher derrière son incompétence intellectuelle dans un domaine dont dépend directement la solution de la question litigieuse. En affirmant comme les premiers juges, qu'elle ne disposait pas de la compétence ou de la légitimité scientifique nécessaire pour apprécier la légalité d'un article du code de procédure pénale au regard des exigences conventionnelles et légales en la matière, la cour d'appel a méconnu son office et a violé les textes et principes susvisés[436]. En dépit de la difficulté que peut représenter, pour le juge répressif, l'appréciation de la légalité d'un acte administratif règlementaire, la Cour de cassation estime qu'il ne peut, en aucun cas, se retrancher derrière une quelconque « incompétence intellectuelle » pour refuser d'apprécier un tel acte.

316. Les juridictions judiciaires éprouvent également des difficultés pour déterminer si l'appréciation de la légalité d'un acte administratif conditionne la solution du procès pénal. Dans ce cas, la Cour de cassation rappelle les pouvoirs que détient le juge répressif de l'article 111-5 du code pénal avant de sanctionner les juges du fond qui n'en n'ont pas fait usage. Constitue une violation de l'article 111-5 du code pénal, le juge qui considère à tort, que l'illégalité d'une décision administrative est sans influence sur l'existence d'une infraction : « en considérant que l'illégalité de cette décision était sans influence sur l'existence de l'infraction, et

[436] Cass. crim., 10 juin 2015, n°14-84.541.

que l'exception d'illégalité invoquée était par conséquente inopérante, la cour d'appel a violé l'article 111-5 du code pénal[437] ». Il s'agit, selon la Cour de Cassation, d'une véritable méconnaissance de la part des juges du fond de l'étendue de leur office. Dans une affaire concernant un individu poursuivi pour conduite d'un véhicule à moteur malgré l'invalidation de son permis de conduire, la cour d'appel l'avait déclaré coupable de cette infraction sans statuer sur l'exception d'illégalité de la décision d'invalidation de son permis de conduire, soulevée *in limine litis*. La Cour de cassation jugea « qu'en omettant d'examiner cette exception d'illégalité, la cour d'appel avait méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé[438] ».

317. La même observation peut être faite en ce qui concerne l'application de la notion de jurisprudence établie devant les juridictions judiciaires. La Cour de cassation insiste sur la possibilité offerte au juge judiciaire d'accueillir une contestation portant sur la légalité d'un acte administratif, dès lors qu'une jurisprudence établie existe en la matière. Dans la plupart des décisions publiées au bulletin de la Cour de cassation concernant l'application de ce mécanisme, il est rappelé, en premier lieu, aux juges du fond que le juge judiciaire, saisi d'une question portant sur la validité d'un acte administratif, doit renvoyer cette question au juge administratif, par voie préjudicielle, sauf s'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge judiciaire saisi du principal[439].

318. Les juridictions du fond ont parfois quelques difficultés lorsqu'il s'agit de renvoyer les parties à faire trancher par la juridiction administrative une question préjudicielle. La Cour de cassation fait œuvre de pédagogie en rappelant que lorsque le juge judiciaire n'est pas en mesure d'accueillir l'exception d'illégalité, il doit renvoyer les parties à faire trancher par la juridiction administrative la question préjudicielle, sous peine de méconnaître la loi des 16 et 24 août 1790. Dans un contentieux relatif au contrat d'avenir, la haute juridiction a considéré que les juges du fond ne peuvent, sans porter atteinte à la séparation des pouvoirs, apprécier le contenu de ces deux conventions car le juge administratif est seul compétent pour dire si elles respectaient la loi en vigueur. Elle conclut en décidant qu'il appartenait aux juges de la Cour d'appel de renvoyer les parties à faire trancher par la juridiction administrative la question préjudicielle dont dépendait la solution du litige et de surseoir à statuer à cette fin[440] .

---

[437] Cass. crim., 30 janv. 2008, n°06-81.027, Bull. crim. n°27.

[438] Cass. crim., 12 juin 2013, n°12-87.531.

[439] Cass. civ. 3ème, 11 déc. 2013, n° 12-11.519, Bull. civ. III, n°162 ; Dalloz actualité, 9 janv. 2014, obs. N. Le Rudulier ; AJDI 2014. 541, obs. N. Le Rudulier; Cass, civ. 3e, 12 févr. 2014, n°13-11.972.

[440] Cass. civ. soc., 9 juill. 2014, n°13-13.491, Mme Mélani.

319. Selon les juges du quai de l'horloge, le juge du fond méconnaît également son office s'il est incapable de déterminer si la solution du litige commande l'appréciation de la légalité d'une décision administrative. Dans une affaire où le requérant excipait de l'illégalité d'un décret, la Cour de cassation a sanctionné les juges d'appel en jugeant qu'il appartenait aux juges du fond d'examiner le moyen tiré de l'illégalité dudit décret sans imposer au requérant de justifier de sa saisine du juge administratif sur ce point[441]. Il en est de même lorsque est en cause l'application d'une jurisprudence établie du juge administratif. La Cour de cassation doit régulièrement réitérer qu'il appartient au juge judiciaire, dans le cadre de son office, de déterminer s'il est en mesure, au vu d'une jurisprudence établie, de se prononcer sur la légalité de la décision contestée sans avoir à mettre en oeuvre la procédure propre à la question préjudicielle. Le refus par le juge judiciaire d'exercer ce pouvoir et de s'exclure pour considérer qu'il ne pouvait prendre parti sur la légalité d'une décision administrative, est une violation du principe de la séparation des pouvoirs et de la loi des 16-24 août 1790[442].

320. Notons néanmoins qu'en dépit de ces difficultés, le juge judiciaire a réussi à s'acclimater aux règles qui prévalent en contentieux administratif. Comme le juge administratif lorsqu'il statue dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le juge judiciaire distingue, selon la dichotomie classique, entre les différents moyens de légalité externe et interne. Les références aux moyens de légalité sont tantôt explicites : « il s'ensuit que l'arrêté préfectoral n'est pas critiquable quant à sa légalité externe[443] » tantôt implicites[444]. Il en résulte une véritable communauté d'interprétation entre les deux juges lorsqu'ils se prononcent sur des contentieux communs.

SECTION 2 : LE VASTE CHAMP D'APPLICATION DES SOLUTIONS UNIFORMES

321. La communauté d'interprétation entre les deux juges est si étendue qu'il est assez difficile de présenter de façon exhaustive l'ensemble des points d'accord entre les deux juges. Il sera ici proposé, par le biais d'une démarche inductive, de reprendre les principaux éléments de connivence en abordant successivement la jurisprudence concordante du juge administratif vis à vis du contentieux judiciaire (Paragraphe 1) et du juge judiciaire à propos du contentieux administratif (Paragraphe 2).

---

[441] Cass. civ. 1ère, 14 nov. 2012, n°11-25.103, M. Baduel.

[442] Cass, civ. 3ème, 12 fév. 2014, n°13-11.972, *op. cit.*

[443] CA Poitiers, ord. du 26 mai 2015, n°15/00021.

[444] Cass. crim, 29 janv. 2014, n°13-83.900 ; CA Toulouse, 5 sept. 2000, n°2000/00180.

Paragraphe 1 : Le juge administratif et le contentieux judiciaire

322. Les différentes études consacrées à la jurisprudence administrative et judiciaire montrent que les juges de chaque ordre juridictionnel adoptent une jurisprudence globalement concordante. Compte tenu de l'ampleur du champ de l'étude, les développements qui suivent ne prétendent à aucune exhaustivité. L'objectif est de balayer plusieurs domaines, en retenant pour chacun d'eux, quelques illustrations topiques. En ce qui concerne le juge administratif, nous avons choisi d'aborder successivement le domaine du contentieux civil et pénal (A) puis celui du contentieux économique et social (B).

A/ Le contentieux civil et pénal

Le juge administratif est quelque fois amené à appliquer certaines règles de droit civil (1°) ainsi que des dispositions ou des principes relatifs au droit de la responsabilité (2°).

1° Le droit civil et les règles de responsabilité civile

323. Donations - Au terme de l'article 894 du code civil, la donation entre vifs est définie comme un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte. La jurisprudence judiciaire a précisé la définition de la donation, comme étant un dépouillement actuel et irrévocable, à travers lequel doit apparaître une intention libérale. C'est conformément à la définition et aux critères de la donation que les juridictions administratives ont statué dans le cadre d'une affaire où un département exerçait un recours en récupération d'une donation. Le Conseil d'État confirme l'analyse de la Commission centrale qui s'est fondée tant sur l'acte de donation en cause que sur l'ensemble des circonstances de fait dans lesquelles la donation était intervenue pour rechercher si celle-ci procédait bien d'une intention libérale. En ce fondant sur l'ensemble des éléments du dossier et non sur le seul acte de donation, la commission centrale n'a pas fait peser sur le requérant la charge de la preuve ni méconnu les règles gouvernant son office. La haute juridiction confirme que c'est sans commettre d'erreur de droit qu'elle a déduit de ses constatations, au terme d'une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que la donation procédait bien d'une intention libérale de la donatrice qui s'était dépouillée d'une partie de son

patrimoine au profit de son fils[445].

324. Autorité parentale - Dans un arrêt en date du 18 octobre 2000[446], le Conseil d'État a examiné la légalité d'une circulaire au regard d'une disposition du code civil. L'association Promouvoir sollicitait l'annulation de la circulaire n°98-234, du 19 novembre 1998 du ministre de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie, relative à l'éducation à la sexualité et à la prévention du syndrome d'immunodéficience acquise. À l'appui de ce recours, l'association soutenait, entre autres, que cette circulaire, qui définissait les orientations, le contenu et les modalités générales de l'enseignement portant sur l'éducation à la sexualité et prévention du syndrome d'immunodéficience acquise, dans le cadre de l'enseignement obligatoire, serait de nature à porter atteinte à l'autorité parentale. C'est dans le cadre de ce moyen que le Conseil d'État, rappelant le contenu de l'article 371-2 du code civil, « l'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à cet égard droit et devoir de surveillance et d'éducation » a estimé que la circulaire en cause ne portait pas, du seul fait de son contenu, atteinte à l'autorité parentale.

325. Droit des personnes – C'est conformément à l'article 61 du code civil, que le juge administratif a examiné un recours visant à l'annulation d'un refus de changement de nom[447]. Il a fait de même à propos d'un litige concernant la radiation d'un fonctionnaire, justifiée par sa mise sous tutelle[448] et impliquant la mise en œuvre de l'article 492 du code civil. Le juge administratif, tout comme son homologue judiciaire, fait application de l'article 9 du code civil au terme duquel chacun a droit a sa vie privée, tout en précisant que la protection de la vie privée « ne relève pas, par nature, de la compétence exclusive des juridictions judiciaires[449] ».

---

[445] CE, 15 avr. 2015, n°365655, Rec. T.

[446] CE, 18 oct. 2000, n°213303, Association Promouvoir, Rec. 425 ; D. 2000. IR 291; AJDA 2000. 1060, concl. Boissard ; AJDA 2001, p. 45, note J. Mekhantar.

[447] V. par ex. CE, ass. 19 mai 2004, n°236470, Consorts Bourbon, Rec. 232 ; D. 2004. IR. 1644; AJDA 2004. 1351; RTD civ. 2004. 481, obs. J. Hauser ; CE, 27 juill. 2005, n°265340, Stéphane X, Rec. 345; JCP 2005 IV. 3150 ; AJDA 2005. 2142 ; D. 2005. 2244; RTD civ. 2005. 753, obs. J. Hauser.

[448] V. par ex. CE, 22 févr. 2002, n°219259, Mutualité de Meurthe et Moselle, Rec. 56 ; Dr. Adm. 2002, comm. 88.

[449] V. par ex. CE, 27 avr. 2011, n°314577, Cts Fédida, Rec. 176 ; AJDA 2011. 873, obs. M.-C. de Montecler ; D. 2011. 1945, obs. M.-C. de Montecler, note G. Lécuyer ; Dr. adm. 2011, n°70, note H. Belrhali-Bernard ; JCP 2011, n°872, note J. Antippas ; RFDA 2011. 633.

326. Étrangers - Le contentieux du droit des étrangers implique l'utilisation et l'interprétation des dispositions du code civil par le juge administratif. Tel est le cas[450] lorsque ce dernier statue sur un recours pour excès de pouvoir visant à l'annulation d'un refus de titre de séjour, sollicité auprès du préfet sur le fondement du 6° l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Cet article prévoit la délivrance d'une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » à l'étranger ne vivant pas en état de polygamie, qui est père ou mère d'un enfant français mineur résidant en France, à la condition qu'il établisse contribuer effectivement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dans les conditions prévues par l'article 371-2 du code civil depuis la naissance de celui-ci ou depuis au moins deux ans, sans que la condition prévue à l'article L. 311-7 soit exigée. Lorsque le refus du titre de séjour est contesté devant le juge administratif, celui-ci vérifie que les critères posés par l'article 371-1 du code civil sont remplis.

327. Responsabilité civile – Il n'est pas inutile de rappeler l'intérêt de l'arrêt Blanco[451] que Denis De Béchillon qualifie de grand arrêt, tout en relevant qu'il s'agit d'un monument devant lequel on passe tous les jours et qu'on finit par ne plus regarder[452]. Riche en enseignement, l'arrêt Blanco pose le principe selon lequel la responsabilité de l'Etat « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier » et qu'elle « 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[453]».

328. Ces principes sont toujours rappelés par les juridictions administratives, comme en témoigne un récent arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille. En l'espèce, il s'agissait d'une demande d'injonction d'une personne privée à l'égard d'une commune visant à prendre toutes les mesures nécessaires pour faire respecter le caractère privé du relarg situé au droit de la propriété du requérant. Il sollicitait également la condamnation de la commune à lui verser la somme de 7 000 euros en réparation du trouble de jouissance qu'il a subi et à ce que lui soit allouée la somme de 1 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. La cour rappelle que la responsabilité qui peut incomber aux personnes morales de droit public ne peut être régie par les principes qui sont énoncés aux articles 544 et 1383 du code civil, qu'il sont établis uniquement pour les rapports de particulier à particulier. Par conséquent, elle décide que l'action exercée par le requérant tendant

---

[450] V. par ex. CE, 17 oct. 2014, n°368270.

[451] T. confl., 8 févr. 1873, n°00012, Blanco, *op. cit.*

[452] D. De Béchillon, Le Conseil d'État, le code civil et le droit de la responsabilité, RJEP/ CJEG, 2005, n°618, p.90.

[453] T. confl., 8 févr. 1973, n°00012, Blanco, *op. cit.*

à voir engager la responsabilité pour faute de la commune sur le fondement de ces principes, ne peut être accueillie[454].

329. S'il existe incontestablement une singularité en droit de la responsabilité publique, Denis De Béchillon relève qu'il « ne faut pas perdre de vue que, sur de nombreux points importants et notamment celui selon lequel il n'a jamais existé de différence significative entre la responsabilité administrative et la responsabilité civile[455] ». Il est vrai que les règles relatives à la responsabilité administrative et civile se rejoignent, notamment en ce qui concerne ses conditions d'engagement (le dommage, la faute, le lien de causalité). L'auteur fait également observer les similitudes à propos des conditions de réparation du préjudice qui, globalement, se rejoignent. L'auteur oscille ainsi entre la constatation d'une évolution allant dans le sens d'un rapprochement des régimes de responsabilité (recul des cas d'irresponsabilité de l'Etat, unification des régimes de responsabilité) tout en insistant sur la spécificité persistante du droit de la responsabilité publique. En tout étant de cause, s'il existe une convergence des deux régimes de responsabilité, la juridiction administrative n'applique pas, de façon directe, les dispositions relatives à la responsabilité civile.

330. Responsabilité des constructeurs – Marcel Sousse[456] a défini les contours du problème en estimant que la question qui se pose est de savoir quelle est l'originalité de la responsabilité des concepteurs vue par le juge administratif. À cette question, l'auteur répond qu'il n'y a pas de véritable différence fondamentale. Il va même au-delà, en déclarant que les solutions en ce domaine ont tendance à se rapprocher.

331. Garantie de parfait achèvement - Selon les termes de l'alinéa 2 et 5 de l'article 1792-6 du code civil, la garantie de parfait achèvement à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception. L'exécution des travaux exigés au titre de la garantie de parfait achèvement est constatée d'un commun accord, ou, à défaut, judiciairement. Cette garantie est mise en œuvre, concernant les désordres qui ont fait l'objet de réserves, lors de la réception des travaux et ceux qui sont apparus dans le délai d'épreuve d'un an, en principe, consécutif à la réception des travaux. Contrairement aux différentes garanties exposées ci-après, elle n'est due

---

454 CAA Marseille, 19 mai 2015, n°13MA00430.

455 D. De Béchillon, *op. cit.*

456 M. Sousse, La responsabilité des concepteurs en droit administratif, AJDA 1996, p. 348.

que par l'entrepreneur[457]. Le champ d'application des désordres couverts par cette garantie est identique pour la juridiction administrative[458] et judiciaire. Sont ainsi couverts, les désordres ayant fait l'objet de réserves ainsi que ceux qui apparaissent pendant l'année de la réception. Quelques applications divergentes existent entre les juridictions judiciaires et administratives, notamment en ce qui concerne le caractère d'ordre public que les juridictions judiciaires attachent à cette garantie alors que le juge administratif estime qu'il est possible d'y renoncer.

332. Le juge administratif, comme le juge judiciaire considèrent que le constructeur visé par la garantie de parfait achèvement est l'entrepreneur des travaux défectueux, c'est-à-dire le professionnel ayant effectivement réalisé les travaux contestés[459]. Le délai de garantie de parfait achèvement commence à courir à la date de la réception de l'ouvrage[460] et court même en l'absence de stipulation contractuelle prévoyant un délai de garantie de parfait achèvement. En l'absence de stipulation contractuelle particulière, la durée de la garantie de parfait achèvement est de un an. Les juridictions administratives et judiciaires s'accordent sur le fait que les désordres apparents lors des opérations de réception, qui n'ont pas fait l'objet de réserves ne sont pas couverts par la garantie de parfait achèvement. Le maître de l'ouvrage est, dans ce cas, réputé avoir renoncé à demander réparation des désordres[461].

333. Garantie décennale - Au terme de l'article 1790 du code civil, « Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère ». Un ouvrage au sens de l'art. 1792 n'est pas nécessairement un bâtiment et peut, selon les juridictions administratives et judiciaires, être des travaux confortatifs de génie civil[462]. En ce qui concerne les désordres couverts, les juridictions des deux ordres s'accordent sur le fait qu'ils ne doivent pas être apparents à la date de la réception ou du moins, qu'à la réception, les

---

[457] CAA Nancy, 4 déc. 1997, n° 94NC01590 et n°94NC01591C, SA Ronzat et Cie et Mayer : RD imm. 1998, p. 247, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; AJDA 1998, p. 224, obs. B. Stramm.

[458] CE, 17 mars 2004, n°247367, Rec. T, Cne Beaulieu-sur-Loire, Sté Groupama Loire Bourgogne-Samda ; Contrats-Marchés publ. 2004, comm. 89.

[459] CE, 20 mai 2009, Établissement public de la bibliothèque nationale de France, n°296628, RDI 2009. 429, obs. B. Delaunay.

[460] CAA Lyon, 31 janv. 2008, n° 03LY01168.

[461] CE, 7 juin 2010, n° 323372, Sté IOSIS Sud-Ouest, Inédit ; CA Versailles, 2 juill. 1999, n° 1999-121059.

[462] Cass. civ. 3ème, 12 juin 1991, n°89-20.140, Bull. civ. III, n°168 ; RDI 1991. 348, obs. P. Malinvaud et B. Boubli.

conséquences de ces désordres ne soient pas révélés[463]. Le caractère caché du vice s'apprécie au jour de la réception et non à la date d'entrée dans les lieux des acquéreurs[464].

334. Pour que la garantie décennale soit déclenchée, les désordres doivent compromettre la solidité de l'ouvrage. Cette condition est appréciée tant par le juge judiciaire que par le juge administratif, au cas par cas, rendant difficile une étude générale et comparative. Nous pouvons citer quelques exemples de désordres considérés aussi bien par le juge judiciaire qu'administratif, comme de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage. C'est le cas à propos d'importantes fissures dans un mur de soutènement[465] ou des fissures qui allaient certainement produire des infiltrations[466]. La garantie décennale est également activée si le désordre affecte l'ouvrage dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement et le rendent impropre à sa destination.

335. Les débiteurs de la garantie décennale sont, selon les termes de l'article 1792-1 du code civil, les constructeurs. Les architectes sont, selon l'article précité, réputés constructeurs. Par conséquent, le juge administratif a jugé que les architectes fonctionnaires assument les mêmes missions que leurs collègues privés et sont soumis dans les mêmes conditions à la garantie décennale[467]. Et c'est conformément à l'alinéa 2 de l'article 1792-1 du code civil que la personne publique qui vend l'ouvrage qu'elle a fait construire n'est redevable de la garantie décennale des constructeurs qu'à l'égard de l'acheteur[468]. De la même façon, le juge judiciaire a jugé qu'était redevable de cette garantie, celui qui vend après achèvement l'ouvrage qu'il a fait construire, c'est-à-dire le professionnel de la vente, comme le marchand de biens[469], ainsi que le particulier qui vend après achèvement l'ouvrage qu'il a fait construire ou

---

[463] CE, 8 déc. 1997, n°160996, Cne de Nancy ; Rec. T ; RDI 1998. 248, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; Cass. civ 3ème., 4 juin 2009, n° 08-13.239, Bull civ. III, n°130 ; D. 2009. 1611 ; RDI 2009. 474, obs. O. Tournafond.

[464] Cass. civ. 3e, 19 mars 1986, n°84-15.986, Bull. civ. III, n°30 ; CAA Lyon, 21 déc. 2000, n°95LY01531, Compagnie Allianz via IARDT ; RDI 2001. 261, Obs. F. Moderne.

[465] CE, 11 févr. 1970, n° 71987, Bortuzzo et Martin-Bellet, Rec. 107 ; RD publ. 1971, p. 271.

[466] Cass. civ. 3ème, 17 avr. 1991, n°89-16.478, Bull. civ. III, n° 118 ; RDI 1991. 482et 483, obs. P. Malinvaud et B. Boubli.

[467] CE, sect., 15 mai 1953, Cne de Nogent-sur-Marne, Rec. 235.

[468] CE, 22 juin 2001, n° 203340, ARL Constructions mécaniques du Bas-Poitou, Rec. T 1045 ; RDI 2002. 99, obs. F. Moderne. Pour une application récente par le juge judiciaire, Civ. 3ème, 2 oct. 2002, n° 00-11.117, D. 2002. 2986; RDI 2002. 517, obs. J.-D. Bénatar et P. Paineau, 546, obs. P. Malinvaud et 2003. 182, obs. C. Saint-Alary-Houin.

[469] Cass. civ. 3ème, 9 déc. 1992, n° 91-12.097, Bull. civ. III, no 321 ; 28 mai 2002, RDI 2002. 324.

rénover, même pour son propre usage[470] ou encore, celui qui vend après achèvement l'ouvrage qu'il a construit lui-même.

336. Garantie Biennale - Selon l'article 1792-3 du code civil, « 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 ». Cette garantie s'applique aux éléments d'équipement d'un bâtiment qui ne relèvent pas de la décennale. Elle permet de couvrir des désordres qui ne sont pas pris en compte par la garantie décennale, mais pendant un délai plus court. Cette garantie est appliquée par le juge administratif[471] et hormis l'existence d'un bâtiment, sa mise en œuvre suppose que l'équipement en cause soit dissociable des ouvrages de structure au sens du 2° de l'article 1792 du code civil. Il faut, en outre, que le désordre affecte le bon fonctionnement de l'élément d'équipement. Sans entrer dans le détail, le juge administratif y intègre les équipements de fonctionnement ainsi que certains éléments inertes. Le juge administratif a donné un champ d'application extensif à la garantie biennale, ce qui le différencie sur ce point du juge judiciaire. Au même titre que certaines dispositions de droit civil et compte tenu de sa nature ambivalente, le droit pénal peut trouver à s'appliquer, dans certaines conditions, devant le juge administratif.

2° Le droit pénal

337. L'application et l'interprétation de dispositions ou de principes issus du droit pénal par le juge administratif restent relativement limités en raison de la plénitude de juridiction dont bénéficie le juge répressif. Mais, dans le cadre de ses attributions en matière de droit administratif répressif, le juge administratif applique les principes du droit pénal général (1°) et s'appuie également sur des dispositions du droit pénal spécial pour déclarer un acte administratif illégal (2°).

---

[470] Cass. civ. 3ème, 12 mars 1997, n° 95-12.727, Bull. civ. III, no 61 ; RDI 1997. 240, obs. Malinvaud et Boubli ; D. 1998, somm. 234, note J.-P. Storck .

[471] CE, 17 déc. 1980, n°13942, Ministre des universités c/ Sloan et autres, Rec. 478, D. 1981. IR 115, obs. P. Delvolvé ; Gaz. Pal. 1982. 1. 197, obs. F. Moderne.

a) Le droit pénal général

338. Principe de légalité des délits et des peines - L'exigence d'un texte contenant la sanction administrative est rappelée par le Conseil d'État[472]. Lorsqu'un texte a énuméré les sanctions susceptibles d'être infligées par l'autorité administrative en cas de faute disciplinaire ou de manquement à des prescriptions législatives ou réglementaires, cette autorité ne peut légalement faire application d'une sanction autre que l'une de celles expressément prévues. Le Conseil d'État a jugé que le principe de légalité des délits et des peines s'appliquait aux sanctions administratives au même titre qu'aux sanctions pénales, impliquant alors que les éléments constitutifs des infractions soient définis de façon précise et complète[473]. Il a toutefois relevé que lorsqu'il est appliqué aux sanctions administratives, le principe de légalité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève, il implique, en revanche, que les sanctions soient prévues et énumérées par un texte[474] .

339. Principe de nécessité et de proportionnalité des peines – Le Conseil d'État a appliqué ce principe en matière de sanction administrative, bien que son application apparaisse plus souple que devant le juge judiciaire répressif. En l'espèce, une prévenue invoquait que le caractère automatique de la perte de validité du permis de conduire prévue au troisième alinéa de l'article L. 223-1 du code de la route porte atteinte aux droits de la défense et au principe de nécessité et de proportionnalité des peines. Citant *in extenso* l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen le Conseil d'État précise que ces dispositions s'appliquent à toute sanction ayant le caractère de punition et qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi répressive d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense. En raison des différentes garanties qui entourent la perte de point et l'invalidation du permis (informations, appréciation éventuelle de la réalité de l'infraction, et de son imputabilité…) le Conseil d'État estime que le requérant ne peut valablement soutenir que la sanction de la perte de validité du permis de conduire

---

[472] CE, 21 juin 1985, n°32428 et 32429, Sté Total Cie fr. distribution CFO, Rec. 204 ; CE, 24 nov. 1982, min. Transports c/ héritiers Malonda, n°32944, Rec. T. 720 ; RDP 1983. 1676.

[473] CE, 9 oct. 1996, n° 170363, Sté Prigest, Rec. T. 738 ; D. 1996. 237.

[474] CE, ass. 7 juill. 2004, n°255136, Ministre de l'intérieur c. Benkerrou, Rec. 297 concl. M. Guyomar ; RFDA 2004. 913, concl. M. Guyomar ; *ibid.* 2004. 1130, note Degoffe et Hacquet ; RDP 2005. 500, note S. Guettier.

prévue au troisième alinéa de l'article L. 223-1 du code de la route constituerait une sanction automatique contraire au principe de nécessité et de proportionnalité des peines[475]. Cette interprétation reflète aussi le caractère « automatique » attachée aux contraventions que connaît la juridiction administrative, qui s'adapte mal à un quelconque mécanisme de proportionnalité.

340. Principe de la rétroactivité de la loi répressive plus douce - Dans un arrêt en date du 17 mars 1997, le Conseil d'État rappelle explicitement l'applicabilité du principe de la rétroactivité de la loi répressive plus douce aux sanctions administratives : « Découle de ce principe, la règle selon laquelle la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle abroge une incrimination ou prévoit des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux auteurs d'infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ; que cette règle s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi aux sanctions administratives, au nombre desquelles figure la contribution spéciale que doit acquitter, en vertu de l'article L. 341-7 précité du code du travail, l'employeur qui occupe des étrangers non munis du titre les autorisant à exercer une activité salariée en France[476]».

341. Principe *non bis in idem* : Le Conseil d'État a affirmé, dans une jurisprudence déjà ancienne[477], l'existence du principe général du droit du non-cumul des sanctions en matière disciplinaire. Pour Jacques Mourgeon, « superposer deux sanctions reviendrait à en créer une troisième, non prévue par la loi : ce serait donc violer la règle *nulla poena sine lege*[478] ». Ce principe a été transposé en matière de sanctions administratives et se trouve formulé ainsi dans la jurisprudence administrative : « un même manquement ne peut donner lieu qu'à une seule sanction administrative, sauf si la loi en dispose autrement[479] ». Aux côtés de ces grands principes, le juge administratif est parfois contraint de tenir compte de dispositions du droit pénal spécial pour se prononcer sur la légalité d'un acte administratif.

---

[475] CE, 4 oct. 2010, n°341845 QPC, Mme Repplinger, Rec. 364 ; AJDA 2010. 1852.

[476] CE, 17 mars 1997, n° 124588, Office des migrations internationales, Rec. 86, D. 1997. 118.

[477] CE, sec., 5 mars 1954, Banque alsacienne privée et Dupont, Rec. 144 ; RDP 1954. 804, note M. Waline.

[478] J. Mourgeon, La répression administrative, LGDJ, Paris, 1967, p. 299, n° 204.

[479] CE, 29 oct. 2009, n° 312825, Sté Air France c/ Acnusa.

b) Le droit pénal spécial

342. Comme l'explique Pierre Delvolvé [480], le juge administratif peut être amené à prendre en compte le droit pénal, non pour juger si une infraction a été commise ni pour prononcer une condamnation, mais pour déterminer si un acte administratif a respecté les prescriptions établies par ce droit. En effet, tout acte administratif doit être conforme aux prescriptions issues du droit pénal, le juge administratif étant alors fondé à apprécier la légalité des actes administratifs à l'aune des dispositions du code pénal. L'arrêt Société Lambda[481] est souvent cité comme référence, mais ce n'est pas la première décision par le biais de laquelle le juge administratif a interprété des dispositions du code pénal.

343. Préalablement, le Conseil d'État a annulé des actes administratifs comme contraires aux dispositions du code pénal. Plus précisément, il a jugé comme contraire à l'article 378 du code pénal, punissant la violation du secret professionnel par le personnel médical, des mesures imposant aux médecins de préciser la maladie des patients bénéficiant de l'aide médicale gratuite[482], ou celles prévoyant la communication à l'administration fiscale des renseignements permettant d'identifier les maladies de leurs clients[483]. C'est également le cas à propos d'une directive du Premier ministre définissant les opérations auxquelles seraient inapplicables les articles 187-2 et 416-1 du code pénal, punissant les discriminations dans l'exercice d'une activité économique[484]. Il en est de même à propos d'un arrêté municipal ordonnant la visite des véhicules des nomades, annulé par le juge administratif comme méconnaissant l'inviolabilité du domicile consacrée par l'article 184 du Code pénal[485].

---

[480] M. Long ; P. Weil ; G. Braibant et alii, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20ème éd., Dalloz, Paris, 2015, p.718.

[481] CE, ass., 6 déc. 1996, n°167502, Sté Lambda, Rec. 466 ; AJDA 1997. 152, chron. Chauvaux et Girardot ; D. 1997. 57, note Dobkine ; JCP 1997. 22752, note Hérisson ; RFDA 1997. 173, note Piveteau ; RDP 1997. 567, note Auby ; LPA 29 janv. 1997, p. 10, note Poujade ; RA 1997. 27, note Lemoyne de Forges.

[482] CE, sect. 9 nov. 1928, Bertrand, Rec. 1149 ; D. 1929. 3. 26, concl. Dayras.

[483] CE, ass. 12 mars 1982, n°11413, Conseil national de l'ordre des médecins, Rec. 108, JCP 1982. II. 1985 ; Gaz. Pal. 1982. 2. Doctr. 476.

[484] CE ass. 18 avr. 1980, n°09643, Société Maxi-Librati création, Rec. 186 ; JCP 80, éd. G, II, 19364, concl. M.-D. Hagelsteen.

[485] CE, 2 déc. 1983, n°13205, Ville de Lille, Rec. 470 ; D. 1985. 388, note Romi ; Quot. jur. 28 janv. 1984, note MD.

344. En ce qui concerne l'arrêt société Lambda[486], la source du contentieux résultait de la nomination par décret du sous-gouverneur du crédit foncier de France. Le nouveau sous-gouverneur M. Beaufret, occupait avant cette nomination, le poste de chef de service de la direction du Trésor exerçant un contrôle sur le crédit foncier. Ladite société, détentrice de parts dans le capital du Crédit Foncier contesta cette nomination en introduisant un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. La société demanderesse se fondait sur la violation de l'article 432-13 du code pénal punissant la prise illégale d'intérêt. Pour annuler la décision de nomination de M. Beaufret, le Conseil d'État a qualifié, dans un premier temps, l'entreprise du crédit foncier de France comme une entreprise privée. Dans un second temps, et tel que l'exige le texte, il a examiné si les fonctions de M. Beaufret à la direction du Trésor l'ont poussé à exercer un contrôle sur cette entreprise, et si le fait d'occuper un emploi à la suite de sa nomination entre dans le champ de la disposition pénale.

345. Des décisions plus récentes témoignent de l'interprétation relativement fidèle des dispositions du code pénal par le juge administratif. C'est le cas de l'article 132-21 du code pénal, concernant l'interdiction de tout ou partie des droits civiques, civils et de famille[487]. Il en est de même à propos de la violation du secret professionnel[488], à propos duquel le Conseil d'État a rappelé que s'il n'appartient qu'au juge répressif de sanctionner les infractions aux dispositions de cet article, il incombe au juge de l'impôt, lorsqu'un contribuable conteste devant lui la régularité de la procédure d'imposition suivie à son égard, au motif que celle-ci aurait porté atteinte au secret professionnel, d'examiner le bien-fondé d'un tel moyen[489].

346. Le Conseil d'État s'est également prononcé sur un décret à la lumière de l'article 225-1 du code pénal prohibant les discriminations, en estimant qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache aux actions de soutien à la prise en charge des détenues, lesquelles n'excluent pas la possibilité pour l'administration pénitentiaire d'avoir recours à d'autres « partenaires extérieurs », ainsi que le prévoit la convention conclue le 6 décembre 1995, les décrets attaqués n'ont méconnu ni le principe général d'égalité, ni les dispositions de l'article 225-1 du code pénal

---

[486] Pour une autre application des dispositions pénales concernant la prise illégale d'intérêts : CE, 27 nov. 2002, n°221871, Wanecque, Rec. 410.

[487] CE, ass., 11 déc. 2006, n°271029, Marianne. N., Rec. 528, concl. Glazer.

[488] C. pén. art. 226-13 : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

[489] CE, 24 juin 2015, n° 367288, SELAS Pharmacie Reveillon, Dr. fisc. 2015, n°27, actu. 400 ; Lefebvre FR. 29/15, p.23 ; V. également à propos du secret professionnel : CAA Nantes, 2 mai 1996, n°94NT00250, Rec. 201 ; CE, ass., 7 juill. 2004, n° 25371, Benkerrou, Rec. 298.

prohibant les discriminations[490].

347. Le milieu carcéral offre aussi de nombreux exemples du contrôle d'un acte administratif par le juge administratif à la lumière de dispositions pénales[491]. Il est ainsi susceptible de contrôler la légalité des décisions affectant la situation des personnes détenues. La jurisprudence du Tribunal des conflits[492] a déterminé les compétences respectives des juridictions administratives et judiciaires. Il n'appartient pas au juge administratif de connaître des actes relatifs à la conduite d'une procédure judiciaire ou des litiges relatifs à la nature et aux limites d'une peine infligée par une juridiction judiciaire. En revanche, le juge administratif est compétent pour connaître de tout ce qui touche au fonctionnement administratif du service public pénitentiaire.

348. Au titre des décisions qui sont susceptibles de faire l'objet d'un recours devant le juge administratif on trouve les fouilles corporelles[493], le changement de secteur d'un détenu[494], les décisions d'inscription de détenus sur le répertoire des détenus particulièrement signalés[495], les sanctions disciplinaires[496], les placements à l'isolement[497]. À propos de l'isolement, une récente décision du Conseil d'État a

---

[490] CE, 27 juill. 2001, n°215550 et n°220980, Syndicat national pénitentiaire force ouvrière, Rec. 393 ; AJFP janv. févr. 2002. 39, note Mekhantar.

[491] X. Domino et A. Bretonneau, *Custodire ipsos custodes* : le juge administratif face à la prison, AJDA 2011, p. 1364.

[492] T. confl., 27 nov. 1952, n°01420, Préfet de la Guyane, Rec. 642 ; GAJA, 20ème éd., n° 64 ; JCP G 1953, II, 7598, note G.Vedel ; T. confl., 22 fév. 1960, Fargeau d'Epied, Rec. 855, AJDA 1960, II, p. 147, obs. R. Pinto.

[493] CE, 14 nov. 2008, M.E.S, n°315622, Rec. 417 ; AJDA 2008. 2145, obs. J.-M. Pastor ; AJDA 2008. 2389, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; D. 2008. 3013, obs. E. Royer ; *ibid.* 2009. 1376, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2009. 89, obs. E. Péchillon ; RSC 2009. 431, chron. P. Poncela ; JCP Adm. 2008. Actu. 980, chron. M.-C. Rouault ; JCP 2008. Actu. 682, obs. M.- C. Rouault ; Dr. adm. 2009, n°11, note F. Melleray ; RFDA 2009. 172. ; CE, 12 mars 2003, Garde des Sceaux c/ Frérot, n°237437, Rec. 121 ; AJDA 2003, p. 1271, concl. T. Olson ; D. 2003, p. 1585, note E. Péchillon ; JCP A 2003, 1703, obs. N. Guillet ; RFDA 2003, p. 1012, note J.-P. Céré.

[494] CE, 28 mars 2011, n°316977, Garde des Sceaux. Min de la justice c/ M.B, Rec. 138 ; AJDA 2011. 714 ; RFDA 2011. 632 ; AJ pénal 2011. 408, note G. Cliquennois et M. Herzog-Evans.

[495] CE, 30 nov. 2009, Garde des sceaux. Min. de la justice c/ M. Ali. A., n°318589, Rec. 480 ; AJDA 2010. 994, étude M. Moliner-Dubost ; AJ pénal 2010. 43, obs. E. Péchillon.

[496] CE, 21 mai 2014, Garde des sceaux. Min. de la justice c/ Mme A., n°359672, Rec. 139 ; AJDA 2014. 1065, obs. D. Poupeau ; JCP Adm. 2014. Actu. 444, obs. M. Touzeil-Divina ; JCP 2014, n° 662, obs. M. Touzeil-Divina.

[497] CE, 17 déc. 2008, n°293786, SFOIP, Rec. 463, AJDA 2008. 2364, obs. M.-C. de Montecler. ; V. également J.-P. Céré et E. Péchillon, Le contrôle du placement à l'isolement : une nouvelle étape dans la formation du droit pénitentiaire, Rev. pénit. 2003, p. 389 ; J. Gourdou, Les évolutions récentes relatives à la mise à l'isolement du détenu, Rev. pénit. 2007, n° spécial. 23 ; P. Poncela, L'isolement carcéral sous

étendu le contrôle juridictionnel du juge administratif à la proportionnalité d'un placement à l'isolement comme sanction[498]. Visant le code de procédure pénale, le Conseil d'État a jugé qu'il appartenait au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un détenu ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes. Accoutumé avec certains principes ou dispositions du droit pénal, le juge administratif s'avère être également familiarisé avec le contentieux économique et social.

B/ Le contentieux économique et social

349. Le juge administratif est régulièrement amené à statuer sur des contentieux relevant du droit économique (1°) ou du droit social (2°) alors même que ces branches du droit étaient traditionnellement associées au contentieux judiciaire.

1° Le contentieux économique

350. Droit de la concurrence - C'est par l'arrêt Société Million et Marais[499] que le Conseil d'État a accepté de contrôler la légalité d'une décision administrative avec l'ordonnance du 1re décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Invitant à procéder à ce contrôle, Jacques-Henri Stahl précisait toutefois dans ses conclusions[500] que pour éviter d'être en décalage par rapport au contrôle que confie l'ordonnance au Conseil de la concurrence, la juridiction administrative devait prendre garde « à se placer dans un même cadre conceptuel, à utiliser les mêmes critères, à donner aux notions le même sens que celui que retient le Conseil de la concurrence et, derrière lui, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ». Aujourd'hui codifiée à l'article L. 410-1 du code de commerce, les règles de concurrence s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. La jurisprudence du Conseil d'État démontre une adhésion, à travers ses raisonnements juridiques, à de nombreuses théories qui forment le droit de la concurrence. Il en est ainsi, comme le

---

le contrôle des juridictions administratives et de la Cour européenne des droits de l'homme, RSC 2005. 390.

[498] E. Péchillon, Extension du contrôle juridictionnel en matière disciplinaire : examen par le juge administratif de la proportionnalité des sanctions prononcées, AJ pénal 2015. 447.

[499] CE, sect., 3 nov. 1997, n°169907, Société Million et Marais, *op. cit.*

[500] J.-H, Stahl, L'application, par le juge administratif, de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, RFDA 1997, p. 1228.

relève Jean-Marc Sauvé, de la théorie dite des facilités essentielles[501] ou à celle de l'abus automatique de position dominante[502].

351. Le vice-président du Conseil d'État insiste sur le fait que le juge administratif exerce un contrôle complet sur l'action des pouvoirs publics en matière économique, en prenant en considération tous les facteurs susceptibles d'influer sur le fonctionnement des marchés. Ce contrôle approfondi sur la légalité des décisions en matière de concentration économique [503] conduit le juge à procéder à l'appréciation du bilan concurrentiel de l'opération envisagée[504]. Après avoir fait référence à cette théorie des installations essentielles[505], le Conseil d'État[506] a annulé l'arrêté du 11 août 1998 du ministre chargé de l'Économie relatif aux conditions de tarification s'appliquant à l'accès au service public d'information sur les entreprises, qui fixe les conditions de commercialisation du répertoire SIRENE[507] vendu par l'institut national de la statistique et des études économiques. Le Conseil d'État a estimé que si l'État peut percevoir des droits privatifs à l'occasion de la communication de données publiques en vue de leur commercialisation, lorsque cette communication peut être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une oeuvre de l'esprit, ces droits ne peuvent faire obstacle, par leur caractère excessif, à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffère de ceux fournis par l'État. Dans un tel cas, la perception de droits privatifs excessifs constitue un abus de position dominante. Or, au cas d'espèce, la Haute juridiction a, en accord avec un avis rendu par le Conseil de la concurrence[508] considéré que le répertoire SIRENE constituait une ressource essentielle pour les sociétés qui élaborent des fichiers de prospection de grande taille vendus à des entreprises afin d'effectuer des opérations de démarchage direct de leurs clients. Le registre national du commerce et des

---

[501] C. Mauguë, concl. sous CE, sect., 29 juill. 2002, n°200886, Société Cogedim, Rec. 280 ; AJDA 2002. 1072, note S. Nicinki ; Propr. ind. 2004, n°2, p. 28, note J. Sch-midt-Szalewski.

[502] CE, 16 juin 2004, n° 235176, 238290 et 238291, Mutuelle générale des services publics et autres ; AJDA 2003. 899, note J.-D. Dreyfus ; RDI 2003. 459, obs. J.-D. Dreyfus ; RTD eur. 2003. 661, chron. D. Ritleng, BJDCP 2003, n°27 p. 135, concl. P. Fombeur.

[503] CE, sect. 9 avr. 1999, *op. cit. ;* CE, 6 oct. 2000, Sté Pernod-Ricard, n°216645, Rec. 397 ; RFDA 2001. 409, concl. L. Touvet.

[504] CE, 13 févr. 2006, Sté Fiducial informatique et Société Fiducial expertise, n°279180, Rec. 1027 ; RFDA 2006, p. 546, concl. Glaser.

[505] La théorie des installations essentielles s'appuie sur l'idée que le détenteur d'une ressource doit obligatoirement rendre cette ressource disponible pour ses concurrents lorsque cet accès est indispensable à ces concurrents pour exercer leur activité.

[506] CE, 29 juill. 2002, n° 200886, Sté Cogedim, *op. cit.*

[507] Système national d'identification et du répertoire des entreprises et leurs établissements.

[508] Cons. conc., avis n° 01-A-18.

sociétés ne constituait pas une alternative puisqu'il ne contient pas toutes les informations figurant au répertoire SIRENE.

352. Il en est de même concernant la sanction des accords anticoncurrentiels, tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce est considérée comme nulle. Le Conseil d'État a pu annuler, dans le cadre d'un contentieux opposant une université et une bibliothèque installée sur son domaine, la clause du cahier des charges qui donnait à l'université un pouvoir d'approbation des prix établis par le concessionnaire[509].

353. C'est également par le recours aux avis consultatifs[510] de l'autorité de la concurrence, que le Conseil d'État a forgé certaines de ses décisions, impliquant des enjeux économiques importants. Tel a été le cas à propos de la définition des marchés et la qualification de pratiques mises en œuvre dans les aéroports d'Orly et de Roissy[511] ou celui relatif à des tarifs de vente du gaz naturel en distribution publique de Gaz de France[512]. En rendant certaines décisions conformément à l'avis donné par l'Autorité de la concurrence, le Conseil d'État préserve ainsi l'unité dans l'interprétation des dispositions relatives à la libre concurrence.

354. Droit de la consommation – Par l'arrêt Société des eaux du nord[513], le juge administratif a accepté de contrôler la légalité d'un acte administratif au regard des dispositions du droit de la consommation. Les personnes publiques se sont vues alors opposer les dispositions relatives au droit de la consommation. L'application faite par les juridictions administratives et judiciaires des dispositions relatives aux clauses abusives se caractérise par une harmonie générale. D'une part, le juge administratif reproduit de façon littérale l'article L.132-1 du code de la consommation. Autrement dit, la juridiction administrative ne fait pas usage, comme elle a fréquemment

---

509 CE, 10 mai 1996, n°s 142064 et 142066, Rec. 169, AJDA 1996. 553, concl. Schwartz.

510 Sur le fondement de l'alinéa 1er de l'article L.462-3 du code de commerce : « l'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L.420-1, L.420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en oeuvre la procédure prévue au présent texte ».

511 CE, 26 mars 1999, n°202260, Sté EDA, Rec. 102 ; AJDA. 1999. 427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex ; D. 2000. 204, note J.-P Markus ; RDI 1999. 234, obs F. Llorens ; Cons. conc., Avis n° 00-DA-02 du 10 mai 2000.

512 Cons. conc., avis n° 07-A-08 du 27 juillet 2007.

513 CE, 11 juil. 2001, Société des eaux du Nord*, op. cit.*

l'habitude de le faire, de principes qu'elle dégage au gré de ses jurisprudences, dans le but de s'adapter aux spécificités que présente parfois le contentieux administratif. Comme le juge judiciaire, le caractère abusif d'une clause est évalué par le juge administratif au regard de toutes les circonstances qui entourent la rédaction du contrat, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat.

355. Dans un arrêt en date du 6 juillet 2005[514], le Conseil d'État se fonde sur une pluralité d'éléments extérieurs à la clause attaquée, pour la déclarer « non abusive ». À propos d'un contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises, les requérants estimaient que les règles applicables en cas de pertes et avaries présentaient un caractère abusif. Dans un premier temps, le Conseil d'État relève que ces dispositions ne s'appliquent « qu'à défaut de convention écrite particulière entre les parties » et poursuit « qu'elles ménagent en outre au donneur d'ordre la possibilité de faire à la livraison une déclaration d'intérêt spécial qui a pour effet de substituer le montant de cette déclaration au plafond d'indemnisation qu'elles prévoient ». Il précise enfin, que « l'application de ce plafond est en toute hypothèse écartée en cas de faute lourde du transporteur ». C'est en tenant compte, au delà de la clause elle-même, des différents éléments du contrat que le Conseil d'État, conformément au droit applicable, juge que les dispositions contestées n'ont pas de caractère abusif, et rejette le pourvoi. L'identité des éléments qui fondent l'appréciation du caractère abusif de la clause provient également du fait que la définition et l'interprétation prévue à l'article L.132-1 du code de consommation est le résultat de la transposition d'une directive européenne[515]. Le droit de la consommation et de la concurrence ne sont pas les seules branches du droit auxquelles le juge administratif est confronté. En témoigne sa compétence à l'égard de certains aspects contentieux social.

2° Le contentieux social

356. Fonction publique et droit du travail - Si le droit de la fonction publique est habituellement caractérisé par son particularisme, certains auteurs se sont questionnés sur sa banalisation[516] et d'autres, comme Jean-Marc Auby[517], ont relevé

---

[514] CE, 6 juill. 2005, n°261991, Sté Dodin et Sté Demathieu et Bard, Rec. 309; RJEP janv. 2006. 34, concl. Donnat ; D. 2005. 2094, note P. Delebecque.

[515] Directive du 5 avril 1993, art. 2, par. 2 : « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres ».

[516] J. Bourdon, Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? ; AJFP 2005, p. 284 ; v. également : A. Donette, L'impact du droit public sur le droit privé du travail, JCP S 2010, n°45, p.24-29.

ses limites liées à deux types de considérations. Il y a, selon eux, des cas dans lesquels la situation de travail dans l'administration ne diffère en rien de celle dans l'entreprise et où on admettra volontiers que le droit commun du travail peut s'appliquer. Malgré le particularisme du droit de la fonction publique vis-à-vis du droit du travail, « il arrive assez fréquemment que ces deux droits s'influencent mutuellement, évoluent en parallèle, s'empruntent des solutions »[518].

357. Selon Emmanuelle Marc et Yves Struillou [519], Ce mouvement de « subjectivisation » du droit de la fonction publique (…) s'appuie sur un socle déjà nourri par des droits reconnus en propre à la personne de l'agent ». C'est ainsi que le droit de la fonction publique se façonne en puisant des principes généraux dans le code du travail : interdiction de licencier une femme agent public enceinte, obligation de rémunérer un agent public au minimum au niveau du salaire minimum interprofessionnel de croissance, droit d'un agent suspendu, s'il n'est finalement pas sanctionné, au remboursement des retenues effectuées sur sa rémunération, droit de l'agent devenu physiquement inapte à être reclassé dans un autre emploi (….). Les fonctionnaires peuvent créer librement des syndicats, conformément aux dispositions de l'article L. 411- 1 du code du travail. Les textes exigent simplement une déclaration auprès de l'administration. Mais qu'il s'agisse de l'interdiction du licenciement d'une femme enceinte, ou de l'obligation de respecter un seuil minimum de rémunération, le juge administratif n'applique pas toujours directement le code du travail et fait référence aux principes généraux du droit dont s'inspirent les dispositions concernées du code du travail.

358. L'application de ces principes répond, selon Joël Mekhantar, à la finalité de préserver l'unité du droit social au-delà des distinctions juridiques. La loi n° 2005-102 du 11 févier 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées transposant la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 en faveur de l'égalité en matière d'emploi et de travail, utilise les deux premières techniques. Pour la définition des personnes handicapées, elle introduit dans les titres II, III et IV du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales un renvoi à l'article L. 323-3 du code du travail qui énumère les catégories.

359. La loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 étend la protection des agents publics contre toute forme de discrimination en reprenant des règles déjà inscrites dans le

---

[517] J.-M Auby et al., Droit de la fonction publique, 7ème éd., Dalloz, Paris, 2012, p. 11.

[518] *Ibid.*

[519] E. Marc et Y. Struillou, Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle » ? RFDA 2010, p.1169.

code du travail, notamment dans les articles L. 122-45 et suivants. Alors que les règles antérieures ne concernaient que les fonctionnaires, la loi étend à tout agent public, c'est-à-dire même aux agents non titulaires, la protection. La loi du 26 juillet 2005 est tout aussi significative en ce qu'elle harmonise avec le droit du travail, le régime des congés de maternité, de paternité et d'adoption des agents publics. Le législateur étend aux agents des trois fonctions publiques le régime de ces congés en application des articles L. 122-25-4 et L. 122-26 du code du travail et L. 331-7 du code de la sécurité sociale. Les fonctionnaires bénéficient également de la formation professionnelle, au même titre que les salariés, en vertu de l'article L. 6111- 1 du code du travail.

360. Contentieux des salariés protégés - La décision de l'inspecteur du travail d'autoriser ou non le licenciement d'un salarié protégé ainsi que celle du ministre prise sur recours hiérarchique, peuvent être contestées devant la juridiction administrative. En première instance, devant le tribunal administratif, en appel devant la cour administrative d'appel et par le biais d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Selon Hubert Rose et Yves Struillou[520], les solutions des juridictions administratives à propos du contentieux des salariés protégés présentent de nombreuses similarités. La juridiction administrative a ainsi repris la distinction fondamentale entre modification du contrat de travail et changement de conditions de travail[521], ou encore l'obligation pour l'employeur d'exécuter de bonne foi le contrat le liant à son salarié[522]. Dans le cadre du licenciement inhérent à la personne, le juge administratif a fait application du principe selon lequel la perte de confiance ne peut jamais constituer par elle même un motif pouvant servir de base à une autorisation de licenciement[523], de même en ce qui concerne l'application du principe selon lequel les faits reprochés au salarié et qui sont étrangers à l'exercice de son activité professionnelle ne peuvent, en tout étant de cause être fautifs. S'agissant du licenciement pour motif économique, le Conseil d'État a repris la notion de secteur d'activité[524] ainsi que la notion de sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise permettant de contrôler le sérieux du motif économique[525]. Le cadre de l'examen des possibilités de reclassement est sensiblement identique, notamment en ce qui

---

[520] H. Rose et Y. Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, 5ème éd., Economica, Paris, 2016, p.1436 et s.

[521] CE, 18 juin 1997, n°160961, Union des sociétés mutualistes de Lille, Rec. T. 1108.

[522] CE, 29 déc. 2000, Lautier, n°207613, Lebon T ; D. 2001. Somm. 1918, obs. Chelle et Prétot; RJS 3/2001, n°316.

[523] CE, 21 déc. 2001, n°224605, Baumgarth, n° 224605, Rec. 669.

[524] CE, 29 déc. 2000, n°199320, Mme Arbaud, Rec. 680 ; D. 2001. 1917, obs. D. Chelle et X. Prétot.

[525] CE, 8 mars, 2006, n°270857, Mme Moranzoni, Rec. 116 ; Dr. soc. 2006. 857, concl. Keller

concerne la notion de groupe[526].

361. Plan de sauvegarde pour l'emploi - La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 a retiré aux juridictions judiciaires leur compétence matérielle la plus essentielle dans les grands licenciements collectifs (licenciements d'au moins dix salariés sur une même période de trente jours, prononcés par une entreprise d'au moins cinquante salariés, tenue en conséquence d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi). Il en résulte que la jurisprudence relative au contenu des plans de sauvegarde pour l'emploi, jusqu'ici, objet de la jurisprudence judiciaire, sera désormais de la compétence des juridictions administratives**.** Maintenant, ni le tribunal de grande instance, statuant sur le fond ou en référé, ni le conseil de prud'hommes (qui pouvait être saisi d'une contestation individuelle du plan de sauvegarde pour l'emploi par les salariés licenciés) n'ont compétence pour apprécier la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise sur un projet de grand licenciement collectif ou la validité du plan de sauvegarde de l'emploi mis en place. L'article L. 1235-7-1 du Code du travail crée un bloc important de compétences dévolues exclusivement au juge administratif. Selon cette disposition : « l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4. Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. (...) ».

362. Le Conseil d'État a précisé que lorsqu'elle est saisie d'une demande d'homologation d'un document élaboré en application de l'article L. 1233-24-4 du code du travail, il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de vérifier la conformité de ce document et du plan de sauvegarde de l'emploi, en s'assurant notamment du respect par le plan de sauvegarde de l'emploi des dispositions des articles L. 1233-61 à L. 1233-63 du même code. Elle doit, au regard de l'importance du projet de licenciement, apprécier si les mesures contenues dans le plan sont précises et concrètes et si chacune d'entre elles sont susceptibles de contribuer aux objectifs de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés. L'administration doit également s'assurer que, prises dans leur ensemble, elles peuvent satisfaire les objectifs précités, compte tenu, d'une part, des efforts de formation et d'adaptation déjà réalisés par l'employeur et, d'autre part, des moyens dont disposent l'entreprise et, le cas échéant, l'unité économique et sociale et le

[526] CE, 5 déc. 2008, n°289433, Coette, Rec T. 954 ; JCP Adm. 2008, actu. n°284, obs. M.-C. Rouault ; AJDA 2008. 1399.

groupe [527] . Cette nouvelle répartition ne fait pas l'unanimité et certains commentateurs ont fait observer que cette loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 induit un éclatement, déjà important en matière du droit du travail, du contentieux des licenciements pour motif économique entre les juridictions judiciaires et administratives. « Le droit positif n'en est que plus subtil et plus inintelligible pour tous les acteurs[528]».

363. Catherine Taillandier [529] a commenté les premières applications jurisprudentielles des contentieux relatifs aux plans de sauvegarde pour l'emploi en soulignant que c'est conformément à une jurisprudence judiciaire bien établie, que le tribunal administratif a jugé, à propos du plan de sauvegarde, que le mandataire liquidateur avait effectué toute diligence en ce qui concernait les mesures de reclassement interne qu'externe, et en matière de formation ou de création d'entreprise [530] . L'auteure précise que la décision commentée n'appelle pas d'observation particulière dans la mesure où elle reprend les critères légaux auxquels la Direccte[531] est tenue de se conformer, et qu'elle reprend une jurisprudence judiciaire déjà bien établie. Elle poursuit en dressant le constat selon lequel le regard des juridictions administratives sur les décisions des Direccte s'effectue avec une grande acuité. Dans la mesure où ces actes administratifs peuvent avoir des conséquences importantes sur la situation des salariés et de l'emploi, le juge, par une interprétation extensive des articles L. 1233-61 à 1233-63 et L. 1233-57-3 du code du travail pose des exigences rigoureuses. Elle sollicite des Direccte une attention particulière et beaucoup de prudence dans la délivrance d'homologations de plans de sauvegarde de l'emploi, même si elles ne disposent parfois que de délais très limités et de moyens souvent insuffisants. Ce constat permet de tempérer les observations de certains commentateurs selon lesquelles la jurisprudence administrative se montrerait parfois plus défavorable au salarié que la jurisprudence judiciaire.

364. En ce qui concerne le contenu du plan de sauvegarde pour l'emploi et particulièrement du reclassement, la cour administrative de Bordeaux confirmait l'analyse des premiers juges en estimant que si le périmètre de recherche de reclassement doit s'étendre à l'ensemble des filiales du groupe au sein desquelles des postes sont vacants dans les catégories professionnelles concernées par les emplois menacés, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'employeur ou à

---

[527] CE, 22 juill. 2015, n°s 385668, 386496 *op. cit.*

[528] V° J-CL Travail Traité, fasc. n°31-3, n°117 et s.

[529]C. Taillandier, Chronique des premiers jugements des tribunaux administratifs sur les PSE, Sem. soc. Lamy 2014, n °1623, p. 6.

[530] TA Montreuil, 28 janv. 2014, n°1310820.

[531] Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

l'administration de se procurer et de communiquer au comité d'entreprise des documents qui ne sont pas en leur possession ou qui excèdent le périmètre de recherche précité[532]. Par cette solution, la juridiction administrative rejoint ainsi la solution de la Cour de cassation qui impose la nécessité de rechercher un reclassement, y compris dans des postes différents de ceux tenus par les salariés ainsi qu'à l'international, et le tout, au sein de l'ensemble du groupe auquel appartient l'entreprise. Selon la Cour de cassation, le plan ne doit pas seulement contenir des mesures abstraites de reclassements éventuels, mais des mesures effectives qui permettent réellement de diminuer le nombre de licenciements ou tout au moins, d'assurer le reclassement de plusieurs salariés. La cour juge également qu'un plan de sauvegarde de l'emploi est insuffisant bien qu'il contienne des mesures précises et concrètes, dès lors que le chef d'entreprise pouvait proposer d'autres mesures permettant de limiter le nombre de licenciements. L'employeur doit mettre en oeuvre toutes les mesures possibles qui sont appréciées en fonction des moyens dont dispose l'entreprise pour maintenir les emplois ou faciliter les reclassements. Si, comme on le constate, le juge administratif interagit avec de nombreuses branches du droit privé, ce constat n'est pas tout à fait identique en ce qui concerne le juge judiciaire avec le contentieux public.

Paragraphe 2 : Le juge judiciaire et le contentieux administratif

365. Le champ d'intervention du juge judiciaire à l'égard des compétences du juge administratif est sensiblement plus réduit que celui du juge administratif à propos du contentieux judiciaire et ce, en raison de l'interdiction posée par la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III. Il existe toutefois plusieurs cas qui permettent d'illustrer la compétence judiciaire à propos de l'acte administratif (A) ainsi qu'à l'égard du contrat et de la responsabilité administrative (B).

A/ Le juge judiciaire et l'acte administratif

366. Il faut distinguer entre les attributions détenues à l'égard de l'acte administratif par le juge répressif (1°) ou par le juge non répressif (2°).

[532] CAA Bordeaux, 10 juin 2004, n°14BX01084.

1° Le juge répressif

367. La jurisprudence du juge répressif à l'égard de l'acte administratif reste relativement limitée, contrairement aux hypothèses d'application du droit privé par le juge administratif. Qu'il s'agisse du juge civil ou du juge répressif, chacun d'eux restent conditionnés par l'interdiction posée par l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, toujours en vigueur et au terme duquel les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. La constitutionnalisation du champ de compétence du juge administratif relatif à l'excès de pouvoir ne fait d'ailleurs que renforcer cette interdiction.

368. Le juge répressif, qui détient le pouvoir d'interpréter et d'apprécier la légalité d'un acte administratif en vertu de l'article 111-5 du code pénal reste toutefois limité par les termes de l'article précité[533]. Le recours à l'article 111-5 du code pénal n'est envisagé que lorsque la solution du procès pénal dépend de l'appréciation de la légalité de l'acte administratif contesté [534] . La Cour de cassation rappelle régulièrement aux juges du fond l'étendue de leur pouvoir juridictionnel vis à vis de l'acte administratif. Par exemple, dans un arrêt du 10 novembre 2010, la Cour de cassation décidait que les juges du fond ont méconnu l'étendue de leur pouvoir et violé l'article 111-5 du code pénal en entrant en voie de condamnation du chef de conduite malgré une injonction de restitution du permis de conduire résultant de l'invalidation du titre de conduite pour solde nul de points alors qu'ils n'étaient pas en mesure de s'assurer de la légalité tant de la décision d'injonction de restitution que des décisions préalables[535].

369. Les juges du quai de l'horloge considèrent l'appréciation de cette exception comme un devoir, en précisant néanmoins qu'il ne s'agit pas d'en apprécier l'opportunité mais de s'assurer, tant en la forme qu'éventuellement au fond, de sa conformité à la loi[536]. L'omission de l'examen d'une exception d'illégalité constitue, pour la Cour de cassation, une violation des principes relatifs à la séparation des

---

[533] v. sur ce point n°131 et s. et n°367 et s.

[534] Cass. crim ., 26 sept. 2006, n°05-86.636 ; Cass. Crim., 7 juin 1995, n°94-81.416, Bull. crim. n°208, p.567 ; RSC 1996. 363, obs. Bouloc.

[535]Cass. crim. 10 nov. 2010, n°10-82.367 ; V. également Cass. Crim., 21 sept 2010, n°10-81.578.

[536] Cass. crim., 21 sept. 2010, 10-80.354.

pouvoirs et une violation de l'article 111-5 du code pénal[537].

370. En dépit de quelques difficultés [538] plusieurs illustrations témoignent néanmoins d'une certaine maîtrise du contentieux administratif par le juge répressif. Dans un arrêt en date du 22 janvier 2007[539], les juges de la cour d'appel de Rennes ont accueilli une exception d'illégalité en retenant l'erreur de droit du préfet. En l'espèce, il était fait grief à plusieurs éleveurs de volailles d'avoir commis une infraction à la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement. Lorsque l'élevage dépasse 18 000 poulets, la législation prévoit une procédure d'autorisation préalable, alors qu'en dessous de ce seuil l'éleveur peut se contenter d'une simple déclaration en Préfecture. Un des éleveur contrôlé a fait l'objet d'un arrêté pris le préfet au motif qu'il exploitait une installation classée dans des conditions irrégulières par dépassement de l'effectif déclaré, et le mettant en demeure de respecter immédiatement l'effectif d'animaux déclaré soit 18 000 poulets ou de déposer une demande d'autorisation qui sera soumise à enquête publique, afin de respecter la situation administrative de son exploitation. En application des dispositions de l'article 111-5 du Code pénal, l'éleveur concerné soutenait que l'arrêté préfectoral en cause était entaché d'illégalité faute de prévoir un délai pour l'exécution des mesures prescrites. Reprenant l'article L.514-11 II qui incrimine le fait de poursuivre l'exploitation sans se conformer à l'arrêté de mise en demeure d'avoir à respecter, au terme d'un délai fixé, les prescriptions techniques déterminées. Les juges du fond on estimé qu'en prononçant une mise en demeure de respecter immédiatement l'effectif déclaré, sans fixer aucun délai d'exécution, l'arrêté préfectoral était entaché d'illégalité et ne pouvait, par conséquent, servir de base à la poursuite.

371. Le juge répressif a également eu l'occasion d'apprécier et de rejeter une exception d'illégalité fondée sur un moyen de légalité externe, concernant une délégation de signature que le requérant estimait irrégulière[540]. La Cour de cassation a écarté cette exception d'illégalité aux motifs que la dite délégation était revêtue de la signature d'un délégataire de l'autorité qui en est l'auteur. Le fait que n'apparaissent pas, sur l'acte contesté, les références de cette délégation ne signifie pas que cette dernière soit inexistante et que l'arrêté soit illégal. Cette solution rejoint ainsi une ancienne jurisprudence du Conseil d'État aux termes de laquelle l'omission matérielle de la référence à cette délégation n'est pas de nature à entacher d'illégalité

[537] Cass. crim., 12 juin 2013, n°12-87.531.
[538] v. n° 309
[539] CA Rennes, 22 janv. 2007, n°05/02371.
[540] Cass. crim., 29 janv. 2014, n°13-83.900.

une décision attaquée[541]. Le Conseil d'État jugea ainsi que c'est à tort que le tribunal administratif s'est fondé sur l'absence de référence à la délégation reçue par le directeur départemental pour annuler ladite décision[542] .

372. L'utilisation des pouvoirs de l'article 111-5 du code pénal a également permis au juge répressif de procéder à une balance entre la réglementation de la circulation et du stationnement et le droit de jouir de sa propriété. À l'occasion d'un litige relatif à des stationnements interdits, le requérant excipait de l'illégalité d'un l'arrêté interdisant « la circulation et le stationnement des véhicules à moteur sur le rivage de la mer, sur les espaces naturels protégés ainsi que sur les zones naturelles Ndr et Ndc du plan local d'urbanisme » l'empêchant ainsi de rejoindre sa propriété au moyen de son véhicule. S'inscrivant dans la lignée de l'arrêt Benjamin[543], les juges de la Cour de cassation ont procédé à un contrôle de proportionnalité, vérifiant l'adéquation entre l'interdiction édictée et les faits évoqués. La Cour de cassation relève d'emblée que l'interdiction en cause n'est que partielle et ne s'applique pas aux voies communales ne faisant pas l'objet d'une restriction par barrières, plots ou panneaux et sur les parkings publics aménagés ainsi qu'aux véhicules utilisés pour remplir une mission de service public ou à des fins professionnelles d'exploitation et d'entretien des espaces naturels. Le juge de proximité estimait que l'interdiction privait le prévenu de la jouissance de son terrain, en raison du fait que les voies d'accès étaient interdites à tout véhicule à moteur et que le propriétaire n'était plus en mesure de sur son terrain. La Cour de cassation cassa et annula le jugement au motif que cette interdiction n'était ni générale et absolue et prévoyait un usage des biens conforme à l'intérêt général.

373. Conformément à la jurisprudence administrative, la jurisprudence de la Cour de cassation nous offre une illustration du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Définie comme une « erreur grave, flagrante, évidente, inacceptable que même un profane pourrait percevoir[544] » ou encore comme une erreur « à la fois apparente et grave[545] », elle est anticipée par la Cour de cassation par le biais d'un contrôle restreint, de la même façon que peut le faire le juge administratif dans le

---

[541] En l'espèce il s'agissant d'une décision d'un directeur départemental du travail et de l'emploi qui refusait le bénéfice de l'aide à la création d'entreprise instituée par l'article L. 351-24 du code du travail.

[542] CE, 18 oct. 1995, n°142118, Min. du travail c/ Perrin.

[543] CE, 19 mai 1933, n°17413, Benjamin, Rec. 541 ; S. 1934.3.1, concl. Michel, note Mestre ; ADJA. 20ème éd., n°43 ; D. 1933.3.354, concl. ; P.H. Prélot, L'actualité de l'arrêt Benjamin, RFDA 2013, p.1020.

[544] Concl. Baudoin sous CE, 17 nov. 1965, Épx Planty, Rec. 695, AJPI 1966. 604.

[545] Concl. Donnat sous CE, 9 juin 2004, n°254573, Mme Jouve, Rec. T. 716; AJDA 2004. 1881, note Cassia; D. 2004. 2877, note Pontier.

domaine de la sécurité alimentaire où celui-ci exerce un contrôle restreint[546]. La Cour de cassation retient l'illégalité de l'arrêté attaqué en raison de l'erreur manifeste du préfet, au regard de l'exigence des taux de bromure de méthyle. La Cour constate l'évidence de l'erreur du préfet dans la fixation du taux maximal du produit en cause : « qu'est entaché d'erreur manifeste d'appréciation l'arrêté du 4 août 1986 qui, ayant pour objet de garantir la sécurité alimentaire, en premier lieu, retient la même teneur maximale autorisée en bromure de méthyle pour les légumes secs consommables en l'état et pour les champignons secs qui ont une teneur en eau de 10 % et qui, pour être consommables, nécessitent une opération de réhydratation leur faisant atteindre une teneur en eau de 85 %, ce qui a pour effet de diluer le bromure de méthyle dans une proportion de plus de 1 à 8 et, d'autre part, qui retient un taux notoirement inférieur à ceux admis dans d'autres pays européens et de moitié inférieur à celui fixé pour les salades à l'état frais ; qu'en refusant cependant d'admettre l'illégalité de cet arrêté, la cour d'appel a violé les textes susvisés[547]». À la différence du juge répressif, le juge statuant au civil ne dispose pas de pouvoirs aussi étendus à l'égard de l'acte administratif.

2° Le juge civil

374. Le juge répressif détient depuis longtemps le pouvoir d'interpréter un acte administratif règlementaire (a), mais ses prérogatives se sont progressivement élargies (b). Le constat est semblable à celui concernant le juge répressif, précision faite que le juge statuant en matière civile, ne jouit pas d'un pouvoir aussi important que celui du le juge répressif[548]à l'égard des actes administratifs. Sous l'empire de la jurisprudence Sepftonds[549], le juge civil était seulement autorisé à interpréter un acte administratif règlementaire. Il ne pouvait interpréter un acte administratif individuel qu'à condition que ce dernier soit parfaitement clair. Depuis l'arrêt SCEA du chéneau[550], son pouvoir est étendu et peut désormais accueillir une contestation sérieuse ainsi qu'écarter la validité d'un acte administratif en considération d'une jurisprudence établie de la juridiction administrative. La jurisprudence civile offre, en ce qui concerne l'application de la jurisprudence établie, peu d'exemple, certainement imputable au caractère récent de la décision « SCEA du chéneau » du Tribunal des conflits.

---

[546] CE, 24 juill. 2009, n°316014, BASF AGRO, Rec. T. 706.

[547] Cass. crim., 17 sept. 2002, n°01-87.839.

[548] Le pouvoir détenu par le juge répressif de l'article 111-5 du code pénal.

[549] T. confl., 16 juin 1923, *op. cit.*

[550] T. confl., 17 octobre 2011, *op. cit.*

a) L'interprétation d'un acte administratif

375. Distinction entre acte administratif individuel et règlementaire - Comme évoqué précédemment[551], le Tribunal des conflits a jugé que, si le juge judicaire ne peut apprécier la légalité des actes administratifs à caractère réglementaire, il a le pouvoir d'interpréter de tels actes. Toutefois, en ce qui concerne l'acte administratif individuel, le juge judiciaire n'a pas compétence pour leur interprétation à moins qu'il ne soit parfaitement clair. S'il n'est pas clair, l'interprétation d'un acte administratif individuel doit faire l'objet d'une question préjudicielle devant le juge administratif. L'acte d'interprétation ne laisse qu'une place relativement limitée, voir inexistante, à d'éventuelles divergences.

376. L'étude de la jurisprudence n'offre que peu d'illustrations notamment parce que les juridictions judiciaires sont fréquemment amenées à rejeter l'exception d'illégalité, et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, l'acte administratif individuel n'est pas clair et le juge estime alors qu'il ne peut se prononcer sur les demandes qui supposaient l'interprétation d'un acte administratif individuel dont le contentieux même dont il fait l'objet exclut qu'il puisse être qualifié de parfaitement clair[552] . D'autre part, l'identification d'un acte administratif individuel ou règlementaire n'est pas toujours aisé pour le juge judiciaire. La Cour de cassation a sanctionné des juges du fond qui ont commis une erreur sur la nature de l'acte. Elle a d'abord rappelé qu'est individuel l'acte administratif dépourvu de portée générale qui ne vise qu'une ou plusieurs personnes spécifiées ou un ou plusieurs biens. Elle a ensuite déduit qu'un arrêté de péril enjoignant aux exposantes de procéder à des travaux dans une partie de l'immeuble situé est un acte administratif individuel. En le qualifiant néanmoins d'acte réglementaire pour refuser d'en interpréter les termes, la Cour d'appel a violé l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III [553]. La difficulté du juge judiciaire est compréhensible notamment à cause de la multiplication de décisions administratives « hybrides » échappant à la dichotomie décisions règlementaires ou individuelles. Sur le fond, l'interprétation d'un acte administratif règlementaire par le juge judiciaire n'appelle pas de remarque particulière, dès lors que le juge ne s'attache qu'à expliciter des prescriptions générales et impersonnelles. Le risque de divergence est alors très faible.

[551] v. n°137 et s.

[552] CA Amiens, 30 sept. 2003, n°00/04499.

[553] Cass. civ. 1re, 6 avr. 2011, n°10-15.094.

b) L'application de la notion de jurisprudence établie

377. Bilan des premières applications - Jean-David Dreyfus[554] a dressé un premier constat en 2013, de l'application de la «jurisprudence établie » du juge administratif par le juge judiciaire. Soulignant, comme d'autres auteurs avant lui, l'ambiguïté de la notion de jurisprudence établie dont le contenu a été laissé à l'appréciation des juridictions par le Tribunal des conflits, l'auteur évoque l'arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 24 avril 2013[555].

378. Dans cette affaire, était en cause un litige relatif à l'affermage des droits de place perçus dans les halles et marchés, pour lequel le juge judiciaire est compétent en vertu du décret du 17 mai 1809, sauf renvoi préjudiciel à la juridiction administrative sur le sens et la légalité des clauses contestées des baux. Les faits concernaient un syndicat qui avait confié successivement, à plusieurs sociétés, l'exploitation d'un marché à bestiaux dépendant du domaine public de la commune de Sancoins. Après avoir conclu une convention initiale, plusieurs avenants ont été signés. C'est par une lettre que le syndicat a finalement résilié la convention d'affermage pour motif d'intérêt général. Les sociétés bénéficiaires du marché ont contesté la légalité, dans leur ensemble, de la convention de refonte et de ses avenants, du fait de l'omission par la commune, de procéder à la consultation des organisations professionnelles de commerçants, préalablement à la signature du contrat.

379. Alors que la contestation portait sur le sens et la légalité des clauses des baux, relevant en principe du juge administratif, la Cour de cassation a jugé que : « le juge judiciaire a la faculté de constater, conformément à une jurisprudence établie du juge administratif, qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'irrégularité invoquée par l'une des parties n'est pas d'une gravité telle qu'il y ait lieu d'écarter l'application du contrat, de sorte que l'appréciation de la légalité de cet acte par le juge administratif n'est pas nécessaire à la solution du litige ». Par ce considérant, la Cour de cassation a fait une exacte application de la jurisprudence dite « Béziers I [556] » pour décider que les irrégularités en cause ne constituaient pas des

---

[554] J.-D. Dreyfus, L'application par le juge judiciaire de la « jurisprudence établie » du juge administratif, AJDA 2013, p.1630.

[555] Cass. civ 1re, 24 avril 2013, n°12-18.180, Bull. civ. I. n°89 ; AJCT 2013. 426, obs. Grand ; AJDA 2013. 1630, note Dreyfus ; Dr. adm. 2013, n°57, note Distel ; JCP Adm. 2014, n°2013, note Renard-Payen.

[556] CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne de Béziers, Rec. 509, concl. E. Glaser ; JCP Adm. 2010. Actu. 41, obs. L. Erstein ; JCP 2010. Actu. 28 ; AJDA 2010. 5, obs. S. Brondel ; AJDA 2010. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; RDP 2010. 553, chron. H. Pauliat.

vices d'une gravité justifiant d'écarter l'application du contrat.

380. Jean-David Dreyfus précise que la position de la cour suprême judiciaire, qui confirme la position de la cour d'appel de Bourges du 22 mars 2012, en vertu de laquelle « l'exigence de loyauté dans les relations contractuelles fait obstacle à ce que les appelants puissent utilement se prévaloir d'une irrégularité alléguée, alors qu'ils ne se sont jamais opposés pendant toute la durée de l'avenant / convention de refonte, soit pendant près de quinze ans, à l'exécution de celui-ci », est donc sur la même ligne que celle de son homologue administratif. L'auteur précise néanmoins qu'il reste difficile de savoir si cette jurisprudence peut être qualifiée de jurisprudence établie au sens de la jurisprudence du Tribunal des conflits SCEA du Chéneau. Le juge judiciaire peut donc interpréter un acte administratif et sous conditions, en apprécier la légalité. Sa compétence peut aussi l'amener à statuer sur des contentieux impliquant un contrat administratif ou la responsabilité d'une personne publique.

B/ Le juge judiciaire, la responsabilité et les contrats administratifs

381. Le juge judiciaire est quelque fois compétent pour appliquer les règles spéciales du droit de la responsabilité administrative (1°) ainsi que pour connaître de certains contrats administratifs (2°).

1° Le juge judiciaire et les règles de la responsabilité administrative

382. C'est dans le cadre d'un contentieux relatif aux services de police judiciaire que le juge judiciaire a inauguré l'application du droit de la responsabilité administrative (a), pour l'étendre au service public de l'état civil (b) ainsi qu'aux activités des autorités de régulations (c).

a) La responsabilité du fait des services de police judiciaire

383. La jurisprudence « Giry » du 23 novembre 1956 s'avère être une des premières applications des règles de la responsabilité administrative par le juge judiciaire (i) qui fera l'objet, par la suite, de plusieurs prolongements (ii).

i. La jurisprudence Giry

384. L'arrêt Docteur Giry c/ Trésor public[557] est une des premières illustrations de l'application du droit public de la responsabilité par le juge judiciaire. Cette décision démontre que le droit public peut trouver à s'appliquer dans des espèces relevant de la compétence des juges judiciaires. Le docteur Giry fut requis en vertu des articles 43 et 44 du code d'instruction criminelle par un commissaire dans le cadre d'une instruction pénale aux fins de se rendre sur le lieu d'un immeuble pour examiner deux personnes asphyxiées par des émanations de gaz. À la suite d'une violente explosion de cause inconnue, le docteur Giry fut blessé pendant l'examen qu'il pratiquait. Dans la mesure où cette intervention relevait d'une opération de police judiciaire, le Docteur Giry introduisit une action en réparation devant le tribunal de la Seine. Le tribunal de la Seine accueillit la demande du Docteur Giry et opta pour l'application de la responsabilité de l'État sans faute en appliquant « les principes généraux du droit qui commandent à la fois le droit public et le droit civil autrefois réunis sous le terme de *jus civile* » dont l'application n'est pas « le monopole d'une juridiction déterminée ».

385. Dans un arrêt en date du 2 février 1955, la cour d'appel de Paris, par un raisonnement civiliste, retenait la responsabilité de la police judiciaire en se fondant sur l'article 1240 du code civil (art. 1382 anc.). Cette dernière se serait substituée aux propriétaires décédés dès leurs arrivés dans le but de prendre toutes les mesures de sécurité et de ce fait, elle devait être considérée comme gardien de l'immeuble et engager la responsabilité de l'État du fait des dommages causés par l'effondrement. Le fondement retenu par la Cour d'appel a été ultérieurement très critiqué par la doctrine, par Paul Esmein notamment, qui souligna que l'engagement de la responsabilité de l'État en raison des mesures de sécurité qui devaient être prises par la police judiciaire conduirait à indemniser le docteur Giry mais aussi toutes les victimes de l'explosion.

386. La Cour de cassation censura les motifs de l'arrêt de la cour d'appel pour les substituer par ceux du jugement de première instance. Elle précise que la police judiciaire ne peut pas être considérée comme un gardien car « le gardien d'une chose inanimée est celui qui en a l'usage et qui détient le pouvoir de la surveiller et de la contrôler (…) et au sens de l'alinéa 1er de l'article 1384, les éléments de la cause ne permettaient pas d'attribuer cette qualité à la police judiciaire ». De ce fait, puisque la juridiction judiciaire ne peut s'appuyer sur des dispositions de droit privé pour

[557] Cass. civ 2ème, 23 nov. 1956, n°56-11.871, Trésor public c/ Docteur Giry, n°56-11.871, Bull. Civ. N°627, p.427 ; JCP 1956. II. 9681, note Esmein.

indemniser le requérant, la Cour de cassation juge ainsi que les juges du fond avait le pouvoir et le devoir de se référer, au cas présent, aux règles de droit public.

387. Les règles de droit public auxquelles se réfère la Cour de cassation sont issues de la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'allocation d'indemnités sans exigence de faute, aux collaborateurs occasionnels des services publics blessés dans l'exercice de leurs fonctions. C'est l'arrêt Cames du 21 juin 1895 qui prévoit que les personnes qui apportent occasionnellement leur concours à l'exécution d'un service public bénéficient du régime de la responsabilité sans faute. La responsabilité sans faute n'a d'abord été accordée qu'aux requis, c'est-à-dire aux personnes obligées d'apporter leur concours au service public. Puis, progressivement, la notion de réquisition a trouvé une acception beaucoup large et concerne dorénavant les personnes à laquelle des agents de police ont demandé de leur prêter main-forte, les collaborateurs dont l'aide avait été demandée par l'autorité publique, les personnes dont le concours sans avoir été demandé, a été accepté par la collectivité publique. Ce régime de responsabilité allait même jusqu'à concerner les collaborateurs spontanés du service public qui se sont vus accorder le bénéfice de la responsabilité sans faute, sous condition d'avoir agi pour répondre à une nécessité ayant le caractère de l'urgence.

388. Le régime de la responsabilité sans faute exige, pour son application, la réunion impérative de deux conditions. D'une part, l'existence d'un service public et d'autre part, la collaboration de la victime à ce service. L'activité à laquelle le collaborateur occasionnel a participé doit constituer un véritable service public relevant de la personne publique dont la responsabilité est recherchée (par exemple un service hospitalier). Le service public est bel et bien caractérisé dès lors qu'il s'agit « aussi bien d'une activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général que l'organisme administratif chargé de la gestion d'une telle activité[558] » ou comme « toute activité destinée à satisfaire à un besoin d'intérêt général et qui, en tant que telle, doit être assurée ou contrôlée par l'administration, parce que la satisfaction continue de ce besoin de ne peut être garantie que par elle[559] ». Une collaboration dite « effective » peut prendre diverses formes et s'interprète assez largement (par exemple des services à des victimes d'accidents ou la participation à une manifestation). L'effectivité de la collaboration est un élément essentiel pour que la responsabilité sans faute soit appliquée, il doit exister une participation effective et directe.

[558] G. Cornu, Vocabulaire juridique, 11 éd., Puf, Paris, 2016, p.951.

[559] S. Guinchard et T. Debard., Lexiques des termes juridiques, 15 éd., Dalloz, Paris, 2015, p 571.

389. En l'espèce, l'application par la Cour de Cassation de la responsabilité sans faute est conforme à la jurisprudence développée par les juridictions administratives sur ce point. La cour s'y réfère et énonce « qu'il ressort de l'arrêt attaqué qu'à l'instant où il fut blessé, le Docteur Giry, requis par le représentant d'un service public, était devenu le collaborateur occasionnel de ce service ». D'abord sur l'existence du statut de collaborateur, aucune difficulté n'apparait puisque le Docteur Giry a fait l'objet d'une réquisition pour intervenir sur les lieux de l'accident. La présence d'un service public ne fait pas de doute dès lors que le collaborateur intervient dans le cadre d'une opération de police judiciaire, service public administratif par excellence**.** Enfin, aucune réelle hésitation ne se présente s'agissant de la participation effective et directe du Docteur Giry dont la mission était de se rendre sur les lieux de l'accident pour examiner les personnes asphyxiées. L'utilisation pertinente et l'application fidèle du droit public par la Cour de cassation est la conclusion qui s'impose à la lecture de l'arrêt Docteur Giry c/ Trésor public.

ii. Les prolongements de la jurisprudence Giry

390. Cette même jurisprudence, dont les commentateurs de l'époque ont cru qu'elle ne serait qu'une décision d'espèce, a finalement fait l'objet d'applications ultérieures, toujours dans le domaine du droit de la responsabilité. Par cette référence, la Cour de Cassation ouvre une forme de communication entre les juridictions judiciaires et administratives qui « trop souvent s'ignorent ou se défient[560] ». La jurisprudence Giry n'est pas une application isolée du droit administratif par le juge judiciaire répressif puisque plusieurs décisions vont ultérieurement confirmer cette tendance. Le domaine privilégié de cette application reste la mise en jeu de la responsabilité de l'État du fait de la police judiciaire.

391. Quelques décisions peuvent être citées à titre d'exemple et à l'occasion desquelles le juge judiciaire applique à la police judiciaire les mécanismes de responsabilité administrative en dehors de la responsabilité sans faute des collaborateurs occasionnels, en utilisant les règles de droit public. La première espèce concerne le Sieur Issartier[561], victime d'une déportation dans les camps allemands durant la seconde guerre mondiale suite à une arrestation arbitraire du 26 avril 1944. Parallèlement à l'action qu'il forme devant les juridictions de pension, il engage une procédure de prise à partie à l'encontre du gendarme responsable de son arrestation. Par une ordonnance du 18 janvier 1960, le premier président de la cour d'appel de Bordeaux refuse au requérant l'autorisation de poursuivre. Par suite de ce refus, le

[560] P. Esmein, note sous Cass. civ. 2e., 23 nov. 1956, Trésor public c. Docteur Giry, *op. cit.*
[561] Cass. civ. 13 nov. 1968, Issartier, Bull. civ., n °266

Sieur Issartier demande alors réparation devant les tribunaux civils en invoquant une faute des services publics, qu'il analyse comme une voie de fait. Le tribunal de grande instance de Bordeaux rejeta la demande du requérant par un jugement du 28 mars 1962 au motif que le gendarme qui a procédé à l'arrestation a agi en tant qu'officier de police judiciaire et que par conséquent, seule la procédure de prise à partie pouvait être engagée contre cet officier. Le Sieur Issartier fit appel du jugement de tribunal de grande instance de Bordeaux devant la cour d'appel de Bordeaux, qui, le 9 mars 1967 réforma le jugement et condamna l'Etat sur la base de la faute de service commise en 1944. La cour d'appel rappelle très logiquement que si la responsabilité de l'État peut être retenue par le biais d'une faute grave et personnelle dans le cadre d'une procédure de prise à partie, *a fortiori,* cette responsabilité peut aussi être engagée dans le cadre d'une faute de service. Le seul fait que les tribunaux judiciaires soient compétents ne doit pas priver la victime de sa réparation. L'accent est mis par la Cour sur la volonté de privilégier l'équité et la réparation du dommage subi par la victime. Elle se fonde sur l'utilisation des principes généraux du droit qu'elle considère comme pouvant s'appliquer devant n'importe quel ordre de juridiction, dès lors que la nécessité le commande. D'ailleurs, elle justifie l'application du droit administratif en qualifiant l'extension à laquelle elle se livre de « logique » et « louable ». Logique parce que si elle ne le faisait pas, sa solution serait dénuée de sens, de cohérence et louable parce qu'elle permet une réparation à la victime.

392. Le juge judiciaire fait utilisation de la faute de service d'un fonctionnaire, notion de droit administratif, caractérisée ici par le fait que le requérant ait été livré aux autorités allemandes à la suite de son arrestation arbitraire par un capitaine de gendarmerie. Classiquement, en droit administratif, la faute de service est « le fait d'un fonctionnaire individualisé et individualisable mais commise dans le cadre du service, n'engageant pas sa responsabilité personnelle mais celle du service[562]». En l'espèce, le juge judiciaire use, avec fidélité, de la distinction entre les fautes en décidant que l'ordre d'arrestation donné par le capitaine de gendarmerie constituait une faute de service. Ce fonctionnaire était facilement identifiable et a commis une faute dans le cadre de sa fonction en procédant à cette arrestation.

393. L'affaire Papon[563] est un autre exemple d'appréciation par le juge judiciaire de cette notion clé en droit de la responsabilité publique, à savoir la distinction entre la faute personnelle et la faute de service. Le préfet de police Papon avait, par deux

---

[562] G. Braibant, B. Stirn, Le droit administratif français, 7e éd, Dalloz, Paris, 2005, p.326.

[563] T. civ. Seine, 8 mai 1963, Papon : D. 1964, jurispr. p. 231, note Maestre. ; CA Paris, 3 juin 1964, Papon : D. 1965, jurispr. p. 98, note Maestre.

décisions prises le 12 et 13 décembre 1960, fait saisir la totalité de l'édition du journal Libération. Le préfet de Police avait pris ces décisions sur le fondement de l'article 30 du code de procédure pénale, estimant alors que certains articles du journal constituaient, par leurs contenus, des éléments de démoralisation de l'armée qui, dans le contexte politique de l'époque, nécessitait la pratique d'une saisie. La société fermière Libération assigna le préfet de police Papon et l'agent judiciaire du trésor pris en leurs noms personnels pour les faire condamner conjointement et solidairement à lui payer une somme de 50 000 Francs à titre de dommages-intérêts. La société fermière Libération se fondait sur le but de cette saisie qui ne constituait en réalité qu'un acte arbitraire, destiné à empêcher l'expression d'une opinion. Par un jugement du 8 mai 1963, le tribunal de grande instance de la Seine avait a admis pour la première fois la responsabilité du préfet de police qui avait ordonné abusivement la saisie du journal Libération sur le fondement de l'article 30 du code de procédure pénale. Faisant suite à l'appel interjeté par le préfet et l'agent judiciaire du Trésor, la cour d'appel de Paris, le 3 juin 1964, infirme le jugement du tribunal de grande instance de la Seine. Se préoccupant d'abord de la compétence, la cour d'appel s'est questionnée sur le point de savoir si la saisie opérée relevait du service judiciaire et décida que : « si le juge judiciaire est compétent pour apprécier la responsabilité que peut encourir le préfet pour des saisies opérées en application de l'article 30 du code de procédure pénale, encore faut-il que ces mesures, pour conserver leur caractère judiciaire, aient été prises à l'effet de constater un crime ou un délit contre la sûreté de l'État et non pas dans le seul but d'empêcher l'expression d'une opinion ». Si la décision du préfet avait été de nature administrative, la cour d'appel aurait été incompétente pour connaître de l'affaire. La cour infirma ensuite le jugement qui retient la responsabilité personnelle du préfet et critique les moyens invoqués par la société Libération, sur le fondement de l'article 1240 du code civil (art. 1382 anc.). Elle énonce que la juridiction de l'ordre judiciaire, saisie d'un litige mettant en cause la responsabilité de la puissance publique, doit se référer aux règles de droit public, à l'exclusion des dispositions du droit privé relatives aux délits et quasi-délits. Enfin, après avoir rappelé la nécessité de se référer aux règles de droit public, elle en fait application en rejetant la qualification de faute personnelle du Préfet.

394. En droit administratif, le régime de responsabilité est caractérisé par la distinction entre la faute personnelle et la faute de service. La faute personnelle existe lorsque l'acte ou la décision en cause « sont détachables de la fonction, ou trouvent leur origine soit dans une intention malveillante soit dans un intérêt personnel, ou encore découlant d'une erreur suffisamment grossière pour être inexcusable et équipollente au dol ». En l'espèce, la Cour d'appel ne retient pas la qualification de faute personnelle du préfet et se fonde sur les articles du journal, objet de la saisie, comme étant de nature à faire penser au préfet qu'ils pouvaient constituer un crime de participation à une entreprise de démolition de l'armée. Par un raisonnement

motivé, la Cour d'appel se livre à une recherche précise de l'existence d'une faute personnelle, alors même que cette distinction n'est pas familière au juge judiciaire. La Cour de cassation adopte, dans cet arrêt, une solution qui, loin de s'appuyer sur des textes de droit civil, se borne à transposer les principes dégagés par le Conseil d'État dans le domaine de la responsabilité de l'administration à l'égard de ses collaborateurs occasionnels[564].

395. Notons aujourd'hui, l'existence de l'article L.141-1 du code de l'organisation judiciaire, issu de la loi du 5 juillet 1972 qui institue un régime général de responsabilité du fait des activités judiciaires, reposant sur la faute lourde. Ce régime n'écarte pas la jurisprudence Giry mais laisse place à système mixte qui s'applique en fonction des personnes visées par les opérations de police. Les usagers du service de la police judiciaire relèvent du régime institué par l'article L. 141-1 du code, alors que les autres peuvent bénéficier de la jurisprudence Giry. Par la suite, la Cour de cassation a transposé ce régime de responsabilité du fait de la police judiciaire au service public de l'état civil.

b) La responsabilité du fait du service public de l'état civil

396. Dans un arrêt en date du 6 février 2007[565], la Cour de cassation a décliné la jurisprudence « Docteur Giry » dans le cadre du service public de l'état-civil. Informé de la volonté de Mme X et de M. Y de se marier, le service d'état-civil du 17ème arrondissement de Paris, doutant du sérieux de la motivation des futurs époux, signala la situation irrégulière de M.Y au procureur de la République. Après avoir demandé au maire de surseoir à statuer quant à la célébration du mariage, le procureur de la République a finalement notifié au maire sa non-opposition. À la suite d'une audition séparée des futurs époux, le maire saisit à nouveau le procureur de la République sur le fondement de l'article 175-2 du code civil en lui faisant part de sa conviction d'une absence de consentement éclairé de Mme X, particulièrement vulnérable sur le plan médico-psychologique. Une opposition fut alors formée par le procureur. M. Y et Mme X ont, par la suite, assigné le maire devant le juge des référés au motif qu'il avait commis une voie de fait justifiant sa condamnation à des dommages et intérêts. Si la voie de fait a été retenue par le juge des référés, la cour d'appel l'a toutefois rejetée en jugeant que le refus du maire de procéder au mariage

[564] Parmi d'autres illustrations v. T. civ. Lyon, 20 nov. 1961, Baud : JCP G 1962, II, 12560, note Vedel ; CA Lyon, 28 nov. 1962, Baud : Gaz. Pal. 1963, jurispr. p. 195, chron. C. Bryon ; Gaz. Pal. 1963, doctr. p. 51 qui constitue un autre exemple de l'application à la police judiciaire de la traditionnelle distinction entre faute personnelle et faute de service.

[565] Cass. civ. 1ère, 6 févr. 2007, n° 06-10403, Bull. civ. I, n°49.

postérieurement à la notification par le ministère public de sa décision de ne pas s'y opposer constituait un trouble manifestement illicite. Suite au pourvoi formé par M.Y et Mme X, la Cour de cassation cassa et annula l'arrêt de la cour d'appel, au motif que pour l'appréciation de la responsabilité du maire, pris en sa qualité d'officier d'état civil, « le juge doit se référer aux règles du droit public ». Dans le cadre de l'application des règles de droit public, la Cour de cassation précise que le refus de célébrer un mariage malgré la non-opposition du procureur de la République ne constitue pas une faute personnelle détachable des fonctions d'officier d'état-civil du maire.

397. Selon les commentateurs avertis[566], « la qualification de la faute (…) doit être approuvée : elle ne se détache assurément pas du service, ni par sa gravité, ni par une quelconque intention malveillante ». Ainsi, « l'application de ces « règles de droit public » correspond à l'hypothèse de reproduction ou d'application conforme du droit administratif observée à propos de la jurisprudence Giry ». La Cour de cassation adopte une solution en accord avec l'arrêt du tribunal des conflits[567] qui semblait adopter une conception très restrictive de la faute personnelle centrée sur la poursuite d'un intérêt personnel et déconnectée du degré de gravité de la faute. L'auteur s'interroge toutefois si la responsabilité du service public de l'état civil sera engagée pour faute simple ou seulement en cas de faute lourde. Les principes de la responsabilité administrative ont pu également trouver à s'appliquer dans le cadre des contentieux relatifs à l'activité des autorités de régulation.

c) La responsabilité des autorités de régulations

398. L'arrêt Mizon[568] du Tribunal des conflits précise les conditions dans lesquelles les principes de la responsabilité administrative s'appliquent aux autorités de régulation : « Aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, dans sa rédaction issue des dispositions de l'article 9 de la loi du 2 août 1989 : "L'examen des recours contre les décisions de la Commission des opérations de bourse autres que celles qui ont un caractère réglementaire ou qui sont relatives à l'agrément des organismes de placement collectif en valeurs mobilières ou des gérants de portefeuille relève de la compétence du juge judiciaire" ; que le législateur a entendu

[566]A. Van lang, Une résurgence de la jurisprudence Giry... à propos de la responsabilité des officiers d'état civil, AJDA 2008, p.530.

[567] T. confl., 19 oct. 1998, n°03131, préfet du Tarn, Rec. T. 1164 ; D. 1999. 127, note O. Gohin. ; Chron. M. Guyomar et P. Collin, AJDA 2002. 426. 4.

[568] T. confl. 22 juin 1992, n°02671, M. Mizon, Rec. 486; D. 1993. 439, note N. Decoopman; Rev. sociétés 1992. 774, note Y. Guyon ; RTD com. 1993. 88, obs. G. Orsoni.

donner compétence aux juridictions de l'ordre judiciaire pour connaître de toute contestation relative aux décisions de la commissions des opérations de bourses visées à l'article 12 précité de l'ordonnance du 28 septembre 1967, y compris les demandes d'indemnité fondées sur l'illégalité dont serait entachées ces décisions ».

399. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris[569] a fait application de la notion de faute lourde, nécessaire pour engager la responsabilité de l'Etat du fait des fautes commises par les autorités de régulation, en l'espèce, la commission des opérations de bourse, aujourd'hui rebaptisée autorité des marchés financiers. La compagnie diamantaire d'Anvers, administré par M. Delcourt, proposait sur le marché français au public la vente de diamants de catégorie « investissement » et soumettait à la commission des opérations de bourses, selon les dispositions applicables, un projet de document sur ce placement. Dans un premier temps, la COB[570] notifia à la société qu'elle enregistrait le document sous réserve de l'insertion en première page d'un avertissement aux épargnants. Par la suite, la COB faisait néanmoins savoir à la société que le dispositif proposé ne répondait pas aux préoccupations exprimées lors de l'examen du document initial, et mettait fin à la validité du numéro d'enregistrement du document ainsi qu'à la possibilité de conclure ces contrats avec les épargnants.

400. La Cour d'appel de Paris a estimé que, s'agissant de la procédure relative à l'enregistrement du projet de document, la COB a correctement mis en œuvre ses pouvoirs en sollicitant de la société, qu'elle insère un avertissement dans ledit document, afin de valider l'enregistrement. Les dispositions de la loi du 3 janvier 1983 lui permettaient d'émettre des réserves et d'exiger de la société qu'elle insère ledit avertissement. Toutefois, au terme d'une négociation et après que ladite société se soit conformée à la réserve de la COB, cette dernière l'informait de la fin de la validité de l'enregistrement avec interdiction de conclure des contrats avec les épargnants. C'est cette interdiction que la Cour d'appel de Paris qualifia de faute lourde, engageant la responsabilité de l'Etat. Appliquant le droit de la responsabilité administrative, la Cour d'appel de Paris a su qualifier la faute lourde, en caractérisant la volonté de la COB d'agir « en dehors de toute habilitation législative » et en évoquant un excès de pouvoir « flagrant ». Le vocabulaire soigneusement choisi par la Cour laisse transparaitre la particulière gravité des agissements de la COB.

Le juge judiciaire n'est pas seulement amené à interpréter ou à apprécier un acte administratif ou à appliquer les règles de responsabilité de droit public, il peut, de façon exceptionnelle, être compétent alors que des contrats administratifs sont en

---

[569] CA Paris, 6 avr. 1994, D. 1994.511, note N. Decoopman , *Gaz. Pal.* 1994.1.343, concl. Jobard.

[570] Commission des opérations de bourse devenue l'autorité des marchés financiers en 2004.

cause.

2° Le juge judiciaire et le contrat administratif

401. Si le juge administratif est le juge naturel des contrats administratifs, la loi peut prévoir, de façon exceptionnelle, la compétence du juge judiciaire (a). Par ailleurs, le juge répressif s'est progressivement familiarisé, dans le cadre de l'article 121-2 du code pénal, aux délégations de service public (b).

a)Le contentieux relatif aux droits de place perçus dans les halles et marchés

402. Conformément aux principes de répartition des compétences, le contentieux du contrat administratif relève, en principe, de la compétence des juridictions de l'ordre administratif, et celui du contrat de droit privé, des juridictions de l'ordre judiciaire. La qualification administrative d'un contrat provenant de la loi ou de la jurisprudence, suffit à emporter la compétence de la juridiction administrative, quelle que soit la nature, publique ou privée des parties au contrat, ou la nature administrative ou industrielle ou commerciale, du service public éventuellement concerné[571].

403. Par atténuation au principe de la compétence du juge administratif en matière de contrats administratifs et des conséquences financières s'y rattachant, il existe un cas où le juge judiciaire est compétent pour statuer sur l'aspect financier d'un contrat administratif. La compétence des juridictions judiciaires est prévue par l'article 136 du décret du 17 mai 1809 qui dispose que « les contestations qui pourront s'élever sur l'administration ou la perception des octrois en régie intéressée, entre les communes et les régisseurs de ces établissements, seront déférées au préfet, qui statuera en conseil de préfecture, après avoir entendu les parties ; sauf le recours à notre Conseil d'État, dans la forme et le délai prescrits par notre décret du 22 juillet 1806. Il en sera de même des contestations qui pourraient s'élever entre les communes et les fermiers des octrois, sur le sens des clauses des baux. Toutes autres contestations qui pourront s'élever entre les communes et les fermiers des octrois seront portées devant les tribunaux ».

[571] Pour saisir toutes les nuances de la répartition des compétences juridictionnelles en matière de contrats administratifs voir J-Cl Administratif, fasc. n°1045, n°45 et s.

404. De manière constante, le Tribunal des conflits[572] a rappelé que s'il est de principe, selon le décret-loi du 17 juin 1938, que les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public passés par les collectivités publiques relèvent de la compétence des juridictions administratives, l'article 136 du décret du 17 mai 1809, relatif aux octrois municipaux et applicable aux droits de place perçus dans les halles et marchés, attribue spécialement compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur toutes les contestations qui pourraient s'élever entre les communes et les fermiers de ces taxes indirectes. En revanche, les litiges qui portent sur la contestation du sens des clauses des baux doivent faire l'objet d'un renvoi préjudiciel à la juridiction administrative.

405. Comme l'explique Gweltaz Guiavarc'h, tous les litiges concernant l'exécution contractuelle relèvent de la compétence des juridictions judiciaires en application de l'article précité. Ainsi « le partage des compétences s'opère donc selon un axe contractuel/non contractuel[573] ». La jurisprudence ultérieure à la contribution de Gweltaz Guiavarc'h laisse apparaître une compétence plus large du juge judiciaire. Déclinant régulièrement sa compétence en vertu de la disposition précitée, le Conseil d'État[574]a lui même étendu la compétence judiciaire pour ce contentieux, lorsqu'il concerne l'occupation des halles, lieux de foire et marchés, à l'occasion d'un litige entre l'occupante d'un emplacement dans un marché et la commune propriétaire de ce marché.

406. Compétent sur le terrain contractuel lorsqu'il est saisi de demandes indemnitaires relatives à l'exploitation des droits de place, le tribunal des conflits[575] a postérieurement décidé que le juge judiciaire l'est également lorsque l'action est portée sur le terrain extracontractuel. Ainsi, l'interrogation de l'auteur ne manque pas de pertinence lorsqu'il se questionne sur la manière dont la juridiction judiciaire va statuer et quel droit va-t-elle appliquer[576] ?

407. Au vu de l'étude de la jurisprudence en matière de halles et marchés, il conclut que la tendance qui se dessine est celle de l'utilisation des règles du droit public. Le juge judiciaire devient le véritable « juge du contrat de concession » (ou d'affermage, selon la nature du contrat) ». Évoquant l'arrêt de la cour d'appel de

---

[572] T. confl., 16 juin 1997, n°03075, Sté Les Fils de Madame Géraud c/ Commune de Longjumeau.
[573] G. Guiavarc'h, Contrat administratif et compétence judiciaire, RFDA 2001, n°1, p.93.
[574] CE, 24 juin 2013, n° 348207, SARL Eldorado, Rec. 201 ; AJCT 2013. 585, obs. Giacuzzo ; JCP Adm. 2013, n°2295, note Langelier ; Dr. adm. 2013, n°73, comm. Eveillard.
[575] T. confl., 19 mai 2014, n°3938, Cne de Raincy ; AJDA 2014. 1062, note Pastor ; Contrats Marchés publ. 2014, n°200, note Pietri.
[576] G. Guiavrac'h, *op.cit.* p.56

Paris[577], l'auteur relève que le juge judiciaire fait référence à certaines règles du droit des contrats public, dont celle relative au droit de résiliation unilatérale, en précisant qu'une personne publique peut mettre fin unilatéralement à un contrat de concession en cours pour des raisons d'intérêt général justifiant que l'exploitation du service concédé soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles. Dans ce dernier cas, elle doit, en l'absence de faute de la part du concessionnaire, indemniser le cocontractant du préjudice résultant de cette résiliation anticipée du contrat. La cour d'appel reconnaît le pouvoir de résiliation unilatérale qui appartient à l'autorité concédante, tout comme le droit à indemnisation du concessionnaire dès lors que la résiliation est prononcée sans faute.

408. C'est par le même raisonnement que celui adopté par les juridictions administratives que la cour d'appel, dans ce même arrêt, écarte l'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur l'application du droit de la concurrence aux délégations de service public estimant que : « le choix effectué par une commune d'une entreprise en qualité de concessionnaire des marchés n'est pas un acte de production, de distribution ou de services au sens des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui ne sont donc pas applicables (...) ». L'auteur souligne en effet que la cour se réfère ici à la jurisprudence dégagée en 1989 par le Tribunal des conflits[578] adoptée un temps par le Conseil d'État[579]. Le juge judiciaire peut également être confronté au contrat administratif à travers la responsabilité pénale des collectivités et de leurs groupements.

b) L'identification des conventions de délégations de service public

409. La responsabilité pénale des collectivités et de leurs groupements, prévue à l'article 121-2 du code pénal, donne lieu à l'application de notions, jusqu'alors peu familières au juge répressif. Il doit identifier les « activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public » qui est le cadre dans lequel la responsabilité pénale des collectivités et leurs groupements est susceptible d'être engagée.

[577] CA Paris, 13 janv. 1998, n°s 96/19344 et 96/20592, Commune de Gif-sur-Yvette c/ Consorts August ; RFDA. 2001. 93, note G. Guiavarc'h.
[578] T. confl., 6 juin 1989, Ville de Pamiers, *op. cit.*
[579] CE, 23 juill. 1993, Cie générale des eaux, *op. cit.*

410. Alain Lévy[580] a dressé, en 1994, le bilan de l'application de l'article 121-2 du code pénal aux personnes morales de droit public. Il a d'abord constaté les hésitations jurisprudentielles du juge répressif, notamment en ce qui concerne l'identification des activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. L'auteur a toutefois largement anticipé l'évolution jurisprudentielle, en affirmant que cette hésitation devrait disparaître avec la définition posée par la loi n°2001-1168 MURCEF[581] du 11 décembre 2000. Elle figure désormais à l'article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales : « une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service (…) ».

411. Comme l'avait prédit l'auteur, il résulte effectivement de la jurisprudence judiciaire récente, une définition de la délégation de service public conforme à celle posée par la disposition précitée. Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, sont susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public « les activités ayant pour objet la gestion d'un service public lorsque, au regard de la nature de celui-ci et en l'absence de dispositions légales ou réglementaires contraires, elles peuvent être confiées, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats de l'exploitation[582] ». Grâce à la codification de cette définition, le juge répressif adopte la même conception de la délégation de service public que celle appliquée devant les juridictions administratives lorsqu'il statut sur la responsabilité pénale des collectivités ou leurs groupements.

---

[580] 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, Droit administratif, Juin 2004, n°6, étu. 12.

[581] Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

[582] Cass. crim., 6 avr. 2004, n°03-82.394, Dpt de l'Orne, Bull. crim., n°89; AJDA 2005. 446, note P. Le Goff ; Gaz. Pal. 2004. 3799, note Y. Monnet; AJ pénal 2004. 240, obs. C. Girault.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

412. Si l'érosion entre le droit public et le droit privé est particulièrement tangible en ce qui concerne les «nouvelles » branches du droit, comme le droit de la consommation ou le droit de la concurrence, nous avons pu constater que les branches dites « traditionnelles », comme le droit civil ou le droit pénal, sont tout autant concernées par cette érosion.
En dépit de la multiplication des interférences contentieuses entre le juge administratif et le juge judiciaire et l'inversion des rôles qui peuvent en résulter, le fonctionnement du système juridictionnel français conserve une cohérence globale. Lorsque le juge judiciaire est amené à connaître d'un acte administratif ou d'un contrat administratif et inversement, lorsque le juge administratif interprète des conventions privées ou applique des dispositions de droit privé, l'étude de la jurisprudence permet de constater une réelle concordance des solutions adoptées. L'un des procédés privilégiés pour parvenir à cette communauté d'interprétation est le mécanisme de l'emprunt, qui se matérialise sous la forme de l'utilisation de références jurisprudentielles ou par l'adoption de techniques d'interprétation semblables. Mais, si les solutions sont souvent proches, certaines spécificités persistent, sans toutefois que la cohérence des jurisprudences soit perturbée. Par exemple, nous remarquons que le juge administratif se démarque volontairement en faisant utilisation de principes généraux du droit, qu'il découvre dans les dispositions de droit privé applicables au litige. En dépit de cette cohérence globale entre les juridictions administratives et judiciaires, l'existence de divergences ne peut être éludée. Même minoritaires, elles doivent être étudiées afin de déterminer les effets qu'elles sont susceptibles de générer sur la cohérence et le fonctionnement de la dualité juridictionnelle.

CONCLUSION DU TITRE II

413. Les interconnexions entre le juge administratif et le juge judiciaire provoquées par l'érosion entre le droit public et le droit privé auraient pu laisser place à une concurrence des systèmes, ainsi qu'à une multitude de divergences. L'étude des conséquences de l'affaiblissement de la *summa divisio* sur la dualité juridictionnelle dévoile pourtant un état des lieux positif avec l'existence d'une cohérence globale entre les deux ordres de juridictions. Cette cohésion se traduit aussi par de nombreux rapprochements concernant les règles relatives à la structure et au fonctionnement des chacun des deux ordres juridictionnels. La juridiction administrative a connu une évolution spectaculaire, et se positionne aujourd'hui, comme *l'alter ego* des juridictions judiciaires. Elle est dotée, au même titre que son homologue judiciaire, d'un double degré de juridiction, et peut, en outre, faire face à l'urgence grâce aux procédures de référé. Dans un souci d'économie et de gain de temps, elle s'est également dotée d'un système de dématérialisation des procédures. L'unité s'observe également au niveau de la jurisprudence avec des solutions qui se retrouvent sur bien des points, et ce, malgré la persistance de spécificités liées aux méthodes du juge administratif et du juge judiciaire. Les particularismes qui subsistent chez l'un comme chez l'autre ne provoquent pas systématiquement des divergences quant au fond des solutions adoptées.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

414. Cette première partie a permis d'étudier avec plus de précision les causes et les conséquences de l'érosion entre le droit public et le droit privé, déjà relevées par de nombreux observateurs. Issue d'une multitude de facteurs, cette confusion a substantiellement modifiée les caractéristiques de chacune des composantes de la distinction. Plus qu'une simple tendance, les effets de cette confusion ont presque vidé la *summa divisio* de sa substance.

Une fois le phénomène décrit, il fallait encore en mesurer les conséquences sur le fonctionnement et la pertinence de la dualité juridictionnelle, qui, comme nous l'avons évoqué en introduction, entretient un rapport d'interdépendance avec la distinction entre le droit public et le droit privé. Il s'est avéré que l'altération de la division a eu deux principaux effets, celui d'une part, de perturber les règles traditionnelles de répartition des compétences et d'autre part, de multiplier les interconnexions contentieuses entre le juge administratif et le juge judiciaire. L'érosion du droit public et du droit privé représente donc un véritable élément de complexité, responsable d'une mise en concurrence des systèmes. Pourtant, loin de constituer un obstacle insurmontable, l'organisation juridictionnelle française s'est adaptée d'une façon remarquable, compte tenu de sa rigidité initiale. En dépit des complexités induites par l'affaiblissement de la distinction, une dynamique commune entre les juridictions administratives et judiciaires se dessine. Elle s'observe tant du point de vue de la jurisprudence que des règles relative à l'organisation des juridictions. Nous pensons même que le déclin de cette *summa divisio*, en provoquant ces confrontations, a permis une forme d'harmonisation, allant parfois jusqu'à l'uniformisation des deux ordres juridictionnels.

Néanmoins, si notre organisation juridictionnelle semble relativement bien adaptée au contexte générée par l'érosion entre le droit public et le droit privé, nous ne pouvons passer à côté de l'existence de divergences et d'une complexité grandissante lorsqu'il est question de déterminer la compétence du juge administratif ou du juge judiciaire.

PARTIE II : L'EXIGENCE D'UNE DUALITÉ JURIDICTIONNELLE RENOUVELÉE

415. Bien que l'érosion du droit public et du droit privé soit à l'origine de perturbations du fonctionnement de la dualité juridictionnelle, nous avons pu constater la solidité des fondements de celle-ci. La pérennité de cette organisation a été possible grâce au renouvellement et l'évolution dont elle a fait l'objet depuis son apparition, jusqu'à nos jours. Ce renouveau fut possible grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a permis de clarifier la répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels. Le Tribunal des conflits a également joué un rôle clé en affinant et en adaptant les critères de compétence au contexte de l'érosion entre le droit public et le droit privé.

416. Mais, loin d'être parfaite, la dualité juridictionnelle montre quelques signes de faiblesse à travers l'existence de divergences. Avec la multiplication des contentieux communs, des divergences de différentes natures peuvent apparaître. Qu'elles soient jurisprudentielles ou liées aux règles de fonctionnement elles restent, d'un point de vue quantitatif, minoritaires (Titre 1). Bien que résiduelles, ces divergences peuvent, malgré tout, porter atteinte, au moins en partie, à la pertinence de la dualité juridictionnelle. Comment justifier le maintien d'un système basé sur la dualité juridictionnelle alors même que les deux ordres de juridiction ont vocation à statuer sur des litiges communs, avec la probabilité de voir s'accroître les divergences ? Ce n'est d'ailleurs pas seulement la cohérence du système que l'on peut mettre en cause, c'est aussi, dans le même temps, le risque d'un affaiblissement les droits des justiciables. C'est la raison pour laquelle, sans remettre en cause la dualité juridictionnelle qui caractérise le système juridictionnel français, il sera proposé de pallier à ses inconvénients en proposant une conception renouvelée de cette dernière (Titre 2).

TITRE 1 : LE CONSTAT DE DIVERGENCES RÉSIDUELLES

417. Définition – Dans son acception commune, la divergence est définie comme une différence, un désaccord entre les opinions, les intérêts des personnes ou d'un groupe, tout en faisant également référence à l'idée d'opposition. Transposée au contexte juridique, une divergence peut se traduire, au sens large, par une différence entre les règles de fonctionnement et d'organisation des juridictions. Elle peut également faire référence à une différence générée par l'interprétation du juge (jurisprudentielle). Elles peuvent se révéler au sein d'un seul ordre juridictionnel (administratif, judiciaire), ou deux ou plusieurs ordres juridictionnels, qu'il soit national, européen ou international. Cette acceptation large de la notion de divergence peut également nous amener à inclure dans le champ d'application les différences doctrinales, mais, pour les besoins du sujet à traiter, nous exclurons ces dernières. Nous focaliserons l'étude sur les divergences, que nous qualifierons indistinctement de discordances, différences ou disparités qui naissent dans le cadre des contentieux communs[583] entre la juridiction administrative et judiciaire. La notion de divergences jurisprudentielles n'a fait l'objet que de peu de contribution, hormis toutefois celle de Frédéric Zenati[584] à travers laquelle l'auteur tente de conceptualiser la notion. Il évoque plusieurs critères, comme celui de la pluralité des d'émetteurs, l'absence de hiérarchie, l'identité de question et la différence de solution.

418. Une précision de langage s'impose à propos des différences de solutions et de l'utilisation de termes voisins, comme celui de « contrariété ». Ce cas de figure renvoie à un cas de compétence du Tribunal des conflits, conformément à l'article 15 de la loi du 24 mai 1972[585]. En réalité, la contrariété doit être différenciée de la divergence, qui, selon le Tribunal des conflits, suppose que les solutions dégagées successivement par chacune des deux juridictions, qu'il s'agisse d'une question de fait, de qualification juridique ou de droit, soient véritablement incompatibles, inconciliables, que le résultat de ces appréciations ayant trait à un même objet soit incohérent, ce qui ne présente en réalité qu'un caractère exceptionnel. La divergence quant à elle,

---

583 V. n°120 et s. Nous évoquerons particulièrement les divergences entre les juridictions administratives et judiciaires qui découlent d'une dérogation aux règles de répartition des compétences (inversion de compétence) car nous estimons qu'elles sont susceptibles, plus que toutes les autres, d'altérer la pertinence de la dualité juridictionnelle.

584 F. Zenati, La notion de divergence de jurisprudence, in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), Les divergences de jurisprudence, PUSE, Saint Étienne, 2003, p.54.

585 « Le Tribunal des conflits peut être saisi des décisions définitives rendues par les juridictions administratives et judiciaires dans les instances introduites devant les deux ordres de juridiction, pour des litiges portant sur le même objet, lorsqu'elles présentent une contrariété conduisant à un déni de justice (…) ».

suppose que si les solutions dégagées par les juridictions de deux ordres soient différentes, elles n'entraînent pas nécessairement d'opposition. Par conséquent, la divergence présente un champ d'application bien plus large que celui de la contrariété et peut inclure la plus insignifiante des différences comme des oppositions inconciliables.

419. Des divergences inévitables mais nécessaires - Le développement des divergences et particulièrement celles issues de la jurisprudence, sont inévitables en raison de la nature et de la multiplicité des interprètes. Aussi longtemps que la justice sera rendue par des êtres humains, elle comportera toujours des imperfections donnant lieu à des divergences jurisprudentielles. Ces différences sont d'autant plus nombreuses en raison de la pluralité d'émetteurs. Non seulement le risque est présent lorsque l'on se place au sein d'un même ordre juridictionnel, entre juges de première instance, juge d'appel et juge de cassation, mais s'accroît encore lorsque deux ordres juridictionnels sont concernés. Ce ne sont plus les solutions d'un seul ordre juridictionnel qui sont susceptibles de s'opposer, mais celles émanant de deux ordres juridictionnels. Les divergences entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif peuvent se multiplier plus facilement en raison des différences culturelles, structurelles et ce, malgré certains rapprochements. Dans certains cas, et en dehors des disparités jurisprudentielles, certaines différences apparaissent comme inévitables. C'est le cas, par exemple, de certaines règles de procédure, comme la règle de l'appel non suspensif en contentieux administratif, dont l'origine se trouve dans le privilège du préalable. Mais, ce caractère inévitable reste le plus souvent assimilé aux divergences jurisprudentielles car elles comportent bien plus d'incertitudes.

420. À propos des divergences jurisprudentielles, Pascale Deumier [586] a pu écrire que « le système juridique ne peut empêcher l'existence d'une divergence de jurisprudence. Loin d'être une monstruosité juridique, elle participe de l'application et de l'évolution de la norme jurisprudentielle ». Mais, selon elle, si la divergence est inévitable et nécessaire, elle ne doit pas dépasser un certain degré de « tolérabilité ». Les divergences de jurisprudences sont nécessaires car elles permettent, lorsque les juridictions des deux ordres sont saisies d'un contentieux portant sur des questions identiques ou connexes, de construire un dialogue par le biais duquel elles contribuent à affiner une solution jurisprudentielle.

[586] P. Deumier, Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption, RTD civ. 2013, p.557.

421. Même si l'organisation juridictionnelle française se caractérise par sa dualité, les différents juges qui la composent ne sont pas pour autant cantonnés à un champ contentieux dont l'autre serait totalement exclu. Par jurisprudences interposées, les juridictions suprêmes marquent leurs désaccords comme leurs adhésions et ce sont précisément ces oppositions, qui n'en restent pas moins des dialogues, qui peuvent contribuer à l'évolution du droit. C'est en se contredisant que les juridictions entretiennent une forme d'échange constructif bien qu'indirect, dont l'effet serait de permettre une évolution constructive du droit. Il faut voir dans ces conflits un aspect positif, une source d'impulsion.

CHAPITRE 1 : DES SPÉCIFICITÉS EXTÉRIEURES À LA MISSION DES JUGES

422. Certaines divergences sont liées à des spécificités irréductibles, c'est à dire que leur existence ne peut être empêchée, que l'on ne peut se résoudre à les faire cesser en raison de leur caractéristique ou leur origine. Du fait de l'existence de spécificités, certaines divergences deviennent inévitables et parmi elles, nous retrouvons en premier lieu la nature des sujétions que doivent assumer les personnes publiques, qui se traduit par une procédure contentieuse spéciale et par une prise en compte particulière de la part juge administratif (Section 1). Ce dernier est particulièrement attentif aux contraintes de l'administration qui doit, entre autres, assurer la satisfaction de l'intérêt général et le maintien de l'ordre public. Cette prise en considération entraine nécessairement des divergences entre les deux juges, qui s'expriment par une application différenciée ou une inapplication, par le juge administratif, des dispositions de droit commun.
Si les sujétions de l'action administrative seront abordées comme étant à la source de spécificités irréductibles, nous laisserons toutefois de côté la question des prérogatives de puissance publique. À la différence de la préservation de l'intérêt général (tel qu'il se présente devant le juge administratif) et du maintien de l'ordre public, qui ne peut faire l'objet de délégation, les prérogatives de puissance publique peuvent être conférées à des personnes privées, notamment dans le cadre des services publics. Par conséquent, cette notion n'est pas propre au contentieux administratif et ne constitue pas une spécificité irréductible responsable de divergence entre le juge administratif et judiciaire.

423. En outre, ce caractère irréductible peut être le résultat de l'originalité liée à l'objet de la contestation ou à la qualité des parties en cause (Section 1). Si le juge judiciaire et le juge administratif sont de plus en plus fréquemment amenés à se prononcer sur des contentieux communs, impliquant des problématiques similaires, on ne saurait pour autant évoquer ces litiges comme se posant de façon strictement identique à chacun des deux juges.
Dans la plupart des cas, ces différentes spécificités sont totalement étrangères à l'interprétation du juge et trouvent une véritable justification, en dehors de toute considération liée au juge. Par conséquent, les divergences qui en découlent ne sauraient remettre en cause sérieusement la pertinence de la dualité juridictionnelle. Nous pourrions même supposer que ces divergences démontrent, en fin de compte, l'utilité d'un juge spécialisé, familiarisé avec les difficultés que rencontre l'administration dans l'accomplissement de ses missions.

Section 1 : Les singularités liées à l'action publique

424. Les missions assignées à l'action publique ont nécessairement un impact sur la solution rendue par le juge administratif (Paragraphe 1) qui, par le biais de son raisonnement, tient compte de la spécificité des problématiques qui peuvent en résulter. Les considérations liées à l'action publique exercent également une influence sur la procédure suivie devant les juridictions administratives dont les règles sont inspirées par l'idée que cette action ne doit pas être paralysée inutilement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les finalités de l'action publique

425. La satisfaction de l'intérêt général (A) et le maintien de l'ordre public (B) qui pèsent sur l'action publique sont à l'origine de divergences entre les juridictions administratives et judiciaires.

A/ La satisfaction de l'intérêt général

426. En lieu et place de l'intérêt général, nous aurions pu focaliser notre étude de façon plus précise sur le service public, mais plusieurs raisons se sont opposées à cette éventualité. D'une part, la notion de service public est beaucoup plus restrictive que l'intérêt général[587] et d'autre part, le service public est aujourd'hui partiellement géré par les personnes privées auxquelles on applique le droit privé et qui sont de la compétence du juge judiciaire. En matière de service public, on ne peut pas réellement parler de « contentieux communs » entre le juge judiciaire et le juge administratif mais plutôt d'un partage de compétence. Le juge judiciaire reste dans son champ de compétence en appliquant le droit privé lorsqu'est en cause un service public industriel et commercial et inversement, le juge administratif applique le droit public au service public administratif. La notion d'intérêt général, plus étendue que celle du service public, trouve à s'appliquer aussi bien devant le juge administratif que le juge judiciaire, mais, cette notion n'a pas la même dimension selon le juge concerné.

[587] voir sur ce point l'étude de L. Dubouis, Missions de service public ou missions d'intérêt général ?, Rev. gen. coll. territ., janv.- févr. 2011, p.588.

427. Malgré toutes les tentatives déployées pour le définir, l'intérêt général est une notion éminemment versatile et évolutive. Lorsqu'il a tenté de répondre à la question de savoir si l'intérêt général existait encore, Jean-Marie Pontier[588] introduisait son propos en précisant que l'intérêt général n'obéissait pas à une définition unique. Qu'il pouvait, par exemple, être défini différemment par le juriste par rapport au philosophe. Mais déjà, au sein des juristes, deux conceptions s'opposent, l'une utilitariste, qui renvoie à l'idée d'une somme d'intérêts individuels et l'autre, privilégiée en France, dite volontariste, exigeant de transcender les intérêts des particuliers. Sans prétendre trouver une définition unique de l'intérêt général, nous pouvons toutefois en relever les différentes nuances. L'intérêt général auquel le juge administratif est confronté porte en lui une connotation profondément universelle en tant qu'il renvoie à l'idée de ce qui est à l'avantage de tous, sans considération d'une quelconque catégorie ou d'une communauté de personne. En revanche, si la notion d'intérêt général n'est pas étrangère au juge judiciaire, il n'en connaît qu'une facette à travers la connaissance ou la défense d'un intérêt général « communautaire » ou « restreint ». C'est ainsi, par exemple, que le juge judiciaire a pu évoquer l'intérêt général des copropriétaires à l'occasion d'un contentieux relatif à l'annulation d'une résolution d'une assemblée générale de copropriété[589]. Il a pu faire référence à l'idée d'intérêt général d'une communauté dans le cadre de contentieux impliquant une expropriation[590], ainsi qu'à l'intérêt général de sécurité juridique[591], le débat d'intérêt général[592] ou l'intérêt général de nature à éclairer le public[593] ou encore l'intérêt général d'une société[594] dans des contentieux où sont en cause des abus de minorité ou de majorité.

428. Application différenciée ou exclusion du droit commun - Dans le cadre des contentieux communs sur lesquels les juges administratifs et judicaires peuvent se prononcer, la sauvegarde de l'intérêt général devant le juge administratif peut impliquer une application différenciée du droit par rapport au juge judiciaire ou dérogatoire du droit commun dans le but de sauvegarder l'intérêt général. C'est ainsi que, par exemple, dans le cadre du contentieux des salariés protégés, il est possible à l'inspecteur du travail ou le cas échant, au ministre, de refuser une autorisation de licenciement, en retenant des motifs d'intérêt général relevant de son pouvoir d'appréciation, sous réserve qu'une atteinte excessive ne soit pas portée à l'un ou

---

588 J.-M. Pontier, L'intérêt général existe-t-il encore ? D. 1998, p.327.

589 Cass. civ. 3eme, 9 juin 2016, n°15-19.470 ; v. également cass. civ. 3ème, 13 janv. 2015, n° 13-24.786 ; Cass. civ. 3ème, 2 oct. 2012, n°11-13.849.

590 Cass. civ. 3eme, 16 juin 2015, n°14-16.926 ; cass. civ. 3ème, 25 nov. 2014, n°13-23.936.

591 Cass. civ. 1re, 3 déc. 2015, n°15-18.195 (à paraître) ; cass. civ. 3ème, 6 janv. 2012, n°11-40.083.

592 J. Hauser, Le débat d'intérêt général et la protection de la vie privée, RTD civ. 2015, p. 583.

593 Cass. civ. 1re, 30 oct. 2013, n°12-15.187.

594 Cass. com., 4 nov. 2014, n°13-24.889 ; Cass. civ. 3ème, 2 juin 2016, n°14-16.165.

l'autre des intérêts en présence. Si le refus d'autorisation venait à être contesté devant le juge administratif, ce dernier devrait opérer un contrôle sur la nature de ces motifs d'intérêt général qui ne se justifie pas devant le juge judiciaire dans le cadre d'un licenciement d'un salarié non protégé.

429. L'intérêt général peut être mis en avant par le juge administratif afin d'exclure l'applicabilité de dispositions relatives au droit de la concurrence, bien que cette, comme nous l'avons vu précédemment, cette branche du droit comporte une dimension publique car il protège la libre concurrence et la liberté du commerce et de l'industrie. Néanmoins, l'intérêt général « universel » doit primer sur tout autre intérêt général plus spécifique comme celui de protéger le processus concurrentiel. Dans un arrêt du 31 mai 2006, le Conseil d'État a, par exemple, refusé de voir dans l'activité de services juridiques rendus par la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat public-privé une activité économique dans la mesure où elle ne constitue pas une « intervention sur un marché » et qu'elle relève de « la mission d'intérêt général de l'État de veiller au respect par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public du principe de légalité[595]».

430. Droit de la consommation - Dans les affaires intéressant le droit de la consommation, le juge administratif a considéré légales des clauses instituant un déséquilibre au motif qu'elles étaient justifiées par l'intérêt du service. La notion d'intérêt du service est ainsi la clef qui permet de savoir si une clause exorbitante du droit commun est une clause abusive. Le caractère abusif d'une clause[596] s'apprécie en se référant à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, l'article L. 132-1 du Code de la consommation souligne le rôle central de l'économie globale du contrat. L'appréciation de la clause abusive s'opère donc en considération de l'ensemble de l'économie du contrat.

431. L'économie générale du contrat en droit public est caractérisée, insiste Guylain Clamour[597], par sa finalité, qui est de porter l'intérêt général et par conséquence, son économie ne peut s'appréhender qu'en fonction de cette finalité. Selon lui, la caractérisation d'un déséquilibre significatif de nature à qualifier une clause

---

[595] CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531, Ordre des avocats au barreau de Paris, Rec. 272 ; AJDA 2006. 1584, chron. Landais et Lenica, CMP 2006, n° 202, note Eckert, JCP Adm. 2006. 113, note Linditch, RFDA 2006. 1048, concl. Casas, DA n° 8, août 2006, comm. 129, note M. Bazex.

[596] J.-L. Mestre, Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, in L'avenir du droit. Mélanges F. Terré : Dalloz, 1999, p. 682

[597] J-cl Droit administratif, Fasc. n°150-10, v°n°81 et s.

d'abusive, ne peut que prendre en compte ce contexte global du contrat. C'est ainsi que le juge administratif précise que « le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service[598] ». En l'espèce, les motifs d'intérêt général, liés au service public permettent au juge d'écarter la qualification de clause abusive.

432. Dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, et afin de déterminer l'existence d'un déséquilibre significatif, le juge judiciaire peut être amené à appréhender l'économie générale du contrat en cause. L'exercice de ce contrôle par le juge judiciaire multiplie le risque d'une potentielle divergence sur la qualification d'une clause abusive[599]. Si la prise en compte de l'intérêt général est faite aussi bien par le juge judiciaire que le juge administratif, l'étude de la jurisprudence laisse toutefois observer quelques disparités.

433. L'appréciation peut se révéler différente dans la balance opérée entre la protection des consommateurs et l'intérêt du service. Il a notamment pu être relevé une tendance du juge administratif à retenir une analyse très favorable à l'administration, notamment dans l'appréciation du caractère abusif de clauses liant un service public industriel et commercial à ses usagers[600]. Dans un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes[601], les juges statuent sans jamais relever le caractère abusif des dispositions pourtant parfois très déséquilibrées. C'est le cas de l'alinéa 4 et 5 de l'article 17 du règlement contesté : « Considérant qu'aux termes - de cet article - L'abonné doit prendre, à ses risques et périls, toutes les précautions utiles pour garantir son compteur contre le gel, les retours d'eau chaude, les chocs et les accidents divers. Ne sont réparés ou remplacés aux frais du service des eaux que les compteurs normalement usés ou ayant subi des détériorations indépendantes de l'usager. Tout remplacement et toute réparation de compteur, dont le plomb de scellement aurait été enlevé et qui aurait été ouvert ou démonté ou dont la

---

[598] CE, sect., 11 juill. 2001, n°221468, *op. cit.*

[599] Sur l'application du droit des clauses abusives par le juge administratif : S. Perdu, Le juge administratif et la protection des consommateurs, AJDA 2004, p. 481 ; A. Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP, 2004, p. 1015 ; P. Delvolvé, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, Dr. Adm oct. 1993, p. 3 ; C. Bettinger, L'introduction des clauses abusives dans le droit des services publics : Dr. adm. oct. 1993, n° spécial, p. 9.

[600] J. Fialaire, Le droit de la consommation protège-t-il efficacement les usagers des SPIC locaux ?, AJDA, 2006, n°23, p.1289.

[601] CAA Nantes, 29 déc. 2006, n°03NT00250.

détérioration serait due à une cause étrangère à la marche normale d'un compteur (gel, incendie, introduction de corps étrangers, chocs extérieurs, etc.), sont effectués par le service des eaux, aux frais exclusifs de l'abonné, auquel incombe le soin de prendre les mesures nécessaires pour éviter les accidents dont il s'agit ; que ces dispositions ne peuvent être regardées comme abusives au sens de l'article L.132-1 précité du code de la consommation (…) [602]». Jean Fialaire souligne pourtant que le juge judiciaire a qualifié une clause comme abusive, celle dans un contrat de distribution d'eau, prévoyait 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[603]. Nous adhérons à l'avis de l'auteur selon lequel, au cas d'espèce, le juge administratif fait une application atténuée du droit de la consommation.

434. Droit de la concurrence – Selon Sophie Nicinski, « la règle du droit privé de la concurrence s'applique, mais la décision administrative est justifiée par la prise en compte de la spécificité des missions de l'administration[604] ». L'auteur estime qu'il existe un véritable « droit public de la concurrence », justifié par les missions des personnes publiques. Dès les premières applications du droit de la concurrence par le juge administratif, l'idée « d'exceptions au droit de la concurrence et de légitimation de pratiques prohibées issues du droit administratif et rendant compte de la spécificité des missions des personnes publiques[605]» est apparue. Les commentateurs de l'époque n'ont pas manqué de relever qu'il revenait au juge administratif de concilier les exigences du service public avec l'application du droit privé de la concurrence[606].

435. Cette référence au service public se retrouve progressivement dans les décisions du Conseil d'État : « que toutefois, si de telles spécifications ont pour effet de réduire la variété des produits qui y répondent et par suite de limiter la concurrence entre les fournisseurs possibles, elles doivent être justifiées par les nécessités propres au service public d'alimentation en eau potable[607] ». Le même raisonnement prévalait à l'occasion d'un avis rendu le 22 novembre 2000 par le Conseil d'Etat qui estimait « qu'il appartient au maire, lorsqu'il réglemente la

---

[602] *loc. cit.*

[603] TGI Paris, 17 janv. 1990, Caisse d'épargne de Paris c/ Compagnie générale des eaux, D. 1990, publié au bulletin p. 289, note J. Ghestin.

[604] S. Nicinski, Droit public de la concurrence, LGDJ, Paris, 2005, p. 193.

[605] *Ibid.* p. 198.

[606] MM Girardot et Raynaud, chron. sous CE, 3 nov. 1997, Sté Million et Marais, AJDA 1997, p.945.

[607] CE, 3 nov. 1995, n°152484, District de l'agglomération nancéienne, Rec. 391, concl. C. Chantepy ; AJDA 1995. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; D. 1996. 321, obs. P. Terneyre ; GACA, 2e éd., 2009, n°17 ; RDI 1996. 68, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; RFDA 1995. 1077, concl. C. Chantepy.

publicité sur le territoire de sa commune, de veiller à ce que les mesures de police prises par lui ne portent aux règles de concurrence que les atteintes justifiées au regard des objectifs de la réglementation de l'affichage [608] ». Mais, comme le rappelle Sophie Nicinski, l'existence d'une mission de service public ou la poursuite de l'intérêt général ne saurait justifier, de manière automatique, une dérogation aux règles de concurrence, notamment par l'octroi d'un avantage exclusif[609]. Le rapporteur public Pascale Fombeur, dans ses conclusions à propos de l'arrêt du 13 janvier 2003 Mutuelle générale des services publics, « n'a pas trouvé de justification tirée du service public à l'octroi d'un droit exclusif [610] ».

436. L'appréciation des éléments constitutifs des contraventions de voirie au service de l'intérêt général – Le juge administratif et le juge judiciaire détiennent des attributions respectives en matière contraventionnelle. Alors que le juge administratif est compétent à l'égard des contraventions de grande voirie, le juge judiciaire quant à lui, statue sur les contraventions de voiries routières. Les contraventions de grandes voiries répriment les manquements aux textes qui ont pour objet, pour certaines dépendances du domaine public n'appartenant pas à la voirie routière, la protection soit de l'intégrité ou de l'usage de ce domaine public, soit de certaines servitudes administratives établies à son profit. Les contraventions de voirie routière sanctionnent les atteintes à l'intégrité matérielle du domaine public routier et les faits qui en compromettent l'usage légal. Le régime des contraventions de grandes voiries est très similaire à celui des contraventions de voiries routières, et emprunte de nombreux éléments au droit pénal. Il existe néanmoins plusieurs différences, mises en lumière par Christophe Le Roux[611] dans l'application du juge administratif par rapport au juge judiciaire. En ce qui concerne les causes exonératoires par exemple, à propos desquelles le Conseil d'État s'est montré réticent à admettre les cas de force majeure ou des situations assimilables. Le juge administratif applique la règle jurisprudentielle selon laquelle, si d'autres événements ont concouru à la réalisation de l'infraction, les causes absolutoires traditionnelles cessent de produire tout effet. Selon l'auteur, « la Haute assemblée exige, en effet, que celles-ci soient la cause exclusive du dommage[612]». Elle présente cette approche du juge administratif comme « une solution spécifique au contentieux des contraventions de grande voirie, étrangère au droit commun de la responsabilité

---

[608] CE, ass., 22 nov. 2000, n°223645, Ordre des avocats au barreau de Paris, Rec. 272, AJDA 2006. 1584, chron. Landais et Lenica, CMP 2006, n° 202, note Eckert, JCP Adm. 2006. 113, note Linditch, RFDA 2006. 1048, concl. Casas, DA n° 8, août 2006, comm. 129, note M. Bazex.

[609] S. Nicinski, *op. cit.,* p. 199.

[610] *Ibid.*

[611] J-Cl Administratif, Fasc n°1170, v°92 et s.

[612] CE, 9 déc. 1988, Sté Varig ; D. 1989, somm. p. 386, obs. Llorens et Soler-Couteaux

administrative, comme aux règles de la responsabilité appliquées par le juge judiciaire[613] ». En ce qui concerne les personnes poursuivies d'autre part, la responsabilité des personnes morales et la responsabilité pour fait d'autrui ne sont retenues par le juge judiciaire que de manière exceptionnelle, même en matière contraventionnelle, alors qu'elles sont communément admises dans le cadre du contentieux administratif de la répression. Cette divergence est justifiée par la volonté de maximiser les chances d'obtenir la restauration des espaces dégradés. Pour l'auteur, la Cour de cassation peut admettre exceptionnellement la responsabilité pénale du fait d'autrui dans le cadre d'infractions matérielles, lorsqu'il peut mettre mis à la charge de la personne poursuivie pour le fait matériel d'une autre, une faute personnelle. « À l'inverse, le juge des contraventions de grande voirie n'hésite pas à condamner la personne qui apparaît comme "objectivement" responsable de l'atteinte portée au domaine. Selon le Conseil d'État, "la personne qui peut être poursuivie est, soit celle qui a commis ou pour le compte de laquelle a été commise l'action qui est à l'origine de l'infraction, soit celle sous la garde de laquelle se trouvait l'objet qui est la cause de la contravention[614]" [615]». L'appréciation des éléments constitutifs d'une infraction de grande voirie par le juge administratif laisse transparaître une interprétation au service d'une réparation optimisée des atteintes portées au domaine public, censé être affecté à l'usage de tous, pour l'intérêt général.

437. L'appréhension de la notion de désordre évolutif - Citons également l'appréhension de la notion de désordre évolutif dans le cadre de la responsabilité des constructeurs. Selon Frédéric Dieu, les conditions de reconnaissance d'un désordre évolutif caractérisent une divergence notable entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire. Cette notion est interprétée de manière différente par le Conseil d'État et la Cour de cassation, dans un sens, selon l'auteur « plus favorable à l'engagement de la responsabilité décennale des constructeurs par la personne publique maître de l'ouvrage[616]». Dans une décision du 31 mai 2010[617] le Conseil d'État a jugé qu'il résulte des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil que des dommages apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent la responsabilité des constructeurs sur le fondement de la garantie décennale, même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans. En l'espèce, le Conseil d'Etat a sanctionné l'erreur de

---

613 *Ibid.*

614 CE, 27 févr. 1998, n° 169259, Sté Sogeba, Rec. 66 ; RFDA 1998. 459 ; LPA 10 août 1998, concl. Arrighi de Casanova.

615 J-Cl Administratif, *op. cit.*

616 F. Dieu, Retour sur la jurisprudence récente relative à la garantie décennale des constructeurs, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 23, 3 Juin 2013, p.2167

617 CE, 31 mai 2010, n° 317006, Cne Parnes, Rec. T. 854 ; RDI 2010. 454, obs. B. Delaunay.

droit du juge du fond qui a rejeté le bénéfice de la garantie décennale, au motif que les désordres constatés n'évoluaient pas de manière à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination avant l'expiration du délai décennal de garantie.

438. Initialement, la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire concordaient pour estimer que la certitude (au moment du constat du désordre) de la réalisation à terme (avant ou après l'expiration du délai décennal) d'un dommage décennal suffisait à engager la responsabilité décennale des constructeurs. Mais la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé en 2003 que le dommage en cause ne pouvait engager cette responsabilité que si, au moment du constat, il était certain que ce dommage aurait un caractère de gravité décennale dans le délai décennal[618]. Cette solution impose aux experts désignés et aux juges non plus seulement de dire si le dommage en cause acquerra un jour un caractère décennal mais encore et surtout de préciser s'il va l'acquérir dans le délai décennal. Cette solution sera confirmée dans un arrêt du 18 janvier 2006[619] : « de nouveaux désordres constatés au-delà de l'expiration du délai décennal qui est un délai d'épreuve, ne peuvent être réparés au titre de l'article 1792 du code civil que s'ils trouvent leur siège dans l'ouvrage où un désordre de même nature a été constaté et dont la réparation a été demandée en justice avant l'expiration de ce délai ».

439. Dans sa décision « Commune de Parnes », le Conseil d'État a, au contraire, censuré le juge du fond qui avait retenu cette solution et maintenu sa jurisprudence[620]selon laquelle il suffit que, lors du constat du dommage, il soit certain que ce dommage, un jour (pas forcément dans le délai de dix ans), compromettra la solidité de l'ouvrage ou le rendra impropre à sa destination. Le Conseil d'État n'a donc pas suivi l'évolution restrictive (pour le maître de l'ouvrage) de la jurisprudence judiciaire sur ce point. On peut penser qu'il a été soucieux de ne pas rendre plus difficile l'engagement, par la personne publique maître de l'ouvrage, la responsabilité décennale des constructeurs en ce qui concerne les désordres futurs. Ces différentes illustrations témoignent des précautions prises par le juge administratif, qui,

---

618 Cass. civ. 3eme, 29 janv. 2003 : Canetti c/ Mme Guédon, n°01-03.707, Bul. civ. III, n°24; Société Xavier promotion c/ Syndicat copropriétaires du 53 avenue Thiers, n°01-13.034, Bull. civ. III, n°18 ; RDI 2003. 185, obs. P. Malinvaud ; JCP 2003. II. 10077, avis av. gén. Guérin ; confirmé par : Cass. civ. 3ème., 21 oct. 2009, n° 08-15.136, Bull. civ. III, n°225 ; RDI 2010. 100, obs. P. Malinvaud.

619 Cass. civ. 3eme, 18 janv. 2006, n°04-17.400, Bull. civ. III, n°17; D. 2006. 322; Defrénois 2006. 1503, obs. H. Périnet-Marquet ; RDI 2006. 133, obs. Ph. Malinvaud.; Malgré cette acception très restrictive du désordre évolutif, ils ont toutefois été admis : Cass. civ. 3e, 11 mars 2015, n° 13- 28.351, n° 14-14.275 (à paraître).

620 CE, 25 mai 1966, n° 66317, Société anonyme « Société de constructions industrielles publiques et privées », Rec. 364.

conscient de la difficulté de sauvegarder l'intérêt général, adopte une jurisprudence adaptée aux circonstances lorsque le domaine public est en cause. La position de ce dernier est similaire lorsqu'est en cause le maintien de l'ordre public.

B/ Le maintien de l'ordre public

440. Parmi les missions traditionnellement assignées à la police administrative, nous retrouvons le maintien de l'ordre public. Protéiforme et évolutive, la notion d'ordre public recouvre généralement la sécurité publique et la tranquillité publique. S'il prend part à la défense des administrés, le juge administratif reste sensible à l'efficacité de l'action administrative qu'il souhaite, dans la mesure du possible, éviter d'entraver. Partagé entre la volonté de ne pas bloquer l'action administrative tout en protégeant les libertés attachées aux administrés, le juge administratif offre une jurisprudence contrastée là où le juge judiciaire se montre moins hésitant.

441. État d'urgence - Le contentieux relatif aux assignations à résidence prononcées par l'autorité administrative dans le cadre de l'Etat d'urgence constitue, à ce titre, un exemple pertinent. Rappelons à titre préliminaire que les décisions prises dans le cadre de l'état d'urgence (assignation à résidence, perquisitions administrative par exemple) peuvent être contestées par le biais du recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. Cette répartition n'entre pas en contradiction avec les attributions que détient le juge judiciaire de l'article 66 de la Constitution dans la mesure où, comme l'a jugé le Conseil Constitutionnel à propos des assignations à résidence, les dispositions de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, modifiées par la loi du 20 novembre 2015, ces décisions « ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution[621] » et n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'article 66 de la Constitution. La compétence du juge administratif entraîne une conséquence importante, celle d'une intervention de ce dernier *a posteriori,* que de nombreux auteurs ont interprété comme une faiblesse du contrôle là où le juge judiciaire intervient *a priori* lorsqu'il y a privation de liberté.

442. Selon Gweltaz Eveillard[622], le contrôle effectué par le juge administratif sur les assignations à résidence laisse un sentiment mitigé, du moins en ce qui concerne les premières décisions rendues par les juridictions du fond. Pour l'auteur, Il faut admettre la réalité d'une certaine atténuation aux principes généralement admis

[621] Cons. const. 22 déc. 2015, n°2015-527 QPC, M. Cédric D.

[622] G. Eveillard, État d'urgence : les assignations à résidences devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel, Droit administratif, Avril 2016, n°4, comm. 25.

d'examen de la légalité des mesures de police administrative, au nom de l'exceptionnalité des circonstances. Le juge administratif paraîtparticulièrement attentif à ne pas entraver l'efficacité de l'action publique. Les premières affaires devant les juridictions du fond à propos de la contestation, par le biais du référé liberté, des assignations à résidence ont notamment été rejetées pour défaut d'urgence. Comme le souligne Christophe Tukov[623], et selon un communiqué de presse du Conseil d'État en date du 25 février 2016, entre la déclaration de l'état d'urgence, le 14 novembre 2015 et le 25 février 2016, date de la fin de la première prorogation de l'état d'urgence, les tribunaux administratifs ont rendu 140 décisions relatives à des mesures prises au titre de l'état d'urgence. Sur l'ensemble de ces décisions, 116 sont des ordonnances de référé et 24 sont des décisions au fond. Sur ces 140 décisions, 121 concernaient les assignations à résidence. Sur les 106 mesures qu'ils ont examinées (non exclusivement les assignations à résidence), les juges des référés (juge du fond et Conseil d'Etat) ont constaté un non-lieu dans 20 % des cas, suspendu totalement ou partiellement 15 % des décisions attaquées, et rejeté 65 % des requêtes.

443. Certains juges des référés des juridictions du fond ont rejeté les requêtes pour défaut d'urgence alors que le Conseil d'État a admis, postérieurement à ces décisions, que les mesures d'assignation à résidence faisaient naître une présomption d'urgence[624]. Saisi dans le cadre de la procédure du référé-liberté, le Conseil d'État a examiné en urgence sept affaires d'assignations à résidence prononcées à l'occasion de la conférence de Paris sur le climat (COP 21). Il a renvoyé ensuite au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, qui fonde le pouvoir d'assignation à résidence du ministre de l'intérieur. Dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a estimé qu'il devait examiner s'il était nécessaire d'ordonner des mesures provisoires en référé. Au terme de cet examen, il a considéré qu'un recours contre une assignation à résidence justifie en principe que le juge des référés se prononce en urgence, dans le cadre de la procédure de référé-liberté. Le juge des référés doit, selon lui, rechercher si les motifs ayant justifié l'assignation et les modalités de l'assignation ne sont pas manifestement illégaux et peut ordonner toute mesure pour mettre fin à une illégalité manifeste, notamment en modifiant les modalités de l'assignation. Avant que le Conseil d'État ne se prononce en faveur d'une présomption d'urgence, le rejet pour défaut d'urgence par le juge des référés était un choix confortable, puisqu'il permettait à ce dernier d'éviter de se prononcer sur les éléments de fond du dossier et en l'espèce, sur des questions de sécurité publique

[623] C. Tukov, L'autorité judiciaire, gardienne exclusive de la liberté individuelle ? AJDA 2016, p. 936.
[624] CE, 11 déc. 2015, n°s 394990, 394992, 394993, 394989, 394991 et 395002.

extrêmement sensibles[625].

444. Il a également été reproché au juge constitutionnel comme au juge administratif de ne pas faire de lien entre l'Etat d'urgence et les mesures d'assignation à résidence alors même qu'elles ont été décidées pour lutter contre le terrorisme[626]. L'assignation à résidence ne peut être prononcée que lorsque l'état d'urgence a été déclaré en vertu de l'article 1er de la loi du 3 avril 1955, qu'« en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou « en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». La personne ne peut être assignée que si elle réside dans la zone couverte par l'état d'urgence et à l'égard de laquelle « il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». Selon Agnès Roblot-Troizier, cette impasse pourrait traduire « l'embarras et les silences des juges, qui, dans le contexte de l'état d'urgence, n'oseraient pas prendre la responsabilité de remette en cause l'efficacité de la politique menée par les pouvoirs publics pour protéger la population des menaces terroristes[627]».

445. Gweltaz Eveillard considère néanmoins que ce contexte de généralité est logique, dans la mesure où rien dans la loi du 3 avril 1955 et ses modifications, ou dans les travaux préparatoire ne permettent de considérer que l'intention du législateur aurait pu être différente. L'interprétation faite par le juge de la loi semble être conforme à la lettre de la loi puisque l'article 6[628] prévoit la possibilité d'assigner toute personne dont le comportement est susceptible de constituer une menace pour l'ordre et la sécurité publics, sans référence aux conditions plus restrictives de mise en oeuvre de l'état d'urgence. Il poursuit en ajoutant que les motifs justificatifs de l'assignation à résidence, tels qu'énoncés dans la loi, sont des plus vagues, et le sont même davantage que la version antérieure. Là où cette dernière visait « toute personne dont l'activité s'avère dangereuse », l'article 6 indique seulement que peut être assignée à résidence toute personne « à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ».

---

[625] v. notamment TA Paris 27 nov. 2015 n°s 1504659 1519031 ; TA Paris 28 nov. 2015 n°1519404/9, n° 1519407/9.

[626] CE, 11 déc. 2015, n°395009, Cédric D (à paraître); Cons. const. 22 déc. 2015, *op. cit.*

[627] A. Roblot-Troizier, Assignations à résidence en état d'urgence, RFDA 2016, p.123.

[628] modifié par l'article 4 de la loi n°2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

446. Dans une contribution relative au contrôle du juge dans le cadre de l'état d'urgence, Denis Baranger[629] réaffirme ce qu'implique un État de droit, qui ne se résume pas à la soumission de l'action administrative à un contrôle juridictionnel. Cette soumission explique t-il, doit être efficace et « susceptible de faire en sorte que les abus de pouvoir soient sanctionnés et que les mesures exceptionnelles ne se normalisent pas ». Bien que le Conseil d'État[630] ouvre, en ce moment même, la voie vers un contrôle plus précis, l'auteur ne semble pas pour autant convaincu. Évoquant le rôle effacé du Conseil constitutionnel dans la protection des libertés et la censure quasi inexistante par le juge administratif de décisions administratives prises sur le fondement de l'état d'urgence, l'auteur affirme qu' « il est rare que les libertés soient en sûreté dans un système où les pouvoirs ne se contrôlent pas et ne se limitent pas mutuellement ». Cet état d'urgence, qui concentre les pouvoirs, « renforce l'État mais peut se révéler de nature à fragiliser les droits ».

447. Compte tenu des risques importants que l'état d'urgence doit permettre d'éviter, le contrôle du juge impose peut-être, selon l'auteur, un « arbitrage défavorable aux libertés et favorable à l'autorité de l'État ». Il pense que le juge a un rôle à jouer et peut rendre cet état moins difficile à supporter, mais « il ne peut pas y remédier entièrement, sauf à neutraliser l'état d'urgence et à porter préjudice à la protection de l'ordre public en temps de crise ». Denis Baranger conclut en songeant à l'idée « qu'il ne faut pas tout attendre du juge dans une société comme la nôtre, tout particulièrement dans les moments de grave péril ». Il poursuit en constatant que si le contrôle de l'état d'urgence a progressé entre l'année 2015 et 2016, « c'est surtout grâce au suivi effectué par le Parlement, en particulier au sein de la commission des lois de l'Assemblée nationale. C'est aussi grâce à la vigilance de l'opinion publique. Par delà l'indispensable contrôle juridictionnel, le meilleur contrôle de l'état d'urgence, c'est celui effectué par la représentation nationale dans un système politique libre et par l'opinion publique dans un pays où règne la liberté d'expression ».

---

[629] D. Baranger, Quel « État de droit » ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence, RFDA 2016, p. 355. V. également sur ce sujet : F. Doré et P. Nguyên Duy, Le contrôle du juge administratif à l'épreuve du terrorisme, AJDA 2016, p.886 ;M.-C. de Montecler, Le contrôle du juge administratif sur les assignations à résidence, AJDA 2015, p.2404 ; *ibid.,* Assignation à résidence : l'exigence du juge à l'égard du ministre, AJDA 2016, p.229 ; *ibid.,* Le juge administratif face à l'état d'urgence AJDA 2016, p.70.

[630]CE, 27 janv. 2016, n°396220, Ligue des droits de l'homme et autres, (à paraître) ; AJDA 2016. 126; D. 2016. 259 ; *ibid.* 663.

448. Venant confirmer la tendance évoquée par Denis Baranger, le juge des référés du Conseil d'État a annulé, le 30 mai 2016[631], une ordonnance du tribunal administratif de Versailles en raison de nombreuses lacunes et irrégularités de l'arrêté d'assignation à résidence pris par le ministre de l'intérieur. Le juge des référés conclut dans son ordonnance qu'« eu égard à l'ensemble des éléments recueillis au cours des échanges écrits et oraux et, en particulier, des erreurs matérielles que comporte l'arrêté du 24 février 2016 et de l'absence de tout élément précis et circonstancié de nature à corroborer les affirmations avancées pour soutenir que le comportement du requérant constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics », une atteinte grave et illégale a été portée à la liberté d'aller et venir du requérant.

449. Un avis du Conseil d'État en date du 6 juillet 2016 apporte encore des précisions quant à la nature du contrôle que doivent opérer les juges du fond à propos des décisions qui ordonnent des perquisitions sur le fondement de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955. La juridiction administrative suprême évoque les exigences de motivation que doivent contenir lesdites décisions en précisant que « le caractère suffisant de la motivation doit être apprécié en tenant compte des conditions d'urgence dans lesquelles la perquisition a été ordonnée, dans les circonstances exceptionnelles ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence ». Le Conseil d'État a explicité la nature du contrôle à effectuer afin vérifier si la mesure de perquisition est justifiée : « Il appartient au juge administratif d'exercer un entier contrôle sur le respect de cette condition[632], afin de s'assurer, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, que la mesure ordonnée était adaptée, nécessaire et proportionnée à sa finalité, dans les circonstances particulières qui ont conduit à la déclaration de l'état d'urgence ». Si *a priori*, le juge administratif a donné l'impression d'un contrôle affaibli, guidé par la volonté de ne pas contrarier l'efficacité de l'état d'urgence, cette constatation pourrait progressivement se tempérer au regard de la jurisprudence précitée du Conseil d'État qui précise la nature du contrôle à effectuer.

450. Campements illicites, ordre public et protection du domicile - En dehors de l'état d'urgence, les solutions des juges judiciaires et administratifs se sont différenciés à l'occasion de litiges relatifs aux campements illicites. Gabrielle Hébrard a mis en lumière le décalage existant entre le juge administratif des référés et son

---

631 J. Mucchielli, Le Conseil d'État suspend une assignation à résidence, D. actualité, 30 mai 2016.

632 Pour que la perquisition soit justifiée, il doit exister des raisons sérieuses de penser que ces lieux (à perquisitionner) sont fréquentés par au moins une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

homologue judiciaire[633]. Devant la juridiction administrative, le requérant demandait par le biais d'un référé liberté, la suspension d'un arrêté municipal de mise en demeure de quitter les lieux. Devant le juge judiciaire[634], une commune sollicitait sur le fondement de l'article 808 et 809 du code de procédure civile notamment, la constatation d'une occupation irrégulière de son domaine privé, de nature à porter atteinte à l'ordre public. Elle sollicitait en outre, que le juge ordonne aux occupants sans droit ni titre, de quitter les lieux sans délai. Le juge des référés du Tribunal de grande instance de Bobigny a tout d'abord relevé l'absence de la condition d'urgence en expliquant que les arguments de la commune relatifs aux conditions d'hygiène, de sécurité, aux risques de porter à la sécurité, l'hygiène et la salubrité publiques ou encore les tensions parmi les voisinages sont allégués sans être prouvés. Le juge procède ensuite à une balance des droits fondamentaux des occupants sans titre par rapport au droit de propriété de la commune requérante par le biais d'un contrôle de proportionnalité destiné à caractériser l'existence ou l'inexistence d'un trouble manifestement illicite. Relevant plusieurs éléments, tels que « l'ancienneté et la stabilité de leur installation », « l'intérêt supérieur des (…) enfants (…) à poursuivre une scolarité (…) gravement compromis », l'absence de « solutions de logement alternatives dont la circulaire du 26 août 2012 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'éducation des campements illicites encourage la mise en œuvre », le juge judiciaire conclut à l'absence de trouble manifestement illicite en faveur de la protection du domicile des habitants du campement.

451. Dans une affaire similaire[635], le juge administratif a paru plus sensible aux arguments de la commune quant aux impératifs de sécurité et d'hygiène découlant de sa mission de maintenir l'ordre public. Il faut toutefois noter des différences notables avec l'affaire précitée du tribunal de grande instance de Bobigny qui peuvent expliquer la solution du juge administratif. D'une part, le contexte démontrait une situation particulièrement préoccupante puisqu'un incendie s'était déclaré au sein du camp et que le décès d'un enfant avait déjà eu lieu. D'autre part, alors que le juge judiciaire reprochait à la commune l'absence d'élément permettant de caractériser les mauvaises conditions d'hygiène et les risques associés, la commune produit, dans cette affaire, des constats d'huissier permettant d'attester des conditions de vie des habitants du campement, corroborant ainsi la dangerosité de la situation. Pour autant, rien ne justifiait que le contrôle de proportionnalité soit occulté par le juge administratif qui n'évoque que très brièvement le droit au respect du domicile. Si en l'espèce, le juge administratif est soucieux de ne pas aller à l'encontre de l'efficacité de

---

633 G. Hébrard, Quand les juges des référés judiciaire et administratif se contredisent sur l'évacuation de campements illicites, La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 octobre 2014, consulté le 12 mai 2016. URL : http://revdh.revues.org/888.

634 TGI Bobigny, ord. du 2 juill. 2014, n°1401011.

635 TA Montreuil, ord. du 25 août 2014, n°1407907.

la police administrative, il ne faut pas en déduire la généralité selon laquelle le juge administratif serait systématiquement complice de l'administration. Le juge judiciaire a pu adopté un raisonnement similaire au juge administratif, en raison des conditions de vie des habitants du campement et des risques d'un point de vue sécuritaire : « Mais attendu qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que deux campements se trouvaient sur des espaces situés à l'angle d'avenues et à proximité d'une bretelle de sortie du boulevard périphérique, que ces campements ne disposaient ni de sanitaires, ni d'eau courante, ni d'électricité, que l'éclairage se faisait à la bougie et le chauffage au bois dans des cabanes et que deux agents municipaux venus effectuer des réparations sur la voirie avaient été agressés par des chiens appartenant aux occupants, la cour d'appel, qui a retenu, par un motif non critiqué, que la nécessité de prévenir un dommage imminent caractérisé par un danger pour la sécurité tant des usagers du boulevard périphérique que des intéressés eux-mêmes et de leurs familles, exigeait leur expulsion sans délai, a légalement justifié sa décision au regard des droits fondamentaux protégés par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[636]».

452. Affaire du « Burkini » - La confirmation par les juges du fond[637] des arrêtés « anti-burkini » respectivement pris par les maires de la commune de Villeneuve-Loubet (Alpes-Maritimes) et de Sisco (Corse) laisse apparaître, compte tenu de l'annulation de l'arrêté du maire de Villeneuve-Loubet par le juge des référés du Conseil d'État, une volonté de ne pas entraver des mesures protectrices de l'ordre public. Pourtant, les justifications apportées par les deux communes restent faibles, un contexte « tendu » liés à des violences et aux attentats, une proximité géographique avec Nice, une vive émotion (…). Très attendue, la décision du juge des référés du Conseil d'État[638] révèle qu'aucun élément apporté par la commune de Villeneuve-Loubet ne permettait de retenir que des risques de trouble à l'ordre public résultaient de la tenue adoptée sur les plages de Villeneuve-Loubet par certaines personnes. Il écarte également l'argument de la commune évoquant sa proximité avec Nice : « l'émotion et les inquiétudes résultant des attentats terroristes, et notamment de celui commis à Nice le 14 juillet dernier, ne sauraient suffire à justifier légalement la mesure d'interdiction contestée ». L'arrêté, qui ne repose donc ni sur des risques avérés de troubles à l'ordre public ni sur des motifs d'hygiène ou de décence. Le juge des référés conclut donc que l'article 4.3 de l'arrêté contesté a porté une atteinte

---

[636] Cass. civ 3ème, 22 oct. 2015, n°14-11.776 (à paraître); AJDA 2016. 132 ; JCP Adm. 2015. Actu. 918, obs. Laporte ; JCP 2016. 331 s., avis Sturlèse et note Gautier.

[637] TA Bastia, n°1300975, 6 sept. 2016 Association Ligue des droits de l'homme ; TA Nice 22 août 2016, n°s 1603508 et 1603523, Ligue des droits de l'homme et autres, Association de défense des droits de l'homme-Collectif contre l'islamophobie en France.

[638] CE, ord., 26 août 2016, n°s 402742 et 402777, Ligues des Droits de l'homme et autres, Association de défense des droits de l'homme-Collectif contre l'islamophobie en France.

grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales que sont la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience et la liberté personnelle. La situation d'urgence étant par ailleurs caractérisée, il annule l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nice et ordonne la suspension de cet article. Si le maintien de l'ordre public peut justifier une atteinte à la liberté vestimentaire devant le juge administratif, la Cour de cassation[639] a jugé à propos du port du foulard islamique dans le cadre de l'entreprise privée, qu'il résultait « des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ». Les prérogatives et les sujétions qui pèsent sur l'action administrative, tel que le maintien de l'ordre public, sont des spécificités irréductibles qui se reflètent également sur le déroulement du procès administratif où il existe une inégalité procédurale au profit de la personne publique.

Paragraphe 2 : Une procédure administrative contentieuse favorable aux personnes publiques

453. Les dernières décennies ont été marquées par une profonde évolution de la relation entre le citoyen et son administration, autrefois caractérisée par un rapport d'inégalité particulièrement marqué. Cette évolution se caractérise par l'octroi de nouveaux droits au citoyen dans le cadre de ses relations avec l'administration. La mutation d'observe déjà d'un point de vue du vocabulaire utilisé pour désigner au départ l'administré qui deviendra « usager » puis « citoyen » doté de droits. Par exemple, une meilleure transparence a été organisée grâce à la liberté d'accès aux documents administratifs instaurée par la loi n°78-753 du 17 juillet 1978, la motivation des actes administratifs s'est enrichie grâce à la loi n°79-587 du 11 juillet 1979, l'accès aux archives est également prévue par une loi n°79-18 du 3 janvier 1979. La loi n°2013-1005 du 12 novembre 2015, par les dispositions qu'elle contient, confirme cette tendance en faveur du citoyen. Elle pose le principe selon lequel, sauf exceptions, le silence gardé par l'administration sur une demande vaut accord.

[639] Soc. 19 mars 2013, n°11-28.845 Affaire dite « Baby Loup », Bull. civ. V n°75 ; D. 2013. 956, avis Aldigé ; D. 2013. 963, note Mouly ; Dr. soc. 2013. 388, chron. Dockès ; JCP 2013, p. 542, note Corrignan-Carsin ; JCP S 2013, n°1146, note Bossu ; RDT 2013. 385, Étude Adam ; Sem. soc. Lamy 2013, n°1577, entretien avec Huglo et Schwartz.

454. S'inscrivant dans une démarche de simplification, cette loi prévoit également la possibilité pour les citoyens de saisir l'administration par voie électronique, d'obtenir la communication des avis préalables à une décision administrative avant même l'adoption de cette décision. L'administration est dotée de nouvelles possibilités pour accélérer et alléger son fonctionnement, elle pourra recourir plus largement, pour ses commissions administratives, à la visioconférence, à la conférence téléphonique, au dialogue en ligne et à l'échange de courriels, ce qui générera des gains de temps et des économies dans son fonctionnement.

455. Afin que toutes ses évolutions soient plus lisibles, un code intitulé « code des relations entre le public et l'administration » a été adopté sur le fondement de la loi du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens. Ce code rassemble dans un document unique et facilement accessible l'ensemble des règles générales qui découlent des lois relatives aux droits des administrés et des règles jurisprudentielles que leur codification rend enfin accessibles à un large public. Ce code, entré en vigueur le 1er janvier 2016, répond à un besoin et traduit l'ambition de faciliter et renforcer le dialogue entre l'administration et les citoyens. Mais, en dépit de ces transformations, le rapport entre les administrés et l'administration reste inégalitaire en raison des prérogatives que détient cette dernière afin d'assurer les missions qui lui sont confiées. Ces pouvoirs, qui se transforment parfois en privilèges, impactent le déroulement du procès, impliquant alors des divergences procédurales entre le juge administratif et le juge judiciaire. Le privilège du préalable exerce une influence particulièrement importante sur le déroulement du procès administratif par rapport au procès judiciaire (A) et de façon générale, le contentieux administratif s'est construit autour de l'idée qu'il faut éviter de déstabiliser ou d'entraver de façon dolosive l'action administrative (B).

A/ Les conséquences du privilège du préalable en droit public

456. La présomption de légalité - Comme l'expose Bertrand Seiller, le privilège du préalable implique, dès l'entrée en vigueur d'une norme, l'obligation de la respecter. L'autorité de chose décidée n'est pas subordonnée au consentement des personnes concernées ou, en cas de difficulté, à la saisine d'un juge. La seule expression de la volonté de l'autorité administrative suffit à emporter des effets de droit. Cette dispense de l'accord préalable des intéressés ou de la saisine préalable d'un juge est appelée, depuis le commentaire de Maurice Hauriou[640] sous l'arrêt « Olivier et

[640] note sous CE, 27 févr. 1903, Olivier et Zimmermann, Rec. 180 ; S. 1905. 3. 17.

Zimmermann » le « privilège du préalable ». L'administration serait, en quelque sorte, son propre juge, dans la mesure ou elle remplace par des décisions exécutoires les jugements qu'un particulier serait obligé de demander. L'acte administratif bénéficie d'une présomption de légalité et peut être exécuté, en vertu du privilège du préalable, en toute hypothèse dès lors que cet acte n'a pas été retiré, abrogé, suspendu par le juge ou annulé. Ce privilège permet à l'autorité administrative d'imposer l'exécution de ses actes sans avoir à obtenir du juge un titre exécutoire qui l'habiliterait à agir. Mais, au delà de cet éloignement du juge, le privilège du préalable a marqué de son empreinte la spécificité du contentieux administratif, particulièrement à travers la règle de l'absence d'effet suspensif de l'appel.

457. En effet, les recours portés devant les juridictions administratives n'ont, en principe, pas d'effet suspensif. C'est une spécificité reconnu à la procédure administrative contentieuse que l'on retrouve formulée à l'article L.4 du code de justice administrative : « Sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction ». Cette règle vaut à l'égard des décisions administratives pour les demandes adressées au juge de premier ressort et vaut aussi, à l'égard des jugements, pour l'exercice des voies de recours. Cette règle, qui tranche avec l'effet suspensif de l'appel en procédure civile, s'explique par les nécessités de l'action administrative qu'un recours contentieux ne doit pas paralyser. Pour donner les moyens à l'action administrative de remplir ses missions, aucun intérêt particulier ne doit bloquer ou être opposé aux décisions prises dans le cadre des missions de l'action administrative. Cette primauté accordée à l'intérêt général conduit à interdire aux autorités administratives de renoncer à leur prérogative et de demander au juge de prendre une décision à leur place[641]. Les administrés sont tenus d'obéir immédiatement aux décisions prises, quelles qu'elles soient. Légales ou non, elles jouissent à leur égard de la même autorité. Il en découle alors une véritable présomption de légalité des actes administratifs édictés, qui dispense donc l'administration de démontrer, préalablement à l'entrée en vigueur de ses décisions, leur conformité au droit. Pour que cette présomption et l'obligation de se conformer à une décision déterminée cessent, l'administré n'a d'autre possibilité que de tenter d'en faire établir l'illégalité par un juge.

458. L'intervention *a posteriori* du juge administratif - L'autre conséquence importante d'un point de vue juridictionnel est l'inversion chronologique de l'intervention du juge administratif par rapport au juge judiciaire. Le juge administratif est saisi *a posteriori* lorsque les effets de droit se sont déjà produit alors que le juge judiciaire est saisi préalablement à la production des effets de droit. Cette conséquence a d'ailleurs fait l'objet de critiques dans le cadre du contrôle exercé par

[641] CE, 30 mai 1913, Préfet de l'Eure, Rec. 283, S. 1915. 3. 9, note Hauriou.

le juge administratif sur les décisions prise par l'autorité administrative dans le cadre de l'état d'urgence. Des voix se sont élevées pour dénoncer la faiblesse d'un contrôle *a posteriori* par rapport à la protection qu'offre le contrôle *a priori* du juge judiciaire[642]. Le privilège du préalable influe également sur la charge de la preuve pour l'administré qui, généralement, doit prendre l'initiative de la saisine du juge, et sur lequel pèse la charge de la preuve, en application de la règle classique de procédure *« actori incubit probatio ».* Ce n'est donc pas à l'autorité administrative de démontrer *a priori* la légalité des décisions qu'elle prend mais aux particuliers, de prouver *a posteriori* leur illégalité.

459. Certains auteurs[643] ont toutefois relevé, comme nous l'avons évoqué, que le recours à l'acte unilatéral en droit privé n'était pas rare. Ils abordent pour cela plusieurs exemples, hors de toute relation contractuelle d'abord, en citant le testament, la reconnaissance d'enfant naturel ou encore de la promesse de récompense. Certains existent aussi dans le cadre contractuel comme la résiliation unilatérale du contrat, même sans faute, dans le cas des contrats à durée indéterminée[644], mais également de certains contrats à durée déterminée comme les baux d'habitation ou les contrats d'assurance. Les actes unilatéraux sont également très nombreux dans le cadre institutionnel des personnes morales de droit privé, comme les sociétés civiles ou commerciales, les copropriétés, les associations ou les syndicats. Les organes des institutions privées peuvent adopter un règlement intérieur, comme celui qui régit la situation des salariés au sein de l'entreprise, de prendre des mesures disciplinaires. Ces différents actes unilatéraux peuvent créer des droits à l'égard de leurs destinataires, mais également affecter leur situation, tout particulièrement lorsqu'ils trouvent leur fondement dans une relation contractuelle ou institutionnelle. Il arrive même que l'acte unilatéral de droit privé puisse déployer de tels effets hors de toute relation contractuelle entre les personnes concernées. Il en est ainsi du règlement intérieur d'une entreprise, opposable aux salariés et aux personnes présentes dans l'entreprise. Comme en droit administratif, ils bénéficient également du privilège du préalable : « les actes unilatéraux de droit privé sont eux aussi immédiatement obligatoires parce que l'acte unilatéral décisoire n'a d'intérêt que s'il déploie par lui-même ses effets[645] ». Même si cette constatation réduit la pertinence de l'exorbitance attaché aux actes administratifs unilatéraux, une différence persiste quant à l'importance du rôle de l'acte unilatéral en droit public. Si le contrat gagne du terrain en tant que nouveau mode de l'action publique, l'acte unilatéral reste un outil privilégié au service des missions de l'administration. Ces

---

642 D. Beranger, *op. cit.* ; A. Roblot-Troizier, *op. cit.*

643 P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, Traité de droit administratif, 1re éd., Dalloz, Paris, 2011, T. 1, p. 644.

644 Civ. 1re, 5 févr. 1985, Bull. civ. I, n° 54, p. 52.

645 B. Seiller, L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux, RDP, 2004, p. 485.

« privilèges » accordés aux personnes morales de droit public trouvent plusieurs justifications, comme celle d'éviter que l'action administrative ne soit abusivement paralysée.

B/ Une procédure administrative guidée par la volonté de ne pas entraver l'action publique

460. Délais d'action - De façon générale, la procédure administrative est influencée par l'idée que l'action administrative ne doit pas être entravée trop aisément, et que les décisions de l'autorité administrative doivent être sécurisées. Cet objectif se retrouve à différent stade de la procédure et notamment en ce qui concerne les délais d'action. Comme le souligne Victor Haïm[646], les décisions administratives sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes sur l'ordonnancement juridique et par conséquent, il est nécessaire qu'elles ne puissent pas être contestées à tout moment. C'est la raison pour laquelle il existe un délai relativement court (deux mois sauf exceptions) durant lequel peut être exercé le recours contentieux, ce qui permet : « d'assurer la stabilité des situations de droit résultant des décisions administratives[647] ». Selon l'auteur, « la fixation du délai doit répondre au souci d'un équilibre optimal entre la possibilité pour le justiciable de saisir son juge et la certitude pour l'Administration et les tiers que les règles et les situations ne peuvent pas être indéfiniment remises en cause ». Au départ, précise-t-il, la loi du 22 juillet 1889 ne comportait pas de délai de principe pour saisir le conseil de préfecture, mais uniquement des délais spécifiques à certains contentieux. C'est seulement devant le Conseil d'État qu'un délai de principe avait été édicté par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806 puis par l'article 24 de la loi du 13 avril 1900. Ce même délai a été repris à l'article 49 de l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945[648] étendu ensuite aux tribunaux administratifs par le décret n°53-934 du 30 septembre 1953[649].

461. La multiplication des recours préalables obligatoires - L'existence et la multiplication du recours préalable obligatoire (RAPO) est également une traduction de cette intention de préserver la stabilité et la sécurité des décisions administratives tout en encourageant un règlement amiable des litiges. Selon une étude du Conseil

---

[646] V. Haïm, rep. contentieux adm., v° délai, n°2 et s.

[647] Donnedieu de Vabres, concl. sur CE, sect., 28 mars 1952, Piteau, Martin, Lhuillier, Rec. 198 ; RDP, 1952, p.498.

[648] art. 49 : « Sauf dispositions législatives contraires, le recours ou la requête au Conseil d'État, contre la décision d'une autorité ou d'une juridiction qui y ressortit, n'est recevable que dans le délai de deux mois ».

[649] art. 3, D. 1953. 376.

d'État[650], ce type de recours désigne « l'ensemble des procédures par lesquelles une personne, souhaitant contester une décision administrative qui lui est défavorable, est tenue de former un recours devant l'autorité administrative préalablement à toute saisine du juge, généralement administratif ». Il représente un mode alternatif de règlement des litiges et représente un bénéfice pour l'administré, pour l'administration et pour la juridiction administrative qui, au final, est désencombrée. L'étude dresse l'état des lieux des procédures de recours administratifs préalables obligatoires existantes. Si au départ, les ouvrages se contentaient de recenser 35 procédures existantes, l'étude a permis d'en révéler près de 140 avec un champ d'application très vaste et varié : impôts et créances publiques, élections administratives, élections ordinales, enseignement, décisions des fédérations sportives, refus de visa d'entrée en France.

462. Le caractère obligatoire de ces recours administratifs préalables entraîne une conséquence importante, le défaut d'exercice d'un recours administratif obligatoire préalablement à l'enregistrement de la requête rend celle-ci irrecevable, d'une irrecevabilité qui n'est pas susceptible de régularisation[651]. La juridiction n'est donc pas tenue d'inviter le requérant à la régulariser et peut donc rejeter la requête par ordonnance. L'étude du Conseil d'État propose d'ailleurs d'étendre ces recours dans quatre grands domaines qui représentent près du tiers du contentieux en premier ressort devant les tribunaux administratifs : les invalidations de permis de conduire suite à la perte de tous leurs points par les conducteurs, la fonction publique, le droit des étrangers et le contentieux pénitentiaire. En ce qui concerne la fonction publique, le décret n° 2012-765 du 10 mai 2012 met en place, à titre expérimental, un recours administratif préalable obligatoire pour les fonctionnaires civils de l'État.

463. La substitution de motif et de base légale - La substitution de motif et la substitution de base légale sont des techniques qui permettent au juge administratif de corriger un acte administratif qui reposait sur des motifs ou des fondements erronés lorsqu'il a été édicté. En ce qui concerne la substitution de motif, elle permet au juge d'éviter l'annulation d'une décision, dont le contenu peut être fondé sur plusieurs motifs. Soit il écarte les motifs illégaux et ne retient que ceux légalement avancés par l'autorité administrative ou il fait abstraction du motif erroné et le remplace, pour justifier le maintien de la décision, par un autre motif exact, apte à la valider. Le Conseil d'État reconnaît à l'autorité administrative le pouvoir de faire valoir, en première instance et en appel, un nouveau motif de nature à justifier la décision contestée et fondé sur la situation existant à la date de celle-ci[652]. Le Conseil

[650] Étude du Conseil d'État sur les recours administratifs préalables obligatoires, 2008, Doc. fr.
[651] CE, 6 mai 1977, Garrigues, Rec. 208.
[652] CE, sect., 6 févr. 2004, Hallal, Rec. 48, concl. de Silva.

d'État souligne toutefois que le prononcé de la substitution reste une faculté pour le juge de l'excès de pouvoir. Confronté à une telle demande de substitution de motif, le juge devra d'abord recueillir les observations du requérant puis apprécier s'il résulte de l'instruction que l'administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce motif. Puis, il devra s'assurer que le requérant n'est pas privé d'une garantie procédurale[653]. La substitution de base légale, quant à elle, implique de donner à l'acte sa base textuelle juste d'un point de vue juridique[654]. La substitution de base légale n'est possible que si l'autorité administrative dispose d'un même pouvoir d'appréciation en appliquant le bon fondement[655] et si l'intéressé a disposé des garanties prévues par le texte sur le fondement duquel la décision aurait dû être prononcée[656]

464. À travers ces quelques illustrations, nous constatons que la procédure administrative s'est construite dans l'intérêt de la continuité et de la stabilité de l'action administrative. Ces dispositions ménagent un équilibre entre les intérêts de l'administration et le droit au recours effectif des administrés. Les différences entre la procédure administrative où la personne publique est souvent avantagée et la procédure judiciaire, plus égalitaire, apparaissent alors complètement justifiées et difficile à atténuer. Les considérations liées à l'action administrative ne sont toutefois pas les seuls motifs qui légitiment l'existence de divergences liées à des spécificités irréductibles.

Section 2 : Des différences inhérentes à l'objet de la contestation et à la qualité des parties

465. Bien que le juge administratif et le juge judiciaire statuent sur des contentieux communs, l'objet de la contestation (paragraphe 1) et la qualité des parties (paragraphe 2) sont autant d'éléments qui peuvent entrainer un traitement différencié par les juges.

---

653 CE 12 mars 2010, n°306368, Sté Charcuterie du Pacifique, concl. rapp. pub. E. Geffray, Dr. fisc., n°19, 13 mai 2010, comm. 307, p. 32 ;

654 CE, sect., 3 déc. 2003, Préfet Seine-maritime c/ El Bahi, Rec. 479, concl Stahl.

655 CE 7 juill. 1976, Épx Arnaud, Rec. 1069.

656 CE 18 déc. 2002, Préfet Seine-Saint-Denis c/ Büyükocak, Lebon 774 ; Dr. adm. 2003. 38, note D.P.

Paragraphe 1 : L'objet de la contestation

466. Si les domaines sur lesquels les juges administratifs et judiciaires se prononcent sont très proches, l'objet de la contestation présente certaines spécificités qui peuvent influer sur les solutions rendues par les juges. C'est ainsi, par exemple, que les prétentions visant à une décharge de l'imposition peuvent donner lieu à une interprétation différente selon s'il s'agit d'un impôt direct ou d'un impôt indirect (A). De même, l'appréciation de la faute par le juge ne sera pas la même selon s'il s'agit d'un salarié protégé ou d'un salarié « lambda » (B).

A/ L'exemple de la nature de l'impôt dans le cadre du contentieux fiscal

467. En ce qui concerne le contentieux fiscal, Guy Gest s'est questionné sur la nature des divergences: « est-on fondé à parler de conflit lorsque les impôts dont ont à connaître les deux ordres de juridictions sont de nature différente ? On peut certes rejeter parce qu'invérifiable et ne transparaissant jamais dans le raisonnement du juge l'explication avancée notamment par Jean Morange selon laquelle les impôts synthétiques tels ceux qui relèvent du juge administratif, appellent une interprétation extensive alors que les impôts analytiques, qui frappent des faits ou des actes individualisés, invitent à une interprétation restrictive ». Guy Guest estime que le recours à cette interprétation par le juge administratif se justifie dès lors que l'impôt en cause a vocation, par son caractère général, à appréhender une matière imposable donnée sous tous ses aspects et qu'au même juge est confié le contentieux de plusieurs impôts généraux et de quelques impôts particuliers satellites qui viennent tous se greffer sur une même réalité économique considérée sous différents angles (recettes brutes, revenu net, frais généraux, etc.). Le juge administratif serait d'autant plus enclin à choisir cette méthode d'interprétation dès lors que, selon l'auteur, « les textes qu'il s'agit d'appliquer sont lacunaires et ne comportent aucune définition ou donnent simplement des indications sommaires sur les notions de base (celle de revenu par exemple) et fourmillent de concepts qui n'ont pas nécessairement leur équivalent dans les autres branches du droit (comme l'entreprise ou l'établissement en difficulté ou la rémunération, etc.) ». Le juge judiciaire quant à lui, privilégiera une interprétation plus stricte, puisqu'il connaît essentiellement des impôts analytiques avec les droits d'enregistrement, « y compris ceux qui présentent un caractère synthétique (droits de succession et, par assimilation, impôt sur la fortune), et dont l'assiette est étroitement liée à l'interprétation d'actes, de contrats et de situations ressortissant au droit privé ». Si l'origine de cette différence d'interprétation liée à la nature de l'impôt est difficile, voire impossible à vérifier en pratique, d'autres sont plus aisées à observer. C'est le cas des divergences liées à la nature de la faute dans le cadre du contentieux relatif au salarié protégé et non protégé.

B/ L'exemple de la notion de faute dans le cadre du licenciement d'un salarié protégé

468. La notion de faute dans le cadre des contentieux relatifs au licenciement pour motif personnel peut donner lieu à une interprétation différente selon s'il s'agit d'un salarié protégé ou non protégé. Le Conseil d'Etat a jugé que dans le cas où la demande de licenciement est motivée par un comportement fautif, il appartient à l'inspecteur du travail et, le cas échéant, au ministre compétent de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les faits reprochés au salarié sont « d'une gravité suffisante pour justifier son licenciement compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution normale du mandat dont il est investi[657]». La faute « d'une gravité suffisante », n'est pas l'équivalent de la faute grave en droit social. Dans les conclusions relatives à l'arrêt précédemment cité, le rapporteur public, Philippe Dondoux, précisait que « la théorie de la faute grave aboutirait à reporter la protection de représentant au niveau de ses actes, quels qu'ils soient. Ce serait l'idée d'un forfait, d'un bonus de fautes vénielles et donc d'une immunité partielle ». Toutefois, « si l'idée de protection n'implique pas (...) que les faits reprochés au salarié (...) soient dans tous les cas objectivement graves, elle exige du moins que subjectivement, ces faits soient jugés d'une gravité suffisante pour justifier le licenciement, compte tenu notamment des exigences inhérentes à l'exécution normale du mandat[658]».

469. Hubert Rose et Yves Struillou ont confirmé qu'il s'agissait, en l'espèce, d'une « conception spécifique de la faute, qui ne recoupe qu'imparfaitement les catégories de droit commun du droit du travail[659] ». Selon eux, et pour l'ensemble de la doctrine, la notion ne se confond « ni avec la faute constitutive d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, ni avec la faute grave privative des droits à indemnité à préavis et à indemnités de rupture du contrat de travail, ni avec la faute lourde également privative des droits aux indemnités compensatrices de congés payés ». C'est uniquement lorsque sont en cause les faits commis par un salarié protégé dans le cadre d'une période de grève que le juge administratif retient l'existence d'une faute d'une gravité suffisante selon les critères de la faute lourde défini par le juge judiciaire, en application des dispositions de l'article L. 2511-1 du code du travail[660]. Si la notion de faute et son appréciation est différente, ce n'est pas parce qu'elle est

---

[657] CE, ass., 5 mai 1976, n° 98647 et 98820, Rec. p. 232, Dr. soc. 1976, p. 346, concl. P. Dondoux.

[658] *loc. cit.*

[659] Répertoire Droit du travail, Dalloz, v° Représentants du personnel, n°531 et s.

[660] CE, sect., 1er avr. 1992, n°112826, Moreau et Syndicat général du livre et des industries connexes de la région parisienne CGT, Rec. 115 ; Dr. soc. 1992. 689.

appréciée par le juge judiciaire ou par le juge administratif mais c'est parce qu'il s'agit d'un salarié protégé, investi d'un mandat représentatif, et non d'un salarié ordinaire. On constate alors que la qualité des parties au procès peut également constituer une spécificité irréductible à l'origine de divergences.

Paragraphe 2 : La qualité des parties

470. La présence d'une personne publique en tant que partie au litige peut impliquer un traitement spécifique (A). Il en est de même en ce qui concerne certaines personnes privées qui peuvent se prévaloir d'un statut spécial (B).

A/ Les effets attachés à la personnalité publique

471. La présence d'une personne morale de droit public comme partie à un litige peut conduire à des divergences d'appréciation sous l'effet de certaines particularités attachées à la personnalité publique. Le cas de l'utilisation de la responsabilité fondée sur la garde par le juge administratif constitue une illustration caractéristique. Par une décision en date du 11 février 2005[661], le Conseil d'État a emprunté au droit civil un cas de responsabilité fondée sur la notion de garde. La juridiction suprême s'est largement inspirée du 1er alinéa de l'article 1240 du code civil (art. 1384 anc.) pour instaurer un régime de responsabilité sans faute des personnes publiques en cas de dommages causés par un mineur placé, dans le cadre de l'assistance éducative, auprès d'une institution relevant du droit public. Les faits de l'espèce concernaient un incendie provoqué au sein des locaux d'un institut départemental « Enfance et Famille », par un mineur dont la garde avait été confiée, en vertu d'une mesure d'assistance éducative, à un institut de droit public. L'assureur, subrogé dans les droits du propriétaire des locaux incendiés a agi devant les juridictions administratives afin de rechercher la responsabilité de l'État.

472. Au terme d'un considérant de principe, le Conseil d'État a estimé que la décision par laquelle le juge des enfants confie la garde d'un mineur, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative prise en vertu des articles 375 et suivants du code civil, à l'une des personnes mentionnées à l'article 375-3 du même code, transfère à la personne qui en est chargée, la responsabilité d'organiser, de diriger et contrôler la vie du mineur. En raison des pouvoirs dont l'État se trouve ainsi investi lorsque le mineur a été confié à un service ou établissement qui relève de son

[661] CE, sect., 11 fév. 2005, n° 252169, GIE Axa courtage, Rec. 45 ; RFDA 2005, p. 595, concl. C. Devys, note P. Bon ; JCP G 2005, II, 10070, note M.-Ch. Rouault ; JCP A 2005, 1132, note J. Moreau.

autorité, sa responsabilité est engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par ce mineur[662].

473. Cette jurisprudence a, par la suite, fait l'objet de diverses applications, notamment à travers un arrêt en date du 1er février 2006[663] concernant des mineurs délinquants. À travers ces différentes applications, le juge administratif reprend très largement le contenu de la notion civiliste de garde, que certains auteurs[664] voient comme un moyen de pallier une carence de la responsabilité administrative. Agathe Van Lang estime qu'à travers ces jurisprudences, est exprimée « la volonté du juge administratif de promouvoir ce fondement (…) au détriment de la distinction entre tiers et usager, qui détermine habituellement une différenciation des régimes de responsabilité[665]». Elle ajoute que l'emprunt de ce cas de responsabilité au droit privé constitue à la fois un recul des fondements classiques de la responsabilité ainsi que la confirmation de la précarité du dualisme juridique. Si cette jurisprudence évoque à première vue une perte de spécificité du droit, l'étude de la notion de garde retenue par le juge administratif laisse apparaître au contraire, une certaine spécificité vis à vis de la notion retenue en droit civil. C'est ce qu'a relevé Agathe Van Lang à propos d'une décision du 13 novembre 2009 : « le refus du juge administratif de se référer à l'alinéa 1er de l'article 1240 (art. 1384 anc.) du code civil ou « aux principes dont s'inspire » cet article traduit assurément sa volonté de s'approprier la notion de garde ». L'arrêt du 13 novembre 2009 révèle un décalage entre la notion civiliste de garde et celle que retient le juge administratif. En droit privé, l'identification d'une victime en tant que tiers n'est pas une réelle préoccupation alors que cette qualité réapparaît dans la définition administrative de la garde (la « responsabilité "du gardien" peut être engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers »), comme une résurgence du fondement du risque spécial[666]». En pratique et exceptées bien sûr les conditions devant être réunies pour qualifier une personne de gardien, il n'y a identité des règles que dans les modes d'exonération, totale ou partielle, de la responsabilité.

---

662 CE, sect., 11 févr. 2005, *op. cit.*

663 CE, sect., 1er févr. 2006, Garde des Sceaux, Min. Justice c/ MAIF, n°268147, Rec. T.; RFD adm. 2006, p. 62, concl. M. Guyomar, note P. Bon ; B. Plessix, chronique de droit administratif : JCP G 2006, I, 158, n° 9 ; JCP A 2006, act. 140 ; Dr. adm. 2006, comm. 88.

664 J.-C. Barbato, Le renouveau de la garde des personnes en droit administratif, RFDA 2007, n°4, p.780.

665 A. Van Lang, La garde ne se rend pas, mais s'étend aux dommages subis par les usagers du service public, JCP G, n° 1, 11 Janvier 2010, p.32.

666 A. Van Lang, *op. cit.,* p.32.

474. Comme l'explique Jean-Claude Barbato,[667] la différence résulte notamment du champ d'application matériel de la garde des personnes qui, selon lui, s'avère très limité. En droit civil, toute personne soumise au pouvoir de direction et de contrôle d'autrui de manière permanente ou temporaire se trouve, en principe, sous la garde d'autrui et les dommages commis par cette personne sont imputés à son gardien dans le cadre d'un régime de responsabilité de plein droit. Il estime que si la garde des personnes était appliquée de cette manière en droit administratif, cela reviendrait à faire passer sous son empire tous les cas relevant des jurisprudences développées à partir de l'arrêt Thouzellier[668], impliquant alors une extension particulièrement importante de la responsabilité sans faute en droit administratif. Elle couvrirait tous les dommages causés par toute personne dont l'administration a la garde. « Le surcoût supporté serait alors exorbitant, c'est pourquoi cette évolution "ne peut et ne doit être généralisée"[669]». Le juge administratif refuse ainsi de donner à la notion de garde une portée aussi étendue qu'en droit civil, car elle aurait pour effet d'étendre de façon déraisonnable les cas de responsabilité pour lesquels les personnes publiques seraient responsables. Dans l'exemple précité, la qualité de personne publique joue un rôle prépondérant dans la mesure où elle est à l'origine d'une conception plus restrictive de la garde. Si la personnalité publique d'une partie au litige peut avoir, comme on l'a vu, une influence notable quant au déroulement et à l'issue du procès, il en est de même lorsque sont concernées des personnes privées qui présentent un statut spécial.

B/ Le statut particulier d'une personne privée

475. La préservation des fonctions de représentation des salariés protégés – Lorsque le juge administratif statue sur l'autorisation ou la non autorisation de l'inspecteur du travail, la circonstance que le salarié soit protégé est-il un élément de nature à expliquer des divergences jurisprudentielles ? C'est ce que Hubert Rose et Yves Struillou ont avancé à propos de l'obligation pour l'employeur de rechercher les possibilités de reclassement à l'étranger. Le cadre du reclassement à l'étranger n'est pas tout à fait le même selon qu'il est en cause devant le juge administratif ou le juge judiciaire. Initialement, le Conseil d'État englobait l'examen des possibilités de reclassement aux *«* entreprises du groupe dont les activités ou l'organisation offrent à l'intéressé la possibilité d'exercer des fonctions comparables[670] » ainsi que « les

[667] J.-C. Barbato, *op. cit.,* p.780.
[668] CE, sect., 3 févr. 1956, Ministre de la justice c/ Thouzellier, Rec. 49.
[669] J.-C. Barbato, *op. cit.,* p.781.
[670] CE, 25 mai 1995, n°157427, Sté Rimoldi France.

entreprises du groupe située en dehors du territoire national[671] ». Le juge administratif a fait évoluer sa jurisprudence vers celle du juge judiciaire pour étendre la recherche des possibilités de reclassement imposées à l'employeur aux entreprises du groupe situées en dehors du territoire national[672] dans un arrêt en date du 4 février 2004. Dans cette espèce, le juge a considéré que pour apprécier les possibilités de reclassement, l'autorité administrative, saisie d'une demande d'autorisation de licenciement pour motif économique par une société appartenant à un groupe, ne peut se borner à prendre en considération la seule situation de la société où se trouve l'emploi du salarié protégé concerné par le licenciement. Dans le cas où cette dernière relève d'un groupe, et pour les salariés qui ont manifesté leur intérêt de principe pour un reclassement à l'étranger, elle est tenue de faire porter son examen sur les possibilités de reclassement pouvant exister dans les sociétés du groupe, y compris celles ayant leur siège à l'étranger, dont les activités ou l'organisation offrent à l'intéressé, compte tenu de ses compétences et de la législation du pays d'accueil, la possibilité d'exercer des fonctions comparables. L'extension du champ du reclassement ne s'impose à l'employeur en dehors du territoire national que si le salarié, à la demande de l'employeur, a manifesté son intérêt de principe pour un reclassement à l'étranger. Le juge judiciaire a considéré, quant à lui, que « l'employeur ne peut limiter ses offres en fonction de la volonté présumée (des salariés) de les refuser[673] ». Hubert Rose et Yves Struillou justifient cette divergence par le souci d'assurer la poursuite des fonctions représentatives en évitant que des propositions de reclassement « irréalistes » ne soient invoquées pour justifier le respect de l'obligation de reclassement et, par suite, le licenciement de ces salariés.

476. Dans le contexte du licenciement pour motif personnel, les jurisprudences des juridictions suprêmes ont évolué à propos du motif attaché à la perte de confiance du salarié. Cette évolution a débuté avec un arrêt de la Cour de cassation[674] au terme duquel il a été jugé qu'un « licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs » et « que la perte de confiance alléguée par l'employeur ne constitue pas en soi un motif de licenciement ». Dans le contexte juridique de l'époque, cette solution laissait présager que la perte de confiance était encore susceptible de constituer un motif légitime de licenciement si l'employeur apportait des « éléments objectifs » à l'origine de celle-ci. Par un arrêt du 29 mai 2001[675], la chambre sociale de la Cour de cassation décida toutefois que « la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une

---

[671] *loc. cit.*

[672] CE, 4 févr. 2004, n°255956, Société Owens Corning Fiberglass France, Rec. 202.

[673] Cass. soc. 24 juin. 2004, n°s 06-45.870, 06-45.871, 06-45.872, 06-45.873, 06-45.874 06-45.875, 06-45.876, Bull. civ., V, n° 138 ; RDT 2008. 598, obs. J.-Y. Frouin.

[674] Cass. soc., 29 nov. 1990, Fertray, n° 87-40.184, Bull. civ. V, n° 597.

[675] Cass. soc., 29 mai 2001, n° 98-46.341, Bull. civ. V, n° 183.

cause de licenciement même quand elle repose sur des éléments objectifs (…) seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur ».

477. La jurisprudence administrative s'est progressivement alignée sur la jurisprudence judiciaire en décidant que : « dans le cas où, à l'appui de sa demande, l'employeur allègue la perte de confiance vis-à-vis du salarié protégé, il appartient à l'administration de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les éléments à l'appui de la demande justifient une telle allégation compte tenu de la nature des fonctions exercées par le salarié, de l'ensemble des règles applicables à son contrat de travail et des exigences propres à l'exécution du mandat dont il est investi[676] ». En raison de la solution dégagée par la Cour de cassation le 29 mai 2001, le Conseil d'État a infléchi sa position le 21 décembre 2001[677] pour estimer que « lorsqu'une demande d'autorisation de licenciement d'un salarié bénéficiant d'une protection particulière est fondée sur des éléments qui se rattachent au comportement de l'intéressé et qui, sans caractériser l'existence d'une faute, rendraient impossible, selon l'employeur, la poursuite du contrat de travail, il appartient à l'administration de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si ces éléments présentent un caractère objectif et si, en raison du niveau élevé des responsabilités exercées par le salarié, ils peuvent, eu égard à l'ensemble des règles applicables au contrat de travail, et compte tenu des atteintes susceptibles d'être portées au fonctionnement de l'organisme en cause, justifier légalement l'octroi d'une autorisation de licenciement ». Il a toutefois précisé « qu'en revanche, la perte de confiance de l'employeur envers le salarié ne peut jamais constituer par elle-même un motif pouvant servir de base à une autorisation de licenciement ».

478. Les solutions *a priori* convergentes, laissent pourtant apparaître une divergence quant au domaine d'application. La demande d'autorisation de licenciement d'un salarié protégé fondé sur des éléments se rattachant à son comportement est soumise à l'existence d'éléments objectifs et « si, en raison du niveau élevé des responsabilités exercées par le salarié, ils peuvent (…) justifier légalement l'octroi d'une autorisation de licenciement ». Selon Hubert Rose et Yves Struillou[678], cette restriction est justifiée par la volonté du Conseil d'État de ne pas encourager le contournement abusif par les employeurs du contrôle de l'administration et du juge sur l'existence d'une faute d'une gravité suffisante, propre au contentieux des salariés protégés et différente de la faute grave ou de la cause réelle et sérieuse.

---

[676] CE, 1er avr. 1992, Société Ladbroke Hotels France, Rec. 149.

[677] CE, sect., 21 déc. 2001, B, n° 224605, Rec. 669.

[678] H. Rose et Y. Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, 5ème éd., Paris, Economica, 2016, p. 232.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

479. Après avoir fait le constat de l'existence de divergences, certes minoritaires par rapport au consensus global qui se dessine entre les deux ordres juridictionnels, les recherches nous ont conduit à examiner avec plus de précision l'origine, le contenu et l'impact de ces divergences. Deux principales catégories semblent s'extraire de la grande diversité des différences qui se forment et se déforment entre les deux ordres juridictionnels. La première de ces catégories renferme les différences qui sont le résultat de spécificités extérieures à la mission des juges. Ces spécificités sont irréductibles, c'est à dire qu'elles sont à la fois inéluctables et incompressibles et qu'on ne peut se résoudre à les atténuer ou à les supprimer, de même en ce qui concerne les divergences qui en découlent. Cette irréductibilité provient de plusieurs éléments.

480. En premier lieu, ce sont les sujétions de l'action administrative, à travers la satisfaction de l'intérêt général et la préservation de l'ordre public qui conduisent le juge administratif à s'éloigner de l'interprétation du juge judiciaire ou qui justifient l'existence d'une règle spéciale ou dérogatoire au droit commun. Nous avons renoncé à évoquer les prérogatives de puissance publique comme une spécificité irréductible dans la mesure où ces pouvoirs exceptionnels peuvent être détenues par des personnes privées et qui sont donc « familières » au juge judiciaire. En second lieu, si les contentieux communs impliquent des problématiques similaires, ils ne sont jamais parfaitement identiques. L'objet de la contestation et la qualité des parties impliquent bien souvent une solution divergente. Nous avons évoqué, par exemple, la nature de faute dans le cadre d'un licenciement, qui fait l'objet d'une appréciation différente selon s'il s'agit d'un salarié protégé ou non protégé.

481. Quelque soit la nature de cette irréductibilité, nous observons que les divergences qui en découlent sont, dans la quasi totalité des cas, extérieures et étrangères au juge. En réalité, ces différences préexistent au juge et ne font que se projeter et s'exprimer à travers son raisonnement.

CHAPITRE 2 : DES PARTICULARISMES LIÉS À L'OFFICE DES JUGES

482. Si comme on l'a vu, certaines divergences sont liées à des spécificités irréductibles, d'autres se fondent sur des éléments qui présentent des caractéristiques plus subjectives et versatiles. Au contraire des divergences irréductibles, qui s'appuient sur des éléments objectifs et extérieurs, celles qui font l'objet de ce chapitre sont étroitement liées à l'office du juge, c'est à dire des différentes étapes qui le conduisent à prononcer une décision juridictionnelle. Ces divergences sont, en premier lieu, le résultat de méthodes d'interprétations propres à chacun des deux juges (Section 1). Nous avons pu constater l'attachement du juge judiciaire au formalisme tandis que le juge administratif se montre beaucoup plus pragmatique. Ce contraste conduit parfois à des annulations plus fréquentes du côté judiciaire, parfois pour des motifs spécieux, alors que le juge administratif aurait tendance à se prononcer au cas par cas, en fonction du grief causé par l'irrégularité en cause.

483. Ces divergences proviennent également des modalités de contrôle et de l'étendu des pouvoirs que chacun des deux juges ont la possibilité d'exercer dans le cadre des contentieux communs (Section 2). Par exemple, des commentateurs avertis ont souligné l'inadaptation du contrôle du juge statuant en excès de pouvoir, lorsque celui-ci se prononce à l'occasion d'un litige impliquant de juger un comportement anti-concurrentiel. Ce type de divergence ne trouve pas de justification solide et ne se développe qu'à cause de l'existence d'un système basé sur la dualité juridictionnelle. Par conséquent, il est souhaitable que chacun des deux ordres juridictionnels s'emploient à les atténuer, particulièrement lorsqu'elles sont à l'origine d'effets négatifs ou discriminants à l'égard des justiciables.

Section 1 : DES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION CONTRASTÉES

484. Les différentes approches développées par les juges des deux ordres juridictionnels ont pour origine la volonté du juge administratif de conserver une certaine spécificité, nécessaire au maintien de son existence (Paragraphe 1) mais aussi plus généralement, c'est leur rapport au droit qui se différencie (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le culte de la différence entretenu par le juge administratif

485. Dans le cadre des contentieux communs, le juge administratif marque sa différence en dégageant des principes généraux qui s'inspirent des dispositions appliqués par le juge judiciaire (A). Ce positionnement du juge administratif se retrouve également à l'égard de certaine branche du droit, comme le droit fiscal, qu'il considère, contrairement au juge judiciaire, comme autonome (B).

A / L'utilisation parfois abusive des principes généraux du droit

486. Malgré les transformations que subissent les sources du droit administratif[679], la jurisprudence joue encore un rôle clé dans l'élaboration de ce droit. François Melleray[680] a parfaitement cerné la tendance en énonçant que « le droit administratif est de plus en plus un droit écrit. Il reste toujours un droit fondamentalement jurisprudentiel ». Selon lui, « les principes généraux du droit, au-delà des habillages doctrinaux, occupent une place de choix dans l'ordre juridique normatif ». Le recours aux principes généraux « dans le processus de rationalisation des droits étatiques contemporains, jouent un rôle éminent, sinon déterminant : ils contribuent à forger la cohérence de l'ordre juridique normatif et ils servent à combler les lacunes du droit ».

487. Bruno Genevois[681] a explicité la notion des principes généraux du droit comme désignant des principes « qui ne figurent pas nécessairement dans des textes, mais que la jurisprudence administrative reconnaît comme devant être respectés par les autorités administratives, leur violation constituant une illégalité. ». Dans le même

---

[679] v. n°39 et s.

[680] F. Melleray, Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ?, AJDA 2005, n°12, p. 637

[681] B. Genevois, Principes généraux du droit : Rép. Contentieux administratif, Dalloz, T. III, 2004, p. 7, § 6.

temps, il décrit les implications de cette notion qui représente un élément de la légalité applicable normalement à l'ensemble du territoire de la République. Elle est un mode d'interprétation des textes permettant d'étendre la compétence du législateur. Pour l'auteur, la violation des principes généraux du droit peut également être une source de la responsabilité de la puissance publique.

488. Lorsque le juge administratif utilise les principes généraux du droit pour fonder sa solution, il fait, en quelque sorte, « œuvre de découverte ». Le principe préexiste et l'action du juge permet seulement d'en rappeler l'existence. Certains auteurs estiment néanmoins que la découverte par le juge administratif d'un principe général représente une oeuvre créatrice, comportant un certain degré d'arbitraire. Mais comme George Vedel l'a pertinemment soulevé : « les principes généraux sont dans une certaine mesure l'oeuvre du juge qui les dégage de la gangue du milieu juridique ; ils ne sont pas une oeuvre arbitraire car ils sont extraits du droit positif existant à un moment donné[682] ».

489. Dans le cas qui retient notre attention, le juge administratif utilise l'expression « par application des principes dont s'inspire », laissant ainsi supposer que les dispositions de droit privé représentent une influence, un guide, pour le juge administratif, confirmant ainsi l'idée d'une découverte par le juge de ces principes, et non d'une démarche de création. Toutefois, si l'utilisation des principes généraux du droit par le juge administratif était compréhensible lorsqu'existait une certaine carence dans le droit écrit, le recours à ces principes est plus complexe à justifier lorsque des dispositions existent, et pourraient potentiellement s'appliquer de façon directe. Quels peuvent être les motifs poussant le juge administratif à dégager des principes issus de dispositions de droit privé, qui peuvent, *a priori*, être appliquées directement ?

490. Il y a d'abord en droit public, particulièrement en droit administratif, cette tradition du recours au droit jurisprudentiel plus qu'au droit écrit, et ce, malgré la tendance vers la codification. Il y a aussi une volonté à peine masquée, de marquer une forme de distinction, de distance vis-à-vis du droit privé et d'attachement aux traditions publicistes. Nous pourrions presque parler d'un mécanisme d'auto-défense, permettant de réaffirmer et conserver la spécificité du droit public ainsi que son interprète. Nombreux sont les principes inspirés de dispositions applicables devant les juridictions judiciaires, les illustrations jurisprudentielles concernent une grande variété de domaines.

---

[682] G. Vedel, note sous CE, ass., 4 avr. 1952, Synd. régional des quotidiens d'Algérie, JCP 1952. II. 7138.

491. Dommages et intérêts - Le juge administratif s'inspire des dispositions de l'article 1152 du code civil : « considérant qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif eu égard au montant du marché[683]».

492. Prescription acquisitive - Le juge administratif s'inspire des dispositions de l'article 2262 du code civil : « considérant que l'expiration du délai de l'action en garantie décennale ne décharge pas les constructeurs de la responsabilité qu'ils peuvent encourir, en cas de fraude ou de dol dans l'exécution de leur contrat et qui n'est soumise qu'à la prescription qui résulte des principes dont s'inspire l'article 2262 du code civil ; que, même sans intention de nuire, la responsabilité trentenaire des constructeurs peut également être engagée en cas de faute assimilable à une fraude ou à un dol, caractérisée par la violation grave par sa nature ou ses conséquences, de leurs obligations contractuelles, commise volontairement et sans qu'ils puissent en ignorer les conséquences[684]».

493. Responsabilité des constructeurs – De façon quasi-systématique, le juge administratif a recourt aux principes généraux lorsqu'il statue sur un litige impliquant des dispositions relatives au droit de la responsabilité des constructeurs : « Considérant qu'il ressort des termes mêmes de son arrêt que, pour juger que la responsabilité de l'Etat, en tant que maître d'oeuvre, ne pouvait être engagée sur le fondement des principes dont s'inspire l'article 1792 du code civil[685]». Néanmoins, comme nous l'avons déjà évoqué[686], cette référence semble avoir été récemment abandonné par le Conseil d'État, le 7 décembre 2015.

494. Responsabilité de droit commun – L'alinéa 1er de l'article 1240 du code civil (art. 1384 al. 1er anc.) inspire la création de principe par le juge administratif :« considérant qu'après avoir relevé, par l'arrêt attaqué en date du 18 décembre 2003, que la responsabilité du département du Nord était engagée, même sans faute, en application des principes dont s'inspire l'article 1384 alinéa 1er du code civil, pour les dommages causés au tiers par le mineur, la cour administrative d'appel de Douai a accueilli la demande d'indemnité présentée par M. et Mme A correspondant à leurs dépenses non prises en charge par la compagnie d'assurance

---

683 CAA Bordeaux, 3 mars 2015, n°12BX00902 ; CE, 28 déc. 2008, n° 296930, OPHLM de Puteaux, Rec. 479 ; AJDA 2009. 8 ; *ibid.* 268, note J.-D. Dreyfus ; RDI 2009.

684 CE, 26 nov. 2007, n°266423, Sté les travaux du Midi, Rec. 450 ; CE, ass. 8 juill. 2005, *op.cit.*

685 CE, 10 juill. 2013, n°360901 ; V. également : CE, 23 juill. 2010, n°331940 ; CE, 22 juin 2001, n°203340, *op. cit.*

686 v. n°306 et s.

(…)[687]».

495. Droit des obligations – Le Conseil d'État a ainsi dégagé un principe à partir de la reformulation de l'article 1326 du code civil : « qu'il résulte du principe dont s'inspire l'article 1326 du code civil 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'a celle-ci de la nature et de l'étendue de son obligation[688]».

496. Sécurité sociale – Une référence plus générale a pu être faite aux principes généraux inspirés par le code de la sécurité sociale : « que, dans ces conditions, le décret attaqué ne méconnaît ni le critère de différenciation du taux en fonction des catégories de risque posé par l'article L. 245-2, ni les principes généraux dont s'inspire notamment le code de la sécurité sociale, qui visent à inciter les employeurs à mettre en oeuvre des actions de prévention des accidents du travail[689]».

497. Droit du travail – L'article L. 122-25-2 du code du travail a servi de fondement pour construire le principe d'interdiction du licenciement d'une salariée en état de grossesse : « qu'il suit de là que Mme A ne peut utilement ni soutenir que la décision attaquée serait irrégulière à raison d'une méconnaissance des procédures applicables en cas de résiliation ou de non-renouvellement de contrat ou de mesure à caractère disciplinaire, ni qu'elle pouvait prétendre au bénéfice du principe général dont s'inspire l'article L. 122-25-2 du code du travail et qui s'oppose au licenciement d'une salariée en état de grossesse médicalement constaté[690]».

498. Droit des contrats - L'article 1103 du code civil (art. 1134 anc.) est cité comme fondement des principes inspirés par cette disposition : « si ces dispositions s'appliquent notamment aux contrats renouvelables par tacite reconduction conclus entre les distributeurs et leurs abonnés antérieurement à leur entrée en vigueur, elles ne méconnaissent pas les principes dont s'inspire l'article 1134 du code civil, dès lors que le Conseil supérieur de l'audiovisuel pouvait légalement prévoir l'application aux contrats en cours de telles dispositions d'ordre public prises sur habilitation du législateur ; que lesdites dispositions, qui n'ont ni pour objet ni pour effet d'autoriser une entrée en vigueur rétroactive de ces recommandations, ne portent pas atteinte au principe de non-rétroactivité des actes administratifs [691]». Cette volonté de préserver

---

[687] CE, 5 juill. 2006, n°264750.

[688] CE, sect. 26 juin 1996, n° 138874, Dpt de l'Yonne, Rec. T.

[689] CE, 2 déc. 2011, n°342972.

[690] CE, 2 oct. 2006, n°264101 ; à propos de la règle à travail égal, salaire égal : CE, 29 nov. 1999, n°197737.

[691] CE, 17 mai 2006, n°263081 ; CE, 9 févr. 2005, n°265869, *op. cit.*

une certaine spécificité s'observe aussi à travers la revendication de l'autonomie de certaines branches du droit, comme le droit fiscal.

B / L'autonomie revendiquée par le juge administratif

499. À l'occasion du commentaire de l'arrêt du 12 mars 2014, Daniel Boucher[692] a rappelé la querelle existant entre juge judiciaire et juge administratif à propos de l'autonomie du droit fiscal. L'auteur a constaté que cette mésentente se manifestait de manière assez régulière et le plus souvent à propos du droit civil. Le juge administratif fait application de ce principe, tandis que le juge judiciaire le conteste[693]. David Boucher évoque un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui a récemment appliqué le droit civil, au détriment d'une analyse purement fiscale que proposait l'administration[694].

500. À l'inverse, le juge administratif est bien plus réceptif au principe d'autonomie du droit fiscal. Citant les conclusions sous l'arrêt Société armoricaine d'entretien naval de Nathalie Escaut, l'auteur souligne que le rapporteur public invitait le Conseil d'État à assumer ses divergences avec la Cour de cassation « vous pourrez l'assumer aussi en ce qui concerne l'imposition du preneur dans la mesure où elle repose sur une logique fondamentalement différente qui fait que le juge judiciaire ignore l'autonomie du droit fiscal dont vous faites au contraire application pour dégager des règles au regard des seules dispositions de la loi fiscale[695] ».

501. Guy Gest dressait le même constat en 1990, tout en précisant que cette observation était susceptible de s'appliquer de façon générale. En ce qui concerne : l'interprétation de la loi fiscale et l'autonomie par rapport aux autres branches du droit, « l'attitude des deux juges de l'impôt, reflétant d'ailleurs sur ces points une attitude plus générale des ordres auxquels ils appartiennent respectivement, semble

---

[692] D. Boucher, Le Conseil d'État consacre l'intégration de l'intéressement et de la participation dans l'assiette du crédit d'impôt recherche, Droit fiscal, 2014, n°17-18, comm. 291 v. également J. Monsenego, La correction des prix de transfert entre sociétés apparentées au regard du concept civiliste de liberté contractuelle. Vers un renforcement de la théorie de l'autonomie du droit fiscal ? : Dr. fisc. 2012, n° 9, 156.

[693] F. Martinet et A. Angotti, Conseil d'État et Cour de cassation, juges de l'impôt : étude comparative : Dr. fisc. 2013, n° 40, 454.

[694] Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-23737, SCI Marot Montaigne, publié au Bulletin : Dr. fisc. 2014, n° 7-8, comm. 171, note J.-P. Maublanc.

[695] CE, 27 févr. 2013, n° 350663, Sté armoricaine d'entretien naval (SAEN), Rec. T; Dr. fisc. 2013, n° 20, comm. 278, concl. N. Escaut, note J.-P. Maublanc ; RJF 5/2013, n° 464 ; BDCF 5/2013, n° 50, concl. N. Escaut.

être assez sensiblement différente[696] ». L'auteur évoque l'interprétation souvent stricte et littérale de la règle en droit fiscal par le juge judiciaire, ainsi que le recours systématique, dès lors qu'aucun texte fiscal ne s'y oppose clairement, aux règles et aux principes du droit privé en ce qui concerne le juge administratif[697].

502. Pour convaincre, Guy Gest multiplie les exemples, qu'il qualifie d'abondants en évoquant le recours, par le juge judiciaire à « la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales pour interpréter et appliquer les notions de « cessions d'actions » (art. 726-1°, du CGI)[698] « cessions de parts sociales » (art. 726-2°du CGI)[699], « apport de clientèle » (art. 809-I, 3°du CGI)[700], « fonctions de direction, de gestion ou d'administration » (ancien art. 885-0, 4°du CGI)[701](…)». La position du juge judiciaire a encouragé les critiques « d'excès de juridisme, d'immobilisme et d'indifférence aux considérations d'équité ou d'efficacité, quand on ne lui a pas reproché une excessive timidité, voire une certaine révérence, vis-à-vis des positions de l'administration fiscale[702] ». Ce désaccord à propos de la nature du droit fiscal s'observe également à travers l'interprétation par le juge civil de la doctrine administrative invoquée sur le fondement de la garantie contre les changements de doctrine en se référant au droit commun, sauf texte contraire, là où selon Guy Guest, le juge administratif fiscal procède plutôt par analogie[703]. Depuis la réforme de la Cour de Cassation, la position du juge judiciaire pourrait être nuancée au regard de la mise en œuvre du « principe de proportionnalité ».

---

[696] G. Gest, Dualité de juridiction et unité du droit fiscal, RFDA 1990, n°5, p.822.

[697] Dans la mesure où le droit fiscal est considéré comme un droit spécial, le juge judiciaire fait appel au droit commun lorsque le droit fiscal est muet.

[698] Cass. com. 31 mai 1988, Patrick Bailly, n°87-11.089, Bull. civ. IV, n°181 ; Dr. fisc. 1988, n° 31, comm. 1677, note B. Poujade.

[699] Cass. com. 22 mars 1988, U.A.P.-Vie, n°86-15.264, Bull. civ. IV, n°117 ; Dr. fisc. 1988, n° 22-23, comm. 1129 ; Rapport de la Cour de cassation, année 1988, La Documentation française, p. 214.

[700] Cass. com. 12 nov. 1986, S.E.C.E. c/ Direction générale des impôts, n°95-11.080, Bull. civ. IV, n°268 ;Dr. fisc. 1987, n° 9, comm. 441.

[701] Cass. com. 15 juill. 1987, Direction générale des impôts c/ Joly et Lapierre, n°85-16.966, Bull. civ. IV, n°189 ; Petites Affiches 23 sept. 1987, p. 21, note B. Poujade ; Com. 18 avr. 1989, Dr. fisc. 1989, n° 24, comm. 1209, note B. Poujade.

[702] G. Gest, *op. cit.,* p. 822 ; L'auteur fourni une bibliographie à propos de l'attitude du juge judiciaire vis à vis de son pouvoir fiscal : J.-P. Chevalier, L'apport de la jurisprudence judiciaire au droit fiscal - le juge judiciaire est-il un pouvoir fiscal ? in Le juge fiscal, Economica, Paris, 1998, p. 251 et s., not. p. 263 et s. ; P.-M. Gaudemet, Réflexions sur les rapports du juge et du fisc, Mélanges Waline, LGDJ., 1974, p. 128 et s. ; J.-C. Ricci, Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale, P.U.F. Aix-Marseille, 1977, p. 290 et s.

[703] CAA Paris, 19 déc. 1989, n°89PA02126, Société générale, Rec. T ; RJF 4/90, n° 401.

503. Cette attitude tranche avec celle du juge administratif, dont les solutions sont empreintes de souplesse et d'imagination, comme en témoigne ses constructions jurisprudentielles en droit fiscal : « théorie dite du bilan (en vue d'une assimilation des plus-values professionnelles aux revenus), théorie de l'acte anormal de gestion, distinction entre erreurs comptables et décisions de gestion, règle de la correction symétrique des bilans, principe de liberté d'affectation comptable et distinction des patrimoines privé et professionnel de l'entrepreneur individuel, critères de territorialité de l'impôt sur les sociétés (...)[704]». Au delà de ce culte de la différence entretenu par le juge administratif, c'est le rapport de chacun des deux juges au droit qui se distingue à plusieurs égards.

Paragraphe 2 : Les différentes approches du juge administratif et judiciaire vis-à-vis de la norme écrite

504. Les techniques d'interprétation de chacun des deux juges peuvent se démarquer de façon évidente et être à l'origine de divergences jurisprudentielles. Alors que le juge administratif se veut pragmatique, le juge judiciaire se montre beaucoup plus formaliste. (A) Si ce dernier se réfère le plus souvent au droit écrit, son homologue est connu pour ses créations prétoriennes (B). En tout état de cause, ces divergences sont intimement liées aux conditions dans lesquelles chacun des deux juges ont évolué, depuis leur apparition et tout au long des siècles.

A/ Le pragmatisme du juge administratif confronté au formalisme du juge judiciaire

505. Plusieurs exemples corroborent l'idée selon laquelle le juge judiciaire se montre beaucoup plus attaché au formalisme, tandis que le juge administratif fait prévaloir une interprétation guidée par le pragmatisme. Comment expliquer cette attitude du juge administratif ? D'une part, elle fut encouragée par un contexte où le droit écrit n'avait qu'une importance très relative en droit public, encourageant le juge à agir comme un législateur. D'autre part, nous pensons que ce mode de raisonnement est lié à la sensibilité particulière que peut avoir le juge administratif aux difficultés rencontrées par l'autorité publique pour assurer ses missions. Le juge s'est doté d'une vision globale, en terme de « système » là où le juge judiciaire aurait

[704] G. Gest, *op. cit.*

tendance à se focaliser sur des individualités. La principale illustration se trouve dans la jurisprudence « Danthony [705] » et ses différents prolongements. D'autres illustrations de cette différence de point de vue s'observent également dans l'application des garanties en procédure fiscale. Le juge administratif semble particulièrement sensible à l'impératif que représente le recouvrement de l'impôt par l'administration fiscale.

506. Illustrations en procédure fiscale - Agnès Angotti et Florence Martinet ont, dans une contribution relative à l'étude comparée de la jurisprudence judiciaire et administrative, mis en lumière les divergences entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat à propos de la procédure fiscale[706]. Parmi les illustrations données par les auteures, figurait celle relative à la portée des contrôles méconnaissant l'article L.47 du LPF qui impose que le contribuable soit informé de son droit d'être assisté d'un conseil. La chambre criminelle fait produire un effet aux atteintes aux droits de la défense au-delà de la vérification de comptabilité irrégulière[707]. Les auteures explique la position de la chambre criminelle, qui estime que lorsque le contrôle de la société est entaché d'une irrégularité de procédure (le défaut d'assistance du conseil) et qu'elle affecte la procédure pénale pour fraude engagée à l'encontre du dirigeant, dès lors que les dissimulations relevées à la suite de l'examen de la situation fiscale personnelle, dont la régularité n'est pas contestée, sont toutes déduites de la vérification irrégulière. À l'inverse, le Conseil d'État a tendance à restreindre la portée des irrégularités de procédure en les limitant à la seule procédure de contrôle en cours. Par exemple, un vice de procédure entachant une vérification de comptabilité n'aura pas d'effet sur l'examen de la situation fiscale personnelle[708].

507. Les garanties attachées à la procédure de rectification contradictoire (motivation des rehaussements, possibilité de formuler des observations, droit de saisir la commission départementale et d'exercer les recours hiérarchiques) ont également donné lieu à des divergences entre les deux hautes juridictions. En ce qui concerne la mention des textes fondant l'imposition, le juge judiciaire estime que l'administration doit mentionner les textes sur lesquels elle s'appuie pour fonder le

---

[705] CE, ass., 23 déc. 2011, Danthony, n°335477, Rec. 653 ; RFDA 2012. 284, concl. Dumortier et note Cassia ; *ibid.* 2012. 423, comm. Hostiou ; AJDA 2012. 1609 , tribune Seiller ; Dr. adm. 2012, n°22, comm. Melleray.

[706] A. Angotti, F. Martinet, Conseil d'État et Cour de cassation, juges de l'impôt : étude comparative (deuxième volet). La procédure fiscale, ou la « théorie des jeux », Droit fiscal, n°39, sept. 2013, p. 435 ; v. également pour un étude plus récente : A. Maitrot de la Motte, Les divergences de jurisprudence entre juge administratif et juge judiciaire de l'impôt, Droit fiscal 2016 n°38, p.499.

[707] Cass. crim., 28 févr. 1994, n° 93-81.252, Bull. crim., n°78, p.168 ; P.-F, Renard : RJF 5/1994, n° 650.

[708] CE, plén., 27 juill. 1988, M. Macchetto, n° 43939, Rec. 54 ; Dr. fisc. 1989, n° 16-17, comm. 835, concl. Ph. Martin ; RJF 10/1988, n° 1100.

redressement. Il s'agit d'une formalité substantielle de procédure dont l'omission vicie la procédure[709]. En revanche, le juge administratif de l'impôt estime, en se fondant sur la lettre du texte, que la mention des articles du Code général des impôts n'est pas obligatoire sauf en ce qui concerne les pénalités. L'administration n'a pas à viser ou à mentionner dans les notifications de redressement les textes qui fondent l'imposition pourvu que cette motivation soit suffisante par ailleurs[710].

508. À propos de la notification de la proposition de rectification et de l'interruption de la prescription, le Conseil d'État a démontré, une nouvelle fois, son approche pragmatique. Le fait que l'adresse soit erronée n'affecte pas la régularité de la procédure si la proposition de rectification est parvenue au contribuable[711]. Un contribuable doit être considéré comme ayant été régulièrement avisé d'une vérification de comptabilité alors même que les courriers liés à la mise en oeuvre de cette procédure ont été envoyé à une adresse erronée, mais qui correspondait bien à son adresse personnelle. La Cour de cassation retient pour sa part une analyse stricte, la proposition doit être adressée à la dernière adresse fournie par le contribuable à l'administration et si tel n'est pas le cas, la procédure est viciée[712].

509. Un autre désaccord se dessine quant aux conséquences de l'irrégularité de l'avis de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires ou de la commission de conciliation. Une divergence demeure quant aux conséquences d'une irrégularité de l'avis rendu par la commission. À la différence du Conseil d'État[713], la Cour de cassation estime que la motivation de l'avis constitue une formalité substantielle dont le défaut affecte la régularité de la procédure d'imposition[714].

510. Enfin, en ce qui concerne le respect du principe d'impartialité, la Cour de Cassation s'attache à le faire respecter de façon stricte en jugeant que le fonctionnaire désigné comme interlocuteur départemental est disqualifié, s'il s'est antérieurement

---

[709] Cass. com., 15 déc. 1987, n° 86-15.872, Bull, civ. 1987, IV, n° 278, p. 207.

[710] CE, sect., 21 mai 1976, n° 94052, Rec. 270 ; Dr. fisc. 1976, n° 25, comm. 878, concl. Mme M.-A. Latournerie.

[711] CE, 20 févr. 1985, M. Genet, n°39700, Rec. 185 ; Dr. fisc. 1986, n°19, comm. 953.

[712] Cass. com. 24 juin 1997, n° 95-14 780, Bull. civ. IV, n°207, p.180 ; Dr fisc. 1997, n° 44, comm. 1147 ; RJF 8-9/97 n° 863.

[713] CE, 2 avr. 2003, Sté d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied (APBP), n° 237751, Rec. T; Dr. fisc. 2005, n°48, comm.776, concl. P. Collin ; RJF 6/2003, n° 693 ; BDCF 6/2003, n° 75, concl. P. Collin.

[714] Cass. com., 21 oct. 1997, M. Lacroix, n° 95-17.689, Bull. civ. IV, n°277, p. 240 ; JCP E 1997, 1375, p. 465 ; JCP E 1998, p. 65. ; Cass. com., 13 nov. 2003, n° 01-16 712, Mme Cucherat, épse Sassigneux, Dr. fisc. 2004, n° 9, comm. 290.

prononcé sur le bien-fondé du redressement en litige[715]. Le Conseil d'Etat est plus pragmatique et considère que le supérieur hiérarchique n'est pas écarté par la circonstance qu'il aurait déjà pu se forger une opinion sur le dossier du contribuable avant sa saisine[716].

511. Illustration en matière de droit social - À l'occasion du transfert du contentieux des plans de sauvegarde de l'emploi au juge administratif, certains auteurs, tel que Patrick Morvan[717], ont souligné le bons sens et l'équité du juge administratif tout en fustigeant l'attitude autrefois trop formaliste du juge judiciaire qui conduisait à l'annulation pour des irrégularités qui ne causaient aucun griefs. Il cite l'arrêt du Conseil d'État du 7 décembre 2015[718], par lequel la juridiction suprême de l'ordre administratif rejette les recours à l'encontre des plans de sauvegarde de l'emploi et confirme que seules les irrégularités les plus graves, susceptibles d'avoir influencé l'appréciation des représentants du personnel ou de l'administration, conduisent à invalider un plan de sauvegarde de l'emploi. Cette diversité d'approche entre le juge administratif et le juge judiciaire n'est toutefois pas l'unique différence qui sépare les deux juges.

512. Salariés protégés – Comme Dominique Chelle le suggère, certaines divergences trouvent leurs origines dans « la différenciation des modes de contrôle propres à l'autorité judiciaire, d'une part, à la juridiction administrative, de l'autre[719]». La Cour de cassation estime substantielles certaines formalités par une application stricte des dispositions législatives et réglementaires. Ce raisonnement a pour effet de conduire à la censure systématique de certaines irrégularités de procédure. Le Conseil d'Etat fait, quant à lui, « application en droit du travail des directives qu'il applique habituellement dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Sauf exception - il en est ainsi de la motivation lorsqu'elle est exigée par un texte - une formalité n'est réputée substantielle que si elle a pu exercer en fait une influence sur

---

[715] Cass. com., 23 avr. 2003, n° 00-19.539, Bull. civ. 2003, IV, n° 61, p. 70 ; RJF 8-9/2003, n° 1061.

[716] CE, 5 mai 2010, min. c/ SCI Agora Location, n° 308430, Dr. fisc. 2010, n°28, comm. 421, note A. Angotti ; RJF 7/2010, n° 703 ; BDCF 7/2010, n° 80, concl. P. Collin.

[717] P. Morvan, Le Conseil d'État et les plans de sauvegarde de l'emploi : une œuvre de modération, JCP G 2016, p.1047 : « Toute irrégularité ne rend pas une décision (patronale ou administrative) illicite. La position contraire du juge judiciaire (dont on pourrait donner cent exemples) a offert une prime aux chicaneurs, méprisé l'autonomie des partenaires sociaux et discrédité le dialogue social. Si les hauts magistrats de l'ordre judiciaire ne souhaitent pas que tout le contentieux social soit un jour dévolu à leurs homologues de l'ordre administratif, ils doivent opérer une révolution de méthode ».

[718] CE, 7 déc. 2015, n°383856, Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services (à paraître).

[719] D. Chelle, Le licenciement du salarié devant la Cour de cassation et le Conseil d'État, Droit social 1991, n°3, p. 211.

le sens de la décision ou bien si elle constitue une garantie pour les administrés[720]».

513. Afin d'illustrer son propos, l'auteur évoque la jurisprudence relative à la participation de l'employeur aux délibérations du comité d'entreprise, auxquelles il peut assister mais ne peut pas voter lorsque l'avis porte sur le licenciement d'un salarié protégé. Si la Cour de cassation[721] estimait que la participation de l'employeur au vote du comité d'entreprise concernant le licenciement d'un salarié était une irrégularité affectant la procédure de licenciement, le Conseil d'Etat[722] lui, a modéré sa solution : « en contentieux administratif en effet, nul n'est fondé à se prévaloir d'irrégularités de procédure qui n'ont pu avoir, dans les circonstances de l'espèce, d'influence sur la décision de l'administration. Il en est ainsi, lorsque l'avis du comité émis au terme d'un vote auquel a participé l'employeur, est défavorable au licenciement[723] ».

514. Hubert Rose et Yves Struillou[724] évoquent également la divergence existante entre l'office des juges de deux ordres juridictionnels à propos du moyen relatif au reclassement dans le cadre d'un licenciement économique. La Cour de Cassation juge que lorsque la cause économique est contestée, le juge doit vérifier le respect par l'employeur de son obligation de reclassement, même si la contestation ne repose pas précisément sur cet élément : « le moyen relatif à l'obligation de reclassement est nécessairement dans le débat portant sur la cause économique du licenciement[725] ». Or, devant le juge administratif, ce moyen tiré de l'obligation de reclassement n'est pas d'ordre public et doit être soulevé par les parties.

515. Illustration à propos de l'administration de la preuve - Hubert Rose et Yves Struillou[726] ont mis en lumière cet aspect à travers l'exemple du droit des licenciements des salariés protégés, dont le contentieux de l'autorisation relève du juge administratif. Après avoir rappelé le régime de la preuve devant le juge administratif, caractérisé par son libéralisme et son pragmatisme, les auteurs relèvent que l'absence de charge de la preuve sur l'une ou l'autre des parties donne lieu à une divergence entre le juge judiciaire et le juge administratif[727]. C'est le cas en

---

[720] *loc. cit.*

[721] Cass. Soc., 22 nov. 1988, Société Transtex c/ Jaafar, n°85-42.007, Bull. civ. V, n°617; D. 1988. IR 292; Dr. soc. 1989. 206, note Savatier; RJS 1989. 40, n°60.

[722] CE, 31 oct. 1990, n°82488, SARL Escobois, RJS 1991, n°218.

[723] H. Rose et Y. Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, 5ème éd., Economica, Paris, 2016, p.1321.

[724] *loc. cit.*

[725] Cass. soc. 6 déc. 2000, n°98-45.644.

[726] H. Rose et Y. Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, *op. cit.,* p.1444.

[727] v. n°263 et s.

matière de licenciement économique des salariés, pour lequel le juge judiciaire « estime que l'obligation de reclassement constitue une obligation de moyen « renforcée », au motif qu'il appartient à l'employeur d'établir que le reclassement est impossible » alors que le juge administratif juge que « si l'employeur doit produire des éléments de nature à établir la matérialité de ses efforts et de ses démarches, il ne lui incombe pas d'établir que le reclassement du salarié est impossible[728]».

516. En ce qui concerne le principe de loyauté de la preuve, il divise les juges des deux ordres de juridictions lorsque, dans le cadre d'un litige relatif à un redressement fiscal, des informations illicites ont été obtenues à l'issue d'un exercice régulier du droit de communication. Le juge administratif considère qu'un document obtenu dans ces conditions est valable[729]. Le Conseil d'État a toujours considéré que le fait que des documents obtenu par l'administration auprès de l'autorité judiciaire auraient auparavant été volés et recélés par les auteurs de dénonciations, même si ces derniers ont été pénalement sanctionnés, est sans incidence sur la régularité de la procédure d'imposition. Par ailleurs, la circonstance que ces pièces soient ultérieurement annulées par le juge pénal n'a pas pour effet de priver l'administration fiscale du droit de s'en prévaloir pour établir les impositions. En revanche, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'assure de l'origine régulière des documents communiqués[730]. En l'espèce, se posait la question de la recevabilité de documents d'origine illicite, transmis par le parquet à l'administration, en application des dispositions de l'article L. 101 du livre des procédures fiscales. En l'espèce, la direction nationale des enquêtes fiscales avait obtenu un listing informatique volé à cette banque de contribuables français détenant un compte bancaire en Suisse et susceptibles de se soustraire à leurs obligations fiscales en France. Ces informations, communiquées au procureur de la République, ont été transmises à l'administration, laquelle les avait visés dans sa requête aux fins d'obtenir une visite domiciliaire du juge des libertés et de la détention. La Cour de cassation jugea que le parquet ne pouvait communiquer à l'administration fiscale des documents d'origine illicite[731]. Cette solution sera ensuite réaffirmée à l'occasion

---

[728] *loc. cit.*

[729] CE, 3 déc. 1990, n° 103101, SA Antipolia ; Rec. 350 ; Dr. fisc. 1991, n° 7, comm. 259, concl. J. Arrighi de Casanova ; RJF 2/1991, n° 200 ; CE, sect., 6 déc. 1995, n° 90914, Navon et n° 126826, SA Samep ; Dr. fisc. 1996, n° 7, comm. 203, concl. G. Bachelier ; RJF 1/1996, n° 61, chron. Goulard, p. 2 ; BDCF 1/1996, n° 1, concl. G. Bachelier ; CE, 6 oct. 1999, n° 126827, M. Perrini : JurisData n° 1999-051577 ; Dr. fisc. 2000, n° 13, comm. 271.

[730] Cass. com., 26 févr. 2013, n° 12-14.771 et n° 12-14.772, Sté HR Access Solutions, Bull. civ. 2013, IV, n° 4 ; Procédures 2013, comm. 173, note L. Ayrault ; Dr. fisc. 2013, étude 253, R. Salomon ; Cass. com., 3 avr. 2013, n° 12-14.769 ; Dr. fisc. 2013, étude 253, R. Salomon.

[731] Cass. com., 31 janv. 2012, n° 11-13.097 ; Bull. civ. 2012, IV, n° 22 ; Dr. fisc. 2012, n° 207, note S. Detraz ; Dr. fisc. avr. 2012, chron. 262, R. Salomon ; RJF, n° 4/12 ; Gaz. Pal., n° 50-52, 19-21 févr. 2012, jurispr. p. 13, note P. Michaud.

d'une décision rendue le 21 février 2012[732]. Ces différentes approches ne sont pas les seuls éléments qui distinguent le juge administratif du juge judiciaire. L'étude de la jurisprudence laisse apparaître un réel contraste quant aux rapports qu'entretiennent chacun des deux juges à l'égard du droit écrit.

B/ Le contraste entre la démarche créatrice du juge administratif et l'attachement du juge judiciaire au droit écrit

517. Inutile de rappeler la penchant du juge administratif à créer et façonner par lui même les règles du droit public. Même si cet aspect est peu a peu occulté par la codification croissante de ce droit[733], il n'en demeure pas moins encore très présent. Les conditions historiques et le cadre libéral dans lequel a évolué le juge administratif a fait de lui, non pas simplement un juge, mais également un administrateur et dans une certaine mesure, un législateur. Au contraire, le juge judiciaire était, dès le départ, conditionné et encadré par la loi, ce qui explique pourquoi il se réfère plus systématiquement au droit écrit pour fonder son interprétation. Doit-on percevoir, dans cette attitude, les stigmates de la volonté des révolutionnaires de cantonner le juge judiciaire à un rôle passif ? Le référé législatif, supprimé en 1837, obligeait dans certains cas le juge, à s'adresser au législateur lorsqu'une difficulté d'interprétation se posait. Cette fidélité au texte peut également s'expliquer par une codification ancienne, contrairement aux règles de droit public pour lesquelles la codification est plus récente.

518. Comme cela a déjà été précisé[734], le droit public, et particulièrement le droit administratif est un droit jurisprudentiel, majoritairement façonné par le juge administratif. C'est notamment par le biais de la création de principes généraux du droit que le juge a contribué à l'édifice de ce droit. Ce recours aux principes généraux du droit, développé par le juge administratif, constitue selon les termes de Jean-Marc Maillot « une théorie complexe et structurée ». Le recours aux principes non écrits est utilisé d'une manière bien plus poussée que ne le font les autres Cours suprêmes. L'auteur conclut à l'existence d'une véritable « théorie administrativiste des principes généraux du droit[735]».

---

[732] Cass. com., 21 févr. 2012, n° 11-15.162.

[733] v. n°39.

[734] v. n°486

[735] J.-M. Maillot, La théorie administrativiste des principes généraux du droit, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèses, 2003, p. 571.

519. C'est ainsi que lorsqu'il est saisi d'un litige impliquant l'application ou l'interprétation du droit privé, le juge administratif utilise ses propres méthodes et notamment celle impliquant la découverte et l'application des principes généraux du droit issus des dispositions du droit privé. Comme évoqué précédemment[736], le Conseil d'État s'est inspiré du code du travail en dégageant divers principes généraux du droit destinés à s'appliquer aux contentieux des licenciements des salariés protégés, des plans de sauvegarde pour l'emploi, ou ceux impliquant des agents non-titulaires. Il en est ainsi du principe de l'interdiction de licencier un agent public enceinte, ou l'obligation de rémunérer au minimum au niveau du salaire minimum interprofessionnel de croissance. D'autres domaines sont également concernés, comme le contentieux relatif à la responsabilité décennale[737] et certaines dispositions du code civil[738].

520. Cette observation à propos du juge administratif ne signifie pas que le juge judiciaire n'utilise pas ou ne découvre pas les principes généraux du droit, mais simplement que son utilisation est différente et plus mesurée. Jean-Marc Maillot a observé que « depuis longtemps, les principes généraux du droit ont fait leur entrée dans la plupart des disciplines juridiques. Le droit privé ne fait pas exception, tant en matière civile qu'en matière pénale ou commerciale. Son évolution a été dans le sens d'une émergence de plus en plus nette des principes généraux du droit, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif[739]».

521. Néanmoins, il affirme que la terminologie employée et la portée des principes généraux du droit invoqués par le juge judiciaire sont particulières. Au lieu d'utiliser le terme de « principe », l'auteur mentionne que le juge judiciaire fait plus souvent référence à l'expression « règle fondamentale[740] ». L'auteur reconnaît que « l'on ne trouve pas nécessairement dans l'expression « principe général » ou même «principe général du droit », employée par le juge, la référence au concept de principe général du droit tel qu'il ressort de la jurisprudence administrative. Il peut s'agir tout simplement d'une règle de logique élémentaire qui relève du sens commun. Tel est le cas dans l'expression "il est de principe"[741]». Le juge judiciaire et précisément la Cour de Cassation, fait de plus en plus référence, depuis une dizaine d'années, aux principes généraux du droit. Mais pour beaucoup d'observateurs privatistes[742], les

---

[736] V. n°305 et s.

[737] CE, 24 févr. 1988, n°47991, *op. cit.*

[738] À propos de la règle relative à la répétition de l'indu : CE, 13 juill. 2011, n°318788, *op. cit.*

[739] J.-M. Maillot, *op. cit.,* p.571.

[740] J.-M. Maillot, *op. cit.,* p.572.

[741] J.-M. Maillot, *op. cit.,* p.573.

[742] v. par exemple : B. Oppetit, Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation, Cahiers de droit de l'entreprise 1989, n ° 5, pp. 14-16.

principes généraux ne comportent que l'analyse scientifique et la description de règles déjà exprimées par le droit positif. Jean-Marc Maillot précise que les principes généraux du droit formulés par le juge judiciaire sont majoritairement formulés *secundum legem* et représente la manifestation d'une certaine réserve du juge judiciaire soucieux de faire produire aux textes, de droit interne ou international, leur plein effet, dans le respect de la volonté de leurs auteurs. « Le lien avec la loi, au sens large du terme, n'est donc jamais rompu, bien qu'il apparaisse parfois quelque peu distendu[743] ».

522. Malgré un usage plus modéré de ces principes par le juge judiciaire, les créations jurisprudentielles ne sont toutefois pas l'apanage exclusif du juge administratif, comme en témoigne la notion de dommage intermédiaire dégagée par le juge judiciaire. Cette théorie désigne les « dommages n'entrant ni dans la catégorie des dommages relevant de la garantie décennale, ni dans celle des dommages relevant de la garantie biennale[744] ». La théorie des dommages intermédiaires, dégagée par le juge judiciaire, consiste à admettre que « des actions à l'encontre des constructeurs puissent être fondée sur le droit commun de la vente ou même sur le droit commun des contrats. Mais elle se réfère également au droit particulier de la responsabilité des constructeurs en ce qu'elle applique à ces actions la prescription de l'article 2270 du code civil (…)*[745]* ». Hugo-Bernard Pouillaude[746] a souligné que le juge administratif n'applique pas la théorie dite des dommages intermédiaires, à l'inverse du juge judiciaire qui reconnaît l'existence de ces dommages et accepte de condamner les constructeurs à les réparer. Selon l'auteur, « le juge administratif s'y refuse, considérant que ces dommages devaient faire l'objet de réserves (…) Cependant, le champ d'application des garanties décennale et biennale est, en pratique, suffisamment vaste pour que ces dommages soient quand même pris en considération ». Le tribunal administratif de Rennes, maintient la jurisprudence adoptée par le Conseil d'Etat en la matière, se refusant à l'application de la théorie[747].

523. Révolution discrète de la Cour de cassation - L'actualité semble nous démontre toutefois une atténuation de cette différence d'approche vis-à-vis de la norme écrite. François Chénedé[748] a commenté une jurisprudence de la Cour de

---

[743] J.-M. Maillot, *op. cit.,* p. 576.

[744] T. Delessale et alii, Marchand de biens, Encyclopédie Delmas, 10ème éd., Dalloz, 2014, p. 6114.

[745] *Ibid.*

[746] V. Jurisclasseur administratif. fasc. n°860, Responsabilité des constructeurs, v°paragraphe n° 34.

[747] v. pour illustrations : CE, 22 fév. 1984, Office public d'HLM du Bas-Rhin, *op.cit.* ; CE 12 déc. 1984, Ministre des PTT c/ M. Rabinel, *op.cit.*; CAA Lyon 25 avril 2002, Commune de Chamonix c/ M. Ferrari.

[748] F. Chénedé, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? D. 2016, n°14, p. 796 ; v. également O. Dufour, La Cour de cassation fait (discrètement) sa révolution, LPA 2015, n°144, p.3-5 ; V. Rebeyrol, Une réforme pour la Cour de cassation, JCP G 2015 n°37, p.1583 et s. ; Regards d'universitaires sur

cassation par le biais de laquelle les juges du quai de l'horloge se sont reconnus le pouvoir d'écarter une loi au motif que son application, au cas d'espèce, était trop dure pour une des parties. Il s'agit selon l'auteur, d'un « arrêt d'équité » ou « arrêt en équité » qu'il qualifie, au passage, de régression. Bertrand Louvel[749], Premier président de la Cour de cassation n'évoque pas cette décision comme une décision d'espèce, mais comme une véritable démarche refondatrice pour l'office du juge judiciaire. Cette évolution dans la posture du juge judiciaire vis-à-vis de son pouvoir prétorien le rapproche ainsi du juge administratif, bien que la décision évoquée ne trouve pas d'équivalence dans la jurisprudence du juge administratif. Au delà du rapport qu'entretiennent chacun des deux juges à l'égard de la norme écrite, c'est l'office de chacun d'eux qui diffère à l'égard des litiges qu'ils peuvent avoir en commun.

SECTION 2 : LES VARIATIONS DES MODALITES DE CONTRÔLE ET DE L'ÉTENDU DES POUVOIRS

524. En raison de la structure du contentieux administratif, la nature et le degré du contrôle exercé par le juge administratif laissent apparaître des divergences par rapport au contrôle effectué par le juge judiciaire ou certaines autorités administratives indépendantes (Paragraphe 1). Par ailleurs, les pouvoirs détenus par le juge administratif s'avèrent quelques fois inadéquats compte tenu des spécificités de certains contentieux qu'il partage avec le juge judiciaire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le contrôle parfois limité du juge administratif

525. Le contrôle exercé par chacun des deux juges dans le cadre des contentieux communs peut s'avérer différent, notamment en ce qui concerne le juge administratif, limité lorsqu'il statue dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (A). Ainsi, la question se pose quant à l'opportunité de faire évoluer, dans certaines hypothèses, le contrôle restreint vers un contrôle normal ou de pleine juridiction (B).

---

la réforme de la Cour de cassation : JCP G 2016, suppl. au n° 1-2, 11 janv. 2016 ; E. Jeuland, Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité, JCP G 2016, NS1, p.20-26.

[749] B. Louvel, La Cour de cassation face aux défis du XXIe siècle, mars 2015.

A/ Les contraintes liées aux caractéristiques du recours pour excès de pouvoir

526. Le contentieux administratif présente certaines spécificités par rapport au contentieux judiciaire, comme celle relative à la typologie des recours contentieux. C'est ainsi que l'on présente et que l'on oppose traditionnellement le recours pour excès de pouvoir et celui de plein contentieux[750]. Ouvert sans texte[751], le recours pour excès de pouvoir permet au requérant de demander au juge de contrôler la légalité d'une décision administrative et d'en prononcer l'annulation s'il y a lieu. Ce recours a la particularité d'être ouvert et accessible, la juridiction administrative de première instance pouvant être saisie, en principe, par lettre simple, sans ministère d'avocat. Le recours de pleine juridiction quant à lui, se distingue notamment par l'étendu des pouvoirs du juge, qui ne se limite pas, comme dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, à annuler ou à valider un acte administratif. Il peut en effet réformer l'acte ou le contrat attaqué ou procéder à une substitution. Les études consacrées à l'évolution de ces recours contentieux laisse apparaître un rapprochement de la nature de ces contentieux. Le juge de l'excès de pouvoir bénéficie aujourd'hui d'une marge de manœuvre plus importante dans le cadre de son office. Par ailleurs, et en dépit du renforcement des prérogatives du juge de l'excès de pouvoir, il faut noter un recul de ce type de recours en faveur du recours de pleine de juridiction dont le domaine s'étend progressivement. C'est ainsi qu'entre dans le domaine du recours de pleine juridiction, le contentieux contractuel, contentieux de la responsabilité, le contentieux fiscal, le contentieux électoral, le contentieux des sanctions administratives (…). Si le recul du recours pour excès de pouvoir doit être constaté, il conserve toutefois une place importante au sein du contentieux administratif. Ce sont les spécificités entourant ce recours qui sont susceptibles de donner lieu à des divergences entre le juge administratif et le juge judiciaire. L'utilisation du recours pour excès de pouvoir en matière de droit économique est un exemple particulièrement pertinent.

527. Jean-François Calmette[752] évoquait clairement une certaine inadaptation du recours pour excès de pouvoir au contentieux économique : « les faits économiques étaient pour le juge, considérés comme difficilement appréciables, le Conseil d'Etat

---

[750] Seuls ces principaux recours sont évoqués ici, bien qu'existent également les recours en interprétation et en appréciation de la légalité.

[751] CE, ass., 17 fev. 1950, n°86949, Dame Lamotte, Rec. 110 ; RDP 1951, p. 478, concl. Delvolvé, note Waline.

[752] J.-F. Calmette, L'évolution de la prise en compte de l'analyse économique par le juge administratif, Revue Droit administratif, juill. 2006, p.13.

refusant même parfois de les contrôler ! (…) De plus, le recours pour excès de pouvoir était considéré comme inadapté à la question économique, ce domaine relevant largement à l'époque du pouvoir discrétionnaire de l'administration, ce pourquoi le juge n'opérait qu'un contrôle "minimum" ». Christine Brechon-Moulènes [753] s'interroge d'ailleurs sur la capacité du juge administratif à mener un procès économique. Par le biais du recours pour excès de pouvoir, le juge administratif a la fâcheuse habitude de l'« économie des moyens » au point que sa décision manque d'intelligibilité. Selon l'auteure, il ne permet pas de régler le litige dans son entier car il est davantage tourné vers l'anéantissement du passé que vers l'avenir. Or, « dans un procès économique, l'entreprise attend des décisions claires et complète, elle a besoin de savoir pourquoi elle a gagné ou perdu et quelles règles de conduite elle doit en tirer. L'utilisation du recours de pleine juridiction suffirait-elle à lui offrir de telles garanties ? ».

528. Le recours pour excès de pouvoir induit l'obligation, pour le juge administratif, de se placer à la date de l'édiction d'un acte administratif lorsqu'il statue sur sa légalité. Or, comme le relève justement Sophie Nicincki,[754] le contentieux de la concurrence « sanctionne des comportements effectifs, alors que le contentieux de l'annulation commande que le juge administratif apprécie la légalité d'un acte à sa date d'édiction ». L'auteure souligne que le contentieux de l'annulation est tourné vers le passé et implique un raisonnement en terme de sources et de hiérarchie des normes alors que le contentieux économique est tourné vers l'avenir et se place sur le terrain des comportements et de l'analyse économique. Pour le juge administratif, se placer à la date d'édiction d'un acte administratif implique pour lui un véritable travail d'anticipation sur les effets anticoncurrentiels de l'action administrative.

529. Ainsi, le contentieux administratif a pu être considéré comme inadapté au contentieux économique, dont la finalité est d'apprécier un comportement potentiellement anticoncurrentiel et non un acte administratif. Reprenant les termes de David Béat, Laurent Richer a écrit, à ce propos, que le juge administratif « n'a pas les moyens de jouer les économistes, et cela parce qu'il manque de prise sur la réalité. Le juge administratif s'attache aux motifs des actes, à leurs « antécédents », alors que dans le droit économique, notamment de la concurrence, les effets sont primordiaux[755]». Christine Bréchon-Moulène a estimé, dans le même ordre d'idée, que « le raisonnement traditionnel du juge administratif en terme de pouvoir, de compétence, d'action unilatérale, voire même certaines de ses notions rigides comme

[753]C. Bréchon-Moulènes, La place du juge administratif dans le contentieux économique public, AJDA, 2000, n°9, p.679.

[754] S. Nicinski, Droit public de la concurrence, 5ème éd., LGDJ, Paris, 2005, p.158.

[755] L. Richer, Le juge économiste ? AJDA 2000, n°9, p.703.

celle de personnalité morale ou de domanialité publique, pourraient mal se couler dans la démarche économique qui impose de raisonner en terme de relations, dans un rapport dialectique avec la sphère publique qui dépasse l'Etat[756]». Jean-Yves Chérot dresse, quant à lui, un constat similaire et fait observer que s'il n'y a pas de raisons de penser que les règles procédurales et les méthodes du juge administratif seraient « par nature, antinomiques avec l'application du droit économique » il ajoute que quelques inflexions pourraient se révéler nécessaires. Il précise que le souci majeur « pourrait être celui de l'expertise du juge administratif dans l'application des règles du droit de la concurrence, tant pour élaborer les critères d'application de normes largement indéterminées qu'en raison de la complexité des appréciations de fait que comporte leur mise en œuvre[757]». Selon lui, le bagage théorique nécessaire à l'application des règles de concurrence ne serait pas suffisant car sont en jeu l'appréciation de faits économiques complexes. Ces faits doivent pouvoir être appréhendés correctement par le juge administratif, nécessitant qu'il soit « pénétré des méthodes du droit de la concurrence pour apprécier le débat qui se déroule devant lui et y répondre ».

530. Par ailleurs, ces contentieux exigent une certaine anticipation, une démarche prospective difficile à entreprendre par le juge administratif, limité par le cadre du recours pour excès de pouvoir. En dépit de ces difficultés Jean Sirinelli[758] a constaté une forme de subjectivisation du recours pour excès de pouvoir. Pour appuyer cette contestation, il explique que le juge administratif admet que « l'administration prenne une décision qui lui semble nécessaire, compte tenu des éléments dont elle dispose au moment de son adoption et qu'elle pourra par la suite enrichir ». Transposé au domaine économique, l'administration essaie d'anticiper le comportement des opérateurs économiques ou leurs intentions et adopter sa décision en fonction de ces anticipations. L'incertitude liée à ce contexte oblige alors le juge de l'excès de pouvoir à adapter son contrôle de légalité de la décision administrative de régulation. L'auteur évoque le contentieux des autorisations de concentrations économiques pour lequel le juge de l'excès de pouvoir vérifie que la décision attaquée a pris en considération, dans le cadre d'une analyse prospective du marché pertinent, la seule probabilité d'un comportement anticoncurrentiel ultérieur. C'est pour lui une illustration de la subjectivisation du recours pour excès de pouvoir.

---

[756] C. Bréchon-Moulènes, La place du juge administratif dans le contentieux économique public, AJDA 2000, n°9, p. 679.

[757] J.-Y. Chérot, Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, AJDA 2000, n°9, p. 687.

[758] J. Sirinelli, La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, RFDA 2016, n°3, p. 529.

B/ Un contrôle à faire évoluer ?

531. L'exemple du contentieux économique - En matière de concentration, le juge administratif exerce un contrôle entier sur l'appréciation portée par l'autorité administrative sur les effets d'une opération de concentration[759]. Pourtant, ce type de contrôle, exercé dans le cadre des concentrations, ne reflète pas nécessairement la démarche globale du juge administratif vis-à-vis du contentieux économique. Notons que le contrôle restreint reste de mise lorsque, par exemple, le juge de l'excès de pouvoir se prononce sur la décision par laquelle le ministre refuse de faire usage du pouvoir prévu à l'article L. 430-7-1 du code de commerce. Cette disposition prévoit en effet que le ministre peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération de concentration. Dans la mesure où il s'agit de décisions par lesquelles une autorité́ administrative refuse de faire usage d'un pouvoir qui comporte une marge d'appréciation, le juge administratif ne procède qu'à un contrôle restreint[760].

532. Sophie-Justice Liéber et Damien Botteghi[761] ont mis en parallèle deux décisions du Conseil d'Etat des 24 et 31 juillet 2009 touchant au droit économique, permettant de comparer les critères et les méthodes du juge administratif en matière de contentieux des opérations de concentration et de régulation économique. Dans les deux cas, il est nécessaire que le juge administratif se livre à une analyse préalable des marchés pertinents ainsi que de la structure de la concurrence sur ces marchés. Mais, des différences apparaissent notamment en ce qui concerne type de contrôle que le juge exerce sur ces décisions.

533. Alors que le juge exerce un contrôle entier sur les opérations de concentration, le contrôle déployé en matière de régulation économique est plus limité. À l'occasion d'une décision du Conseil d'Etat du 24 juillet 2009[762] , était contestée la décision par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a modifié l'encadrement tarifaire des terminaisons d'appel mobile. Conformément à la jurisprudence antérieure[763], ces décisions d'encadrement tarifaire

---

[759] CE sect., 6 oct. 2000, n°216645, Société Pernod-Ricard, Rec. 397 ; CE, 13 févr. 2006, n°279180, Société Fiducial informatique et société Fiducial expertise, Rec. 334 ; CE, 13 févr. 2006, n°278796, Société De Longhi SPA et société De Longhi France, Rec. 66.

[760] CE, 23 avr. 1997, n°131688, SACD, Rec. 44 ; CE, sect., 30 nov. 2007, n°293952, rec. 68.

[761] S.-J Liéber et D. Botteghi, Contrôle des concentrations, régulation économique : deux aspects du droit de la concurrence, AJDA 2009, n°29, p.1595.

[762] CE, 24 juill. 2009, n° 324642, Société Orange France, Société française du radiotéléphone, Lebon; AJDA 2009. 1595, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier.

[763] CE 5 déc. 2005, n°277441, Fédération nationale UFC Que Choisir ?, Rec. 1001.

font l'objet d'un contrôle restreint du juge administratif. Les auteurs précise que ce contrôle pourrait être amené à évoluer. Il soulignent que, « d'ores et déjà, s'il n'exerce qu'un contrôle restreint sur les décisions du régulateur en matière d'encadrement tarifaire, ce contrôle est en réalité assez poussé, puisque le juge se prononce à la fois sur le niveau des plafonds et sur l'asymétrie entre ces plafonds, en vérifiant s'il n'y a pas de disproportion manifeste ». Nombreux sont les auteurs à souhaiter que ce contrôle évolue vers contrôle normal sur les décisions « les plus structurantes » de l'ARCEP, comme Frédéric Lenica, dans ses conclusions à propos de l'arrêt du 27 avril 2009[764]. Plus encore, il encourageait une évolution vers un contrôle de pleine juridiction, qui permettrait au juge d'apprécier la légalité des décisions attaquées à la date à laquelle il statue, et non plus à la date à laquelle les décisions ont été prises.

534. Le risque d'un juge administrateur - Si beaucoup d'auteurs souhaitent une évolution vers un contrôle plus approfondi, voire même, vers un contrôle de pleine juridiction, Vincent Daumas[765] relève qu'il faut veiller à ce que le juge ne devienne pas pour autant administrateur. Il est, selon lui, nécessaire de maintenir une distance entre votre mission juridictionnelle et les missions imparties aux autorités de régulation contrôlées. Il ajoute que « plus que dans toute autre matière, il faut se garder de la tentation d'être un juge-administrateur – en l'occurrence un juge-régulateur ». Le juge administratif n'est pas doté des mêmes outils que ceux dont disposent ces autorités ni des mêmes compétences. Il rappelle ainsi que la mission du juge est de vérifier que la légalité a été respectée que ce soit par le biais d'un contrôle, même entier des appréciations portées par ces autorités. Mais, « cette mission ne doit pas aller jusqu'à une substitution du juge aux autorités qu'il contrôle ».

535. L'exemple du contentieux social - Malgré le caractère récent des contentieux relatifs aux plans de sauvegarde de l'emploi devant le juge administratif, les observateurs avertis, tels que Jean Lessi et Louis Dutheillet de Lamothe[766] ont d'ores et déjà relevé une divergence entre les jurisprudences administratives et judiciaires sur le périmètre de reclassement lorsque l'employeur appartient à un groupe : « le Conseil d'Etat s'en tenant à la définition capitalistique du code de commerce[767]et la Cour de cassation étendant le périmètre aux entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation rend possible « une permutation du

[764] CE, 27 avr. 2009, n°312741, Bouygues Telecom, Rec. 123.
[765] concl. sous CE, 21 mars 2016, n°390023, Sté NC Numéricale, p.8.
[766] J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe, Le contrôle du juge administratif sur les plans de sauvegarde de l'emploi, AJDA 2015, p.1632.
[767] CE, 10 mars 1997, n° 164645, SA applications techniques des plastiques, Rec. T. 1109 ; RJS 1997, n°571.

personnel[768] » devra être résolue. Autrement, il se pourrait que le juge administratif refuse la nullité des licenciements lorsque le plan de reclassement du PSE s'en est tenu au groupe capitalistique, tandis que le juge du contrat déclarera le licenciement sans cause si la recherche du reclassement n'a pas été plus loin[769]». En réalité, cette divergence existait déjà dans le cadre du licenciement pour motif économique des salariés protégés, mais il est vrai qu'elle est susceptible de prendre une ampleur plus importance dans le cadre du contentieux des plans de sauvegarde de l'emploi. Néanmoins il semblerait que, suivant les conclusions de Gaëlle Dumortier, le Conseil d'État semble opérer un ralliement en délaissant la notion de groupe par référence à la définition inscrite dans le code de commerce pour se focaliser sur l'existence d'une permutation du personnel : « que, toutefois, en ne recherchant pas en quoi les relations existant entre ces entreprises leur permettaient d'effectuer la permutation de tout ou partie de leur personnel, elle a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé[770] ».

536. Le juge administratif a longtemps fait preuve d'une approche différente dans l'appréciation des motifs économiques qui entourent la procédure de licenciement de salariés protégés. Yves Struillou et Laurence Pécaut-Rivolier qualifient cette approche de prudente, laissant apparaître une certaine réticence du juge administratif à suivre la démarche de la chambre sociale[771]. Selon les auteurs, « le Conseil d'État s'est longtemps refusé à recourir à la notion d'intérêt de l'entreprise ou à celle de sauvegarde de la compétitivité. Il s'en est tenu à sa conception classique, refusant « d'étendre son contrôle à l'opportunité des modifications apportées par l'employeur à la structure de l'entreprise[772] » et estimant qu'il n'appartenait ni à l'Administration ni au juge « d'apprécier la pertinence de la gestion de l'entreprise[773] ».

537. Cet écart dans le contrôle pouvait s'expliquer par la différence de conception du juge judiciaire et du juge administratif à propos de l'entreprise. Le juge administratif souhaitait jusqu'alors, éviter au maximum de porter atteinte à la liberté d'entreprendre et au pouvoir de gestion de l'employeur, pour se concentrer sur le contrôle de la décision de l'inspecteur du travail. Les effets de cette divergence à

---

[768] Cass. soc. 17 déc. 1992, n° 1-40.944, Bull. civ. 1992, V, n° 604 ; Cass. soc. 31 janv. 2001, n° 98-43.897; Dr. soc. 2001. 565, obs. G. Couturier ; Cass. soc. 10 déc. 2002, n° 00-46.518.

[769] J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe, *op. cit.,* p. 1632.

[770] CE, 9 mars 2016, n°384175, Société Etudes Techniques Ruiz (à paraître).

[771] Y. Struillou et L. Pécaut-Rivolier, Protection des représentants du personnel, Cour de cassation et Conseil d'État : des marches parallèles à la démarche commune, Droit social 2010, n°9-10, p. 902.

[772] CE, 27 mai 1983, n° 36612, Sté Gervais Danone France, Rec. T.

[773] CE, 18 mars 1992, n° 105127, SNC Boussac, inédit au recueil : RJS 1992, n° 759 ; CE, 27 fév. 1981, n°15.624, Sté Coopérative agricole de Wavignies, Rec. T.

l'égard des salariés protégés pouvaient se révéler extrêmement discriminatoires puisque, si le juge judiciaire a pu estimer que la réorganisation ne constituait pas un motif réel et sérieux de licenciement des salariés non protégés, le juge administratif admettait que cette réorganisation était de nature à établir la réalité du motif économique avancé à l'appui de la demande d'autorisation de licenciement des salariés protégés. Postérieurement, le Conseil d'État a repris le critère de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise pour apprécier le caractère nécessaire de la réorganisation[774] se rapprochant ainsi de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. L'asymétrie constatée entre le contrôle du juge judiciaire et du juge administratif s'observe également en ce qui concerne les pouvoirs de chacun d'eux lorsqu'ils statuent sur des contentieux communs.

Paragraphe 2 : L'asymétrie des pouvoirs entre le juge administratif et le juge judiciaire

A / Le refus du juge administratif d'exercer un pouvoir

538. À l'inverse du juge judiciaire, le juge administratif a pu refuser d'exercer certains pouvoirs comme celui de moduler les pénalités fiscales. Contrairement au Conseil d'État, la Cour de cassation[775] s'était reconnue le pouvoir de moduler le taux des pénalités des sanctions fiscales. En s'appuyant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle a jugé qu'un système de majorations d'impôt ne se heurte pas à l'article 6 de la Convention pour autant que le contribuable puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de ce texte. Il s'agissait en l'espèce d'une amende fiscale prévue par l'article 1840 N quater du code général des impôts que la cour qualifia de « sanction ayant le caractère d'une punition ». Elle poursuivit son raisonnement en estimant que dès lors que cette disposition n'a pas institué à l'encontre de la décision de l'administration un recours de pleine juridiction permettant au tribunal de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende, il en résultait que l'application de l'article 1840 N quater devait être écartée au regard de l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette jurisprudence entrait en

[774] CE, 8 mars 2006, Mme Moranzoni et association de défense des conseillers en assurance de la SMACL, n° 270857, *op. cit.*

[775] Cass. com. 29 avr. 1997, Ferreira, n°95-20.001, JCP 1997. II. 22935, note F. Sudre ; RTDH 1998, p.169, note J.-J. Louis.

contradiction avec celle du Conseil d'État, qui, à travers l'avis Houdmond,[776] jugeait que les dispositions législatives étaient conformes aux dispositions de la Convention européenne. Selon Jacques Grosclaude et Philippe Marchessou[777], la jurisprudence du Conseil d'État postule que « l'article 6-1 de la Convention est respecté par l'exercice d'un plein contrôle sur les faits invoqués par l'administration, tandis que le pouvoir de modulation est impossible, au-delà du vide législatif en la matière, parce que l'article 6 ne l'a pas prévu ». La Cour de cassation a finalement abandonné sa jurisprudence par un arrêt du 12 juillet 2004[778] tandis que le Conseil d'État maintenait la sienne[779]. Par cette décision, la Cour de cassation adopte ainsi une position similaire à celle du Conseil d'État et de la Cour EDH. Désormais, dans les contentieux relevant de l'ordre judiciaire, l'article 6-1 de la Convention EDH n'est plus applicable en l'absence de toute accusation en matière pénale. Bien que cette divergence soit aujourd'hui résorbée, nous avons estimé qu'elle devait être mentionnée au regard de son importance et de la période durant laquelle elle a perduré.

539. Bernard Hatoux regrette ainsi l'inflexion de la position de la Cour de Cassation notamment car il estime « choquant » que les contribuables soient privés des garanties juridictionnelles. L'atteinte aux intérêts matériels du pouvoir exécutif est-elle plus gravement répréhensible que l'atteinte à la vie des personnes ? Il y a, selon lui, une contradiction dans le raisonnement puisque la Cour doit reconnaître que les droits patrimoniaux des contribuables, droits protégés par la convention, sont atteints par les lois fiscales mais se refuse à en tirer les conséquences. Il conclut que cette évolution « décevra ceux qui espéraient que la position fermement maintenue de la Cour de cassation conduirait un jour la Cour européenne et le Conseil d'Etat français à revoir leur position dans un sens plus conforme aux droits fondamentaux des citoyens ».

540. Refus d'enjoindre à titre principal – En dépit des différentes réformes relatives au pouvoir d'injonction devant les juridictions administratives[780], le juge administratif persiste à refuser d'exercer un pouvoir d'injonction à titre principal à

---

[776]CE, sect. avis cont., 5 avr. 1996, n°17661, Houdmond, Rec. 116 ; RFDA 1997. 1, étude Moderne ; *ibid.* 843, note Petit. ; v. également CE, sect., 28 juill. 1999, n°188973, GIE Mumm-Perrier-Jouet, Rec. 257, concl. Bonichot ; AJDA 1999. 835 ; *ibid.* 783, chron. P. Fombeur et M. Guyomar ; D. 1999. 234.

[777] J. Grosclaude et P. Marchessou, *op. cit.* p.273.

[778]Cass. com. 12 juill. 2004, n°01-11.403, Consorts Pelat, Bull. civ., IV, n° 153 ; note B. Hatoux, RJF 2004, p. 804-807 ; note T. Lambert, LPA27 janv. 2005, n° 19, p. 9-13 ; note L. Ayrault, Année fisc., 2005, p. 195-210 ; note E. Garaud, LPA 14 janv. 2005, n° 10, p. 16-19 ; note J.-L. Pierre, Procédures 2004, n° 11, p. 25-26 ; note N. Courrech du Pont, BGFE, 2004, n° 6, p. 20-21.

[779] CE, 30 nov. 2007, Sté Sideme, n°292705, Rec. T. 784 ; Dr. fisc. 2008, n°7, comm. 178, concl. L. Olléon ; CE, 26 mai 2008, Sté Norelec, n°288583, Rec. 186 ; Dr. fisc. 2008, n°28, comm. 411, concl. F. Séners.

[780] v. n°278 et s.

l'égard de la puissance publique. Cette autolimitation est justifiée par la volonté de ne pas porter atteinte au principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active. Selon Jean-Marc Sauvé[781], le juge administratif ne s'est « pas taillé des habits neufs dans la pourpre de l'administrateur, il s'est simplement mis à exercer la part d'i*mperium* qui lui revient ». Cette position a pu prêter le flanc à des critiques, au motif que ce principe ne peut objectivement servir de fondement à un tel refus. En effet, le juge administratif ne fait pas ici acte d'administrateur car l'injonction adressée à l'administration n'est pas un acte d'administration. Il ne se substitue pas à l'administration et ne s'adresse pas directement aux administrés. Comme le souligne Antoine Béal, dans la mesure où il ne fait pas « acte d'administrateur, le juge administratif n'en vient pas dans ces conditions à méconnaître le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active[782] ». Au delà du refus, les pouvoirs du juge administratif peuvent se révéler inadaptés voire insuffisants à dans le cadre de certains contentieux qu'il partage avec le juge judiciaire.

B/ L'insuffisance ou l'inadaptation des pouvoirs du juge administratif à l'égard de certains contentieux

541. Sanction pécuniaire - Si le juge administratif dispose du pouvoir d'injonction, il est néanmoins dépourvu du pouvoir de prononcer des amendes[783], contrairement à l'Autorité de la concurrence lorsqu'elle constate l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Selon les termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité a le pouvoir d'infliger une sanction qui peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial du groupe auquel appartient l'entreprise sanctionnée. Ces sanctions doivent être proportionnées à chaque espèce, en fonction de la gravité des faits, de l'importance du dommage causé à l'économie, de la situation individuelle de l'entreprise ayant commis l'infraction ou du groupe auquel elle appartient, ainsi que de la réitération. Au delà des amendes, c'est tout un éventail de sanction dont dispose l'autorité de la concurrence afin de rétablir ou de maintenir, pour l'avenir, une situation normale de concurrence. Cette palette d'outils, nous précise Marie-Anne

---

[781] J.-M. Sauvé, Intervention du 5 septembre 2014 dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives qui s'est tenue à Montpellier ; Disponible sur : http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/L-injonction-la-loi-du-8-fevrier-1995-apres-vingt-ans-de-pratique.

[782] J-cl. Administratif, Fasc. n°1115, v. n°17 et s.

[783] Sauf dans le cadre précis du recours abusif prévu par l'article R.742-1 du code de justice administrative au terme duquel : « Le juge peut infliger à l'auteur d'une requête qu'il estime abusive une amende dont le montant ne peut excéder 3 000 euros ».

Frison-Roche et Marie-Stéphane Payet[784], a été consolidée par la loi du 15 mai 2001 et complétée en droit français, par l'effet de l'ordonnance du 4 novembre 2004. L'entrée en vigueur du règlement de procédure n°1/2003 justifiait en effet une évolution. L'article 5 de ce règlement donne compétence aux autorités nationales, qui font application des articles 81 et 82 du traité, pour « ordonner la cessation d'une infraction » ; « ordonner des mesures provisoires » ; « accepter des engagements » ; « infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction » prévues par le droit national. L'objectif de rétablissement de la concurrence dicte ainsi une diversification des sanctions. L'amende vise la punition et la dissuasion ; les injonctions autorisent la correction des pratiques nuisibles ; les sanctions civiles permettent, pour l'essentiel, la réparation des conséquences des pratiques illicites.

542. Mise en œuvre des pouvoirs d'instruction – Comme le relève Jean Lessi et Louis Dutheillet de Lamotte[785], la nature inquisitoire de la procédure administrative contentieuse se caractérise par la grande sobriété des textes. Si le code de justice administrative organise la procédure contradictoire et prévoit certaines mesures d'instruction spécifiques, il ne contient, comme le soulignent les auteurs, aucune disposition particulière relative, notamment, à la faculté pour le juge de demander à une partie, voire à un tiers, certaines pièces ou explications. Même si la jurisprudence du Conseil d'État a contribué à clarifier les contours de la mission du juge[786], seules quelques mesures d'instruction peuvent être sollicitées par les parties, les autres relèvent exclusivement du pouvoir d'instruction du juge. Jusqu'alors, la pratique de l'absence de mesure d'instruction n'était pas censuré jusqu'à ce que le Conseil d'État en décide autrement[787] : « en rejetant ainsi l'intégralité des conclusions indemnitaires dont elle était saisie, en raison de ce qu'elle n'était pas en mesure d'établir l'importance du préjudice indemnisable, alors qu'il lui revenait, le cas échéant, de

---

[784] M.-A Frison-Roche et M.-S Payet, Droit de la concurrence, 1ère éd., Dalloz, Paris, 2006, p. 261.

[785] Jean Lessi et Louis Dutheillet de Lamotte, Les limites des pouvoirs d'instruction du juge administratif, AJDA 2014, n°38, p. 2185.

[786] CE, sect., 1er oct. 2014, n°349560, M. Erden, Rec. 67: « Considérant qu'il appartient au juge administratif, dans l'exercice de ses pouvoirs généraux de direction de la procédure, d'ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires à la solution des litiges qui lui sont soumis, et notamment de requérir des parties ainsi que, le cas échéant, de tiers, en particulier des administrations compétentes, la communication des documents qui lui permettent de vérifier les allégations des requérants et d'établir sa conviction ; qu'il lui incombe, dans la mise en oeuvre de ses pouvoirs d'instruction, de veiller au respect des droits des parties, d'assurer l'égalité des armes entre elles et de garantir, selon les modalités propres à chacun d'entre eux, les secrets protégés par la loi ; que le caractère contradictoire de la procédure fait en principe obstacle à ce que le juge se fonde sur des pièces produites au cours de l'instance qui n'auraient pas été préalablement communiquées à chacune des parties ». v. également CE, 26 nov. 2012, n°354108, Mme Cordière, Rec. 394 ; AJDA 2012. 2247, et 2373, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

[787] CE, 15 déc. 2010, n°330867, Rec. T. 923 Groupement d'intérêt économique garde ambulancière 80 et a., AJDA 2010. 2547, obs. R. Grand.

faire usage de ses pouvoirs d'instruction pour que soit précisée l'étendue de ce préjudice, la cour administrative d'appel n'a pas complètement rempli la mission juridictionnelle qui était la sienne et commis une erreur de droit ». Cette décision confirme le constat selon lequel le juge administratif restait réservé lorsqu'il s'agit de faire usage de ses pouvoirs d'instructions, quels qu'ils soient. Par exemple, comme l'explique Rémi Rouquette [788], il arrive fréquemment que l'administration défenderesse ne produise pas de mémoire dans le délai indicatif accordé par le juge, ce qui contribue à ralentir le court de la justice. Souvent, elle produit juste avant la clôture de l'instruction rendant la réponse difficile voir impossible si la réponse est reçu après la clôture de l'instruction. Le juge administratif pourrait rétablir l'équilibre en usant plus souvent des mesures d'instruction, comme les mises en demeure de produire. Pour certains contentieux, et notamment les litiges relatifs aux problématiques concurrentielles comme les abus de position dominante, les carences dans l'utilisation des mesures d'instructions peuvent devenir problématiques et générer un écart considérable par rapport aux méthodes déployées par l'autorité de la concurrence. L'autorité de la concurrence dispose de pouvoirs d'enquête importants (L. 450-1 et suivants du code de commerce) voir coercitifs, notamment dans le cadre des enquêtes lourdes où des opérations de visites et de saisies peuvent être mises en œuvre[789].

543. Conséquences du recours pour excès de pouvoir - Comme cela a été évoqué[790] précédemment, le contentieux administratif présente des particularités relatives à la nature des recours. Lorsque le juge administratif doit statuer dans une matière commune à l'ordre administratif et judiciaire, la nature du contentieux et les pouvoirs du juge qui en découlent peuvent donner lieu à des divergences. Jean-François Brisson rappelle, dans un ouvrage dédié au recours pour excès de pouvoir, que dans le cadre de ce contentieux, le juge n'a que deux possibilités, soit annuler l'acte contesté lorsqu'il est illégal, soit, au contraire, rejeter le recours. Le rejet ne signifie pas nécessairement que l'acte en cause est légal mais seulement que les moyens développés par le requérants sont mal fondés. Le recours pour excès de pouvoir n'a, selon l'auteur, qu'une portée négative, et permet de s'assurer que l'administration ne viole pas la règle de droit mais ne permet pas de garantir que l'administration la respecte effectivement [791]. Il qualifie les effets attachés à l'annulation d'incommodes et évoque les conséquences parfois très complexes de cette annulation. En effet, la disparition de l'acte annulé implique souvent un vide juridique qui « se comblera de lui même parce que l'annulation de la décision

[788] R. Rouquette, Petit traité du procès administratif, 6e éd., Dalloz, Paris, 2014, p. 592.
[789] v. S. Albertin et E. Daoud, L'autorité de la concurrence : Les pouvoirs d'enquête au crible des droits de la défense, RLDA 2014, n°93, p.102.
[790] v. n°526 et s.
[791] J.-F. Brisson, Le recours pour excès de pouvoir, Ellipses, 2004, p.113.

administrative entrainera automatiquement la remise en vigueur des dispositions antérieure[792]». Ces répercussions peuvent parfois se révéler contraires à la sécurité juridique et remettre en cause des droits acquis.

544. Pour illustrer ces propos, évoquons l'application par les juges des règles relatives à la liberté des prix et de la concurrence, qui selon l'article L.410-1 du code de commerce concernent : « à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ». Comme nous venons de l'évoquer, lorsque le juge administratif statue en excès de pouvoir, cela implique pour lui de statuer à la date de l'acte attaqué et ne pouvoir prononcer qu'une annulation. Cette situation génère une différence dans le contrôle effectué respectivement par le juge administratif et par le juge judiciaire à propos des mêmes règles. Selon David Bailleul [793], lorsque le juge statue en excès de pouvoir, ce recours, « reste fondamentalement limité, dans son principe, par le choix binaire qui s'impose au juge, et qui conduit à annuler l'acte contesté lorsqu'il est illégal, sinon à rejeter la requête » et seul le juge statuant en plein contentieux peut réformer la décision administrative. L'auteur ajoute néanmoins qu'il erroné de s'en tenir à cette seule considération, compte tenu, notamment, de la transformation que connait le recours pour excès de pouvoir car le juge de l'excès de pouvoir a su adopter certaines techniques compensatrices de l'absence de pouvoir de substitution[794]. Grâce à la technique de l'annulation partielle, qui permet de laisser subsister certaines dispositions d'un acte, ou grâce à l'apport de la loi du 8 février 1995 relative à l'injonction juridictionnelle, le recours pour excès de pouvoir a évolué vers un recours dont l'issue est plus concrète, « tournée vers le justiciable et non plus exclusivement guidée par le rétablissement abstrait de l'ordre légal[795] ».

---

[792] *ibid.* p.114 et s.

[793] D. Bailleul, L'évolution du contrôle de légalité des actes administratifs : nouvel état des lieux, JCP A, sept. 2014, n°35, p.2241 ; v. également S.-J. Liéber et D. Botteghi, L'étoile du recours pour excès de pouvoir pâlirait-elle encore ? AJDA 2009, n.11, p.583.

[794] *Ibid.*

[795] D. Bailleuil, *op. cit.*

CONCLUSION DU CHAPITRE II

545. Parallèlement aux divergences qui résultent de spécificités irréductibles, nous avons pu constater l'existence de divergences liées à l'office du juge, qui présentent, quant à elles, la caractéristique d'être beaucoup plus instables. Dans ce cas, c'est le raisonnement ou les méthodes du juge qui se trouvent à l'origine de la divergence et non pas l'existence d'un élément extérieur à ce dernier, comme les sujétions liées à l'action publique. Les divergences inhérentes à l'office des juges s'observent tant au niveau des méthodes d'interprétations qu'à travers les modalités de contrôle ou l'étendu des pouvoirs.

Les méthodes d'interprétations du juge administratif et du juge judiciaire sont parfois si différentes qu'elles peuvent entrainer des divergences jurisprudentielles notables. La volonté du juge administratif d'entretenir ce culte de la différence et une certaine autonomie vis à vis du juge administratif et du droit commun le pousse à adopter des solutions en décalage avec celles rendues par le juge judiciaire. C'est le cas à propos du droit fiscal que le juge administratif considère comme une branche autonome du droit contrairement à son homologue judiciaire. Plus généralement, ce sont les rapports que chacun des deux juges entretiennent avec le droit écrit qui influent directement sur leur manière d'interpréter. On sait le juge administratif beaucoup plus pragmatique que le juge judiciaire, qui se montre, quant à lui, très formaliste. Le premier est à l'origine de nombreuses créations prétoriennes tandis que le second aurait plutôt tendance à suivre fidèlement la loi et l'esprit des auteurs qui en sont à l'origine.

Les particularismes propres à chacun des deux juges ne s'arrêtent pas aux méthodes d'interprétation, comme en témoigne les variations constatées dans l'exercice de leur office. Par exemple, dans le cadre du contentieux économique, le recours pour excès de pouvoir s'adapte mal, en terme de contrôle, aux contraintes de ce contentieux et n'offre que des possibilités limitées au juge administratif. En ce qui concerne les pouvoirs, il existe parfois une asymétrie, comme le démontre le refus par le juge administratif d'exercer un pouvoir de modulation des pénalités fiscales, contrairement, fut-un temps, au juge judiciaire. C'est aussi dans le cadre de l'administration de la preuve, beaucoup plus libérale devant le juge administratif, que des divergences naissent, notamment au sujet des salariés protégés, qui en subissent les conséquences. Si les divergences liées à des spécificités irréductibles peuvent se justifier aisément, il est plus difficile de trouver des justifications au maintien des différences inhérentes à l'office des juges, surtout si elles génèrent des contraintes à l'égard du justiciable et de compromettre la cohérence du système juridictionnel français.

CONCLUSION DU TITRE I

546. Les nombreuses similitudes ne doivent pas occulter l'existence des divergences, même si d'un point de vue quantitatif, elles sont minoritaires. Il faut entendre une divergence comme une « différence susceptible de porter aussi bien sur le fonctionnement et l'organisation juridictionnelle que sur des solutions jurisprudentielles ». Si ces disparités sont le plus souvent d'origine jurisprudentielles, elles peuvent aussi résulter de l'application d'une règle d'organisation différente. De l'étude de ces divergences, nous avons pu dégager deux principales catégories : celles qui sont le résultat de spécificités irréductibles, étrangères à la mission du juge et celles qui sont le résultat de particularismes liés à l'office du juges et qui pourraient être atténuées en fonction de ses effets. Quelle que soit la catégorie concernée, certaines d'entre elles sont insignifiantes car les conséquences qu'elles produisent restent tolérables pour le justiciable et n'entraînent peu, ou pas d'inégalité de traitement. D'autres peuvent se révéler plus sérieuses en produisant des effets négatifs sur la situation du justiciable ainsi que sur la cohérence du système juridictionnel. Pourtant, en dépit des effets néfastes, on ne peut se résoudre à vouloir les faire toutes disparaître et ce, pour au moins deux raisons.

La première est qu'il est tout à fait impossible de les faire cesser définitivement dans la mesure où elles sont inévitables. C'est le cas des divergences liées à des spécificités irréductibles, comme les sujétions de l'action publique, qui trouvent de réelles justifications. La seconde, plus subjective, est liée à l'idée que ces divergences ont un rôle à jouer et peuvent s'avérer absolument nécessaires pour la richesse du débat juridique. Mais, toutes ne sont pas inévitables de même que toutes ne sont pas nécessaires, ce qui n'exclut pas de se questionner sur la façon dont on peut améliorer le fonctionnement de la dualité juridictionnelle.

TITRE 2 : L'ADAPTATION DE LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE AU PHÉNOMÈNE DE L'ÉROSION DE LA DISTINCTION ENTRE LE DROIT PUBLIC ET LE DROIT PRIVÉ

547. Malgré l'existence d'une cohérence globale entre les solutions et des règles de fonctionnement des juridictions administratives et judiciaires, nous avons pu constater la subsistance d'une minorité de divergences. Ces différences, difficile à définir compte tenu de leur hétérogénéité, peuvent, malgré tout, faire l'objet d'une classification. De cet imbroglio juridique, nous avons pu dégager deux principales catégories de divergences : celles qui sont liées à des spécificités irréductibles et celles sont le résultat de particularismes liés à l'office du juge. Les premières apparaissent comme inéluctables mais ne mettent pas réellement en cause notre organisation juridictionnelle, car elles ont pour origine des éléments objectifs, extérieurs au juge (la sauvegarde de l'intérêt général, par exemple). En revanche, les divergences de la seconde catégorie, dans laquelle on retrouve les différences liées aux techniques d'interprétation, au contrôle et au pouvoir des juges, apparaissent difficiles à justifier et peuvent constituer à notre sens, des anomalies. Au final, on constate que toutes les divergences entre le juge judiciaire et le juge administratif ne sont pas nécessairement synonymes de dysfonctionnement. Au delà de ces divergences, l'érosion entre le droit public et le droit privé est responsable d'une complexité grandissante des règles de répartition des compétences entre les deux ordres juridictionnels (Chapitre 1). Dans le but de remédier à ces difficultés, une série de propositions sera suggérée afin de construire une conception renouvelée de la dualité juridictionnelle (Chapitre 2). Loin d'être obsolète, nous pensons que l'organisation juridictionnelle française peut encore perdurer, à condition qu'elle soit apte à intégrer dans son fonctionnement, les principales évolutions juridiques, en tête desquelles se trouve l'érosion entre le droit public et du droit privé.

CHAPITRE 1 : UNE ORGANISATION TOUJOURS PERTINENTE MALGRÉ SES IMPERFECTIONS

548. Même si d'un point de vu quantitatif, les divergences sont minoritaires, elles peuvent malgré tout, altérer la qualité et la cohérence du fonctionnement de la dualité juridictionnelle et de la justice d'une façon plus générale. En dépit de l'effet négatif de l'érosion entre le droit public et le droit privé sur l'accès et le fonctionnement de la justice (Section 1) la dualité juridictionnelle n'est pas menacée dans sa substance au point de risquer de disparaître (Section 2). Même si le système juridictionnel français conserve, dans l'ensemble, sa pertinence, nous ne pouvons passer sous silence ses imperfections, particulièrement celles qui se trouvent aggravées par l'érosion entre le droit public et le droit privé. Parmi elles, ce sont précisément les difficultés que peuvent rencontrer le justiciable ou son conseil dans la détermination de la juridiction compétente ou par exemple, l'insécurité juridique ou l'effet discriminant qui peuvent résulter des divergences. Sans négliger la portée de ces inconvénients, les propositions visant à fusionner les juridictions ou à supprimer purement et simplement la juridiction administrative nous paraissent, pour l'heure, inenvisageables. Notre position sera pragmatique et nous conduira à identifier précisément les conséquences préjudiciables de la confusion entre le droit public et le droit privé sur notre système juridictionnel avant de proposer des correctifs adaptés, loin de l'idée de toute fusion ou suppression.

SECTION 1 : L'ACCÈS À LA JUSTICE ET SON FONCTIONNEMENT CONTRARIÉS

549. L'érosion entre le droit public et le droit privé a eu pour principal effet de perturber l'accès et le fonctionnement de la justice. Son effet se distille à plusieurs niveaux, d'un point de vue du système d'abord, avec, notamment, des règles de répartition des compétences de plus en plus complexes (Paragraphe 1). C'est également à l'égard du justiciable que les effets de l'érosion se manifestent, particulièrement en raison des conséquences des divergences, quelles que soient leur nature et à travers lesquelles il peut subir une forme de discrimination. (Paragraphe 2)

Paragraphe 1 : La cohérence de l'ordre juridique partiellement altérée

550. L'ordre juridique subit les effets de l'érosion entre le droit public et le droit privé et sa cohérence s'en trouve partiellement altérée. Deux principales conséquences peuvent être identifiée. D'une part, les règles de répartition des compétences se complexifient (A), tandis que, d'autre part, les divergences liées à la dualité juridictionnelle créent de la confusion, de l'incompréhension (B).

A/ La difficulté d'appréhender les règles de répartition des compétences

551. L'érosion du droit public et du droit privé a pour conséquence de rendre les règles relatives à la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire plus complexes. Parmi les règles traditionnelles de répartition des compétences, figure l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, qui pose le principe selon lequel « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. ». L'article 10 de la loi précitée, réprime quant à lui, les empiètements du juge sur le pouvoir législatif en précisant que « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou retarder l'exécution des décrets du corps législatif sanctionné par le Roi, à peine de forfaiture ». Enfin, le décret du 16 fructidor An III (2 septembre 1795) défend aux tribunaux de connaitre des actes d'administration et annule toutes les procédures et jugements intervenus à cet égard.

552. Si la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 2 septembre 1795 interdisent aux tribunaux judiciaires de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs », il a été constaté que ces règles ne se vérifient plus systématiquement en pratique. Les exemples se multiplient et pour n'en citer que deux, évoquons la possibilité offerte par l'article 111-5 du code pénal aux juridictions répressives, compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité « lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Mentionnons également, celle permettant au juge judiciaire non répressif d'accueillir une contestation sérieuse et écarter la validité de l'acte administratif contesté, en considération d'une jurisprudence établie de la juridiction administrative. Sans oublier la compétence du juge judiciaire saisi au principal, en vertu du principe d'effectivité du droit communautaire, pour apprécier la légalité d'un acte administratif au regard du droit communautaire, primaire ou dérivé, ou pour interroger lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel.

553. Même si la décision « Conseil de la concurrence[796] » du Conseil constitutionnel a clarifié le partage de compétence entre les juridictions administratives et judiciaires en jugeant que « conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle [797] », cette décision ne recoupe qu'imparfaitement la réalité. Bien que protégé partiellement par la décision du Conseil constitutionnel, le champ de compétence du juge administratif subit quelques intrusions du juge judiciaire telles que celles décrites supra[798]. Parallèlement, le juge administratif ne se contente plus d'appliquer un droit spécial, celui-là même qui justifie son existence, et utilise, dans certaines circonstances, le droit commun.

554. L'adage bien connu des juristes, selon lequel « la compétence suit le fond » subit le même sort que les règles précitées. Fondé en partie sur la solution de l'arrêt Blanco affirmant la spécificité du contentieux administratif, cet adage est aussi le résultat d'une réflexion doctrinale en quête d'une règle de répartition simple. Il pose la règle selon laquelle la compétence du juge judiciaire ou administratif est

---

[796] Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *op. cit.*

[797] *ibid.*

[798] v. n°127 et s.

déterminée par la nature de la règle applicable au litige. Longtemps utilisée, elle est aujourd'hui véritablement atteinte dans sa substance par le biais de dérogations jurisprudentielles et législatives. D'une simplicité apparente, elle se révèle aujourd'hui inadaptée, comme le constate Jean-François Lachaume[799]qui pointe son inexactitude, du moins partielle. Il va même jusqu'à qualifier cette formule comme devenue « de plus en plus dangereuse car elle fournit une recette facile, voire un alibi, à ceux qui estiment que le juge administratif est systématiquement incompétent dès lors que la règle de fond applicable au litige relève du droit privé ou d'un droit susceptible de lui être rattaché plus ou moins artificiellement ». À cause de la multiplication du nombre d'exceptions à cette règle, l'adage semble avoir perdu, à l'heure actuelle, une grande partie de sa pertinence. L'érosion du droit public et du droit privé est directement liée à l'affaiblissement de cette règle, puisque la compétence des juridictions est déterminée par la qualification d'une catégorie juridique. Or, la catégorie du droit public et du droit privé tend à s'effacer progressivement, sous l'effet de multiples facteurs décrits supra[800].

555. Il nous faut également aborder les difficultés rencontrées par les juges et la doctrine dans la détermination du critère permettant de retenir la compétence du juge administratif. Longtemps considéré comme le critère déterminant de la juridiction administrative, le service public a fait l'objet d'un déclin à partir des années 1920[801]. Les raisons de ce déclin tiennent au développement du service public industriel et commercial, lui même étant une des manifestations de l'érosion du droit public et du droit privé. L'apparition des services industriels et commerciaux sont des catégories de services publics assimilables à des entreprises privées, notamment en raison du fait que ces services sont gérés en partie selon les règles et méthodes du secteur privé. Si le critère du service public a connu une forme de renaissance autour de l'année 1955, la doctrine, particulièrement George Vedel et Francis-Paul Benoît, ont développé d'autres critères, comme celui de la puissance publique ou de la gestion publique, afin de trouver une alternative à l'insuffisance du critère du service public.

556. De nombreux auteurs contemporains semblent aujourd'hui abandonner la voie d'un critère unique, préférant en cumuler plusieurs. C'est le cas de Jean Rivero[802], qui évoque la nécessité d'un dédoublement du critère et abandonne la

---

799 J.-F. Lachaume, La compétence suit la notion, AJDA 2002, n°2, p.77.

800 v. n°76 et s.

801 R. Drago, Les crises de la notion d'établissement public, Éd. Pedone, 1950 ; J. De corail, La crise de la notion juridique de service public, L.G.D.J, 1954 ; G. Morange, Le déclin de la notion juridique de service public, D. 1947, chron. 45 ; G. Vedel, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954.21 et M. Waline, Vicissitudes récentes de la notion de service public, Rev. adm. 1948, n° 5, p. 23.

802 J. Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP, 1953 p. 279.

thèse du critère unique. L'évolution de la réflexion doctrinale vers une pluralité de critères témoigne de la difficulté d'appréhender les mutations de l'action administrative, qui revêtent aujourd'hui divers aspects, et qui résultent, au moins en partie, de l'érosion du public et du privé. Cette difficulté pour déterminer les compétences de chacun des deux juges s'accompagne d'une confusion liée aux différentes divergences susceptibles de se développer.

B/ Les incohérences provoquées par les divergences

557. Dans certaines hypothèses, les divergences sont susceptibles de porter atteinte à la cohérence du système juridictionnel. Ce retentissement négatif résulte principalement des particularismes liés à l'office des juges et dont les justifications sont totalement subjectives. Parmi les exemples évoqués[803], et pour n'en retenir qu'un, citons la différence d'approche générale entre la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation, à propos des garanties qui entourent la procédure du recouvrement des impôts. Agnès Agnotti et Florence Martinet[804] ont relevé, parmi d'autres, une divergence en ce qui concerne la mention des textes qui fondent l'imposition. L'approche formaliste du juge judiciaire le conduit à considérer que l'administration est tenue de mentionner les textes sur lesquels elle s'appuie pour fonder le redressement. C'est pour lui une formalité substantielle susceptible de vicier la procédure si elle n'est pas respectée[805]. Beaucoup plus pragmatique, le juge administratif de l'impôt estime, en se fondant sur la lettre du texte, que la mention des articles du code général des impôts n'est pas obligatoire sauf en ce qui concerne les pénalités[806]. L'administration n'a pas à viser ou à mentionner dans les notifications de redressement les textes qui fondent l'imposition pourvu que cette motivation soit suffisante par ailleurs[807]».

558. Comment justifier de telles divergences, si ce n'est que par la volonté de la juridiction administrative de donner à l'action administrative, en l'occurrence l'administration fiscale, une plus grande effectivité dans sa mission de recouvrer l'impôt ? L'adage bien connu d'Henrion de Pensay : « juger l'administration, c'est encore administrer » ne semble pas être totalement tombé en désuétude. La juridiction judiciaire, quant à elle, semble interpréter les dispositions relatives au

---

[803] v. n°484 et s.

[804] A. Agnotti et F. Matinet, Conseil d'État et Cour de cassation, juges de l'impôt, *op. cit.*

[805] Cass. com., 15 déc. 1987, n°86-15.872, Sté Strugo et SCI Résidence le grand lièvre, op. cit.

[806] A. Lefeuvre, Motivation du redressement tendant à la réintégration de loyers excessifs, note sous CE, 2 oct. 2006, n° 271057, Sté Geldoc Holding, Dr. fisc. 2007, n°258, ; v. également RJF 12/2006, n°1581 ; BDCF 12/2006, n°155, concl. P. Collin.

[807] CE, sect., 21 mai 1976, n° 94052, *op. cit.*

droit fiscal dans un sens souvent favorable aux contribuables.

559. Cet état de fait conduit à se questionner sur l'étendue du rôle unificateur qu'ont en principe, les cours suprêmes[808]. En tant que telles, le Conseil d'État et la Cour de Cassation sont des juridictions uniques dont l'une des missions principales est d'unifier le droit. L'unicité de la Cour de cassation[809] et celle du Conseil d'État sont indissociables de la finalité d'unification de la jurisprudence. Les cours suprêmes doivent faire en sorte que l'interprétation des textes soit la même sur tout le territoire. C'est l'unicité de la juridiction qui permet l'uniformité de l'interprétation, et donc l'élaboration d'une jurisprudence appelée à faire autorité. Unicité et uniformité sont liées l'une à l'autre.

560. Si le plus souvent, cette mission unificatrice s'exerce à travers le pourvoi en cassation, une procédure d'avis permet également de mener cette mission à bien. En ce qui concerne la juridiction administrative, une procédure particulière permet à un tribunal administratif ou à une cour administrative d'appel de demander au Conseil d'État un avis « avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges[810] ». Elle ne peut toutefois être utilisée pour arbitrer les positions divergentes d'un tribunal administratif et d'une cour administrative d'appel. Henri-Michel Darnanville[811] évoque une certaine similitude de textes « indiquant clairement que la procédure de saisine pour avis permettant à un juge du fond d'obtenir rapidement auprès d'un juge, un avis éclairé sur un problème de droit posé par un litige déterminé correspond à une nécessité communément ressentie et appréciée dans l'ordre juridictionnel administratif et dans l'ordre juridictionnel judiciaire ».

561. On observe toutefois, selon les constatations de Dominique Pouyaud[812], que le Conseil d'État accueille de manière plus libérale que la Cour de cassation, dotée d'une compétence comparable, les demandes des juges du fond. « Cela illustre s'il en était besoin, pour reprendre une célèbre métaphore de Maurice Hauriou, qu'il est bien davantage le « soleil » de l'ordre juridictionnel administratif que le simple « sommet » d'une pyramide juridictionnelle ». Que ce soit dans le cadre d'une procédure contentieuse ou par une procédure d'avis, les cours suprêmes ont pour mission au sein de l'ordre juridictionnel auquel elles appartiennent, d'unifier le droit. Il faut

---

808 v. n°702

809 C. org. just. art L. 411-1 : « Il y a, pour toute la République, une Cour de cassation ».

810 C. just. adm. art. L.113-1.

811 H.-M Darnanville, La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation, AJDA 2001, n°5, p. 416.

812 D. Pouyaud, Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation. La pratique in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz, Paris 2004, p. 327.

souhaiter que cette mission d'unification à laquelle elles sont assujetties soit exercée à l'aune d'une dimension plus globale. L'unification du droit doit être envisagée comme une unification au sens large, sans considération d'un ordre juridictionnel spécifique. Les cours suprêmes doivent intégrer le mouvement d'érosion du droit public et du droit privé dans l'accomplissement de leurs missions. Cette intégration passe par une attention particulière à l'égard des litiges ou des demandes d'avis portant sur des questions communes aux deux ordres juridictionnels, à plus forte raison lorsque les jurisprudences sont susceptibles de diverger. Au delà de l'affaiblissement d'un système, l'usager du service public de la justice peut subir les effets de l'érosion entre le droit public et le droit privé.

Paragraphe 2 : L'affaiblissement des droits des justiciables

562. Le justiciable subit les incohérences du système qui rendent l'accès au juge moins aisé. Ces incohérences sont sources de complexité et de lenteur (A) et peuvent, selon les cas, donner lieu à des situations discriminatoires entre les justiciables (B) compromettant ainsi, l'idéal de justice.

A / Une justice complexe et ralentie

563. Sous l'influence de l'érosion entre le droit public et le droit privé, le fonctionnement de la dualité juridictionnelle engendre plusieurs complications, susceptibles de créer un contexte d'insécurité juridique à l'égard du justiciable. Deux principaux effets semblent pouvoir être identifiés. D'une part, le justiciable peut éprouver une difficulté quant à la détermination du juge compétent, compte tenu de la confusion grandissante des règles de répartition des compétences. D'autre part, la multiplication des contentieux communs entre le juge administratif et judiciaire accroît dans le même temps, les risques de divergences et par là même, la lisibilité et la compréhension des décisions par le justiciable.

564. Avant toute chose, cette difficulté de compréhension résulte déjà d'une divergence dans les méthodes utilisées par chacun des deux juges pour motiver et rédiger les décisions de justice. À propos de la rédaction des décisions du juge administratif, il semblerait que des efforts soient à prévoir, notamment en ce qui concerne la motivation des solutions dégagées en matière de droit de la concurrence. Jean-Yves Chérot plaide également pour une amélioration, estimant que « l'application du droit de la concurrence au titre de la légalité administrative ne pourra être satisfaisante et convaincante que si le juge administratif déroge à ses

méthodes habituelles de rédaction ». L'auteur évoque le style rédactionnel qui, « en se bornant, pour toute motivation, à de brèves affirmations, (…) ne rend pas compte des cheminements par lesquels il a dû passer et peut laisser planer un doute sur la réalité de son contrôle[813] ». De façon générale, la motivation des décisions du juge administratif se révèle être insuffisamment développée, manquant souvent de densité nécessaire à une compréhension optimale. À l'occasion de litiges qui peuvent fréquemment de révéler très techniques, à l'image de ceux qui donnent lieu à l'application du droit de la concurrence, la fonction explicative de la justice, à travers la lisibilité des décisions est une garantie contre l'arbitraire et l'erreur. Comme l'affirme Sophie Gjidara, la décision juridictionnelle ne peut être justice que si est justifiée dans toutes ses composantes, « l'intégration des motifs de fait et de droit à une démarche logique, fait de la motivation située au coeur du jugement, un élément explicatif du discours destiné à convaincre de la légitimité de la solution, ainsi présentée comme une résultante logique[814] ». Jean-Yves Chérot a souligné qu'en matière économique, le juge administratif ne se bornait qu'à de brèves affirmations, sans rendre compte des cheminements par lesquels il a dû passer, laissant ainsi planer un doute sur la réalité de son contrôle. Il cite par exemple, l'arrêt « ordre des avocats à la cour d'appel de Paris »[815] où le Conseil d'État, par un excès de concision, se borne à juger « qu'alors même que le recours à un concessionnaire conférerait à celui-ci une position dominante aucune des dispositions du décret attaqué n'a pour effet de le placer dans une situation d'abus de position dominante au sens tant des dispositions des articles 8 et 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence que des articles 86 et 90 du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne ».

565. Les récents travaux d'un groupe de travail à propos de la motivation des décisions de justice de la juridiction administrative laissent toutefois supposer une évolution dans le sens d'une amélioration. Le rapport contient au total dix huit propositions concernant le contenu et le style de la décision. S'agissant du contenu de la décision, le rapport préconise notamment, la mention des textes applicables (proposition n°4), l'énonciation des moyens avant d'y répondre (proposition n°5), des références expresses à la jurisprudence (proposition n°6), multiplier les précisions sur la qualification juridique des fait (proposition n°8), expliquer le recours à l'économie des moyens (proposition n°9), expliquer pourquoi un moyen est inopérant (proposition n°10), généraliser le paragraphe conclusif explicitant le sens de la décision (proposition n°13).

---

[813] J.-Y. Chérot, *op. cit.* p. 687.

[814] S. Gjidara, La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles, LPA, mai 2004, n°105, p.3.

[815] CE, 17 déc. 1998, n°181611, Rec.451 ; AJDA 1998, p. 362 concl. Jean-Denis Combrexelle ; *ibid* note Bertrand Nouel, p. 369.

566. En ce qui concerne le style de la décision, les auteurs du rapport se prononcent pour l'abandon du considérant et suggère d'adopter des phrases courtes, un style direct (proposition n°14). Le découpage doit alors s'effectuer lui aussi en paragraphes courts (proposition n°15) pour garantir la rigueur du raisonnement et la lisibilité de la décision. La présentation doit être aérée tout en étant, selon les termes du rapport « graphique », ce qui implique l'espacement des paragraphes, la citation des textes en italique (proposition n°16). L'intelligibilité et la lisibilité sera encore améliorée par l'utilisation de titres et de sous-titres et par la hiérarchisation et la numérotation des paragraphes (proposition n°17). Enfin, le rapport préconise d'éviter autant que possible l'utilisation de termes tombés en désuétude lorsqu'il existe un terme équivalent, plus courant (proposition n°18). Dans cette perspective, les auteurs du rapport conseillent de diffuser, en juridiction ou sur internet, une liste des termes juridiques auxquels le juge recourt le plus souvent, accompagnée de leur définition[816]. Certaines de ces recommandations, tel que la numérotation des paragraphes ou la citation en italique des textes applicables, sont d'ores et déjà appliquées par les juridictions administratives.

567. Au delà de la problématique liées à la compréhension des décisions de justice, l'érosion de la distinction entre le droit public et le droit privé a durablement affecté la répartition des compétences. La loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 2 septembre 1795 ne retrace qu'imparfaitement les règles de la répartition des compétences actuelle. L'accumulation de dérogations et d'exceptions aux règles traditionnelles de répartition des compétences entraine une situation de confusion pour les justiciables et leurs conseils, dans la détermination de la juridiction compétente. Prenons l'exemple de la répartition du contentieux relatif à la propriété intellectuelle, réglé par le Tribunal des conflits le 7 juillet 2014[817]. Dans cette affaire, un photographe avait conclu avec le département de Meurthe-et-Moselle un contrat, en application du code des marchés publics, ayant pour objet la cession des droits de reproduction et de diffusion de photographies réalisées pour le compte du département. En raison de l'exploitation de photographies pour lesquelles il n'avait

---

[816] Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avril 2012, p.47. Disponible à l'adresse suivante : http//www.conseil-etat.fr/content/download/1690/5098/version/1/file/rapport_redaction_decisions_juradm_2012.pdf. Il faut souligner l'initiative similaire que le président du Conseil Constitutionnel s'est engagé à réaliser lors d'un communiqué en date du 10 mai 2016 : « À l'occasion des deux décisions QPC rendues publiques le 10 mai 2016 (décisions n°s 2016-539 QPC et 2016-540 QPC), le Conseil constitutionnel a décidé de moderniser le mode de rédaction de ses décisions. Ce nouveau mode de rédaction a pour objectifs de simplifier la lecture des décisions du Conseil constitutionnel et d'en approfondir la motivation. Ce mode de rédaction s'appliquera désormais à l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel ».

[817] T. Confl., 7 juill. 2014, n°3955, Département de Meurthe et Moselle, Rec. T. 748, AJDA 2014. 1463 ; *ibid.* 2364, note Pontier ; RTD com. 2014. 611, obs. Pollaud-Dulian ; RDI 2015. 180, obs. Foulquier.

pas cédé de droits, la diffusion d'autres sans mentionner qu'il en était l'auteur et l'utilisation de certains clichés après expiration du contrat, le photographe avait saisi le tribunal administratif de Nancy. Par trois jugements rendus en premier et dernier ressort du 16 octobre 2012 le tribunal administratif rejetait les demandes indemnitaires du photographe. Saisit, le Conseil d'État a considéré que les litiges présentaient à juger une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et a renvoyé au Tribunal des conflits la question de savoir si ce litige relevait ou non de la compétence de la juridiction administrative. Le Tribunal des conflits, faisant application des dispositions de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, issues de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, a considéré que ces actions relevaient de la compétence des juridictions judiciaires, quant bien même le contrat en cause, était un marché public, c'est à dire un contrat administratif par détermination de la loi entraînant en principe la compétence du juge administratif.

568. Ce contexte de confusion et d'incertitude ne concerne pas uniquement la répartition des compétences entre l'ordre administratif et judiciaire mais relève d'un constat général, exposé par le Conseil d'État dans son rapport de 1991, intitulé « De la sécurité juridique ». À travers ce rapport, le Conseil d'État a dénoncé les effets de la « prolifération des textes », « l'instabilité des règles » et « la dégradation de la norme » en qualifiant les causes de ces maux par des expressions marquantes : « logorrhée législative et réglementaire », « raffinements byzantins », « droit mou », « droit flou », « droit à l'état gazeux ». Dans un rapport public plus récent, intitulé « Sécurité juridique et complexité du droit », le Conseil d'État rappelle que «la complexité croissante des normes menace l'Etat de droit ». Le rapport revient sur les causes et les effets de ce phénomène complexe, qui résulte de dérives administratives et politiques, susceptibles d'être maîtrisées, mais aussi de l'évolution de la société et de l'Etat. L'érosion du public et du privé décrit est une de ces évolutions conduisant à rendre le droit moins intelligible. Au final, « c'est surtout la société qui en pâtit. Le droit, au lieu d'être un facteur de sécurité, devient un facteur d'inquiétude et d'incertitude. La démarche de simplification court après ses objectifs. Les juges ne sont eux-mêmes pas toujours en état d'y remédier, et sont parfois conduits à prendre leur part de l'aggravation de la complexité[818] ».

569. Aux cotés de la confusion des règles de répartition des compétences, les divergences structurelles, organisationnelles ou jurisprudentielles provoquées par l'érosion entre le droit public et le droit privé peuvent générer de l'incompréhension

[818] CE, Rapport public, Sécurité juridique et complexité du droit, La documentation Française, 2006.

pour le justiciable. Les différences injustifiées entre un justiciable qui porte son affaire devant le juge judiciaire et celui qui porte la sienne devant le juge administratif laissent les plaideurs dans une situation d'incompréhension. La perte de temps, évoquée à plusieurs reprises, est un des effets néfaste de la dualité de juridiction. Deux types de lenteurs sont imputables à l'organisation juridictionnelle française, il y a celles provoquées par les erreurs dans la saisine du juge compétent et celles qui sont le résultat d'une exception d'incompétence, d'une question préjudicielle ou d'une saisine du Tribunal des conflits. En ce qui concerne particulièrement les conséquences de l'erreur dans la saisine du juge compétent ont longtemps été débattues en jurisprudence.

570. En ce qui concerne la Cour de cassation, les différentes chambres se sont divisées quant aux effets de la saisine d'une juridiction incompétente sur la recevabilité d'une action liée à une éventuelle prescription de l'action. La première chambre civile et la chambre commerciale considéraient respectivement que, pour être recevable, l'action devait être reprise devant le tribunal compétent avant l'expiration du délai pour agir, et qu'un délai préfix n'était susceptible ni d'interruption ni de suspension. Au contraire, la chambre sociale, ainsi que les deuxième et troisième chambres civiles considéraient qu'en cas d'incompétence du juge initialement saisi, et de renvoi devant le juge compétent, il s'agissait de la même instance qui se poursuivait, de sorte que l'action demeurait recevable devant la nouvelle juridiction saisie. Saisie d'un litige portant sur le paiement d'une diminution de prix liée à une vente immobilière, la troisième chambre civile avait décidé de renvoyer l'affaire devant une chambre mixte, composée de la première, deuxième et troisième chambres civiles, de la chambre commerciale, financière et économique, ainsi que de la chambre sociale, pour statuer sur une question de forclusion de l'action liée à la saisine d'une juridiction incompétente. Au cas d'espèce, l'action était enfermée dans un délai d'un an, délai considéré comme étant un délai de forclusion préfix, or, l'acheteur avait saisi initialement une juridiction incompétente et le renvoi devant la juridiction compétente n'avait pas eu lieu dans ce délai d'un an. Le vendeur soutenait que ce délai n'était susceptible, ni d'interruption, ni de suspension, et que l'action était donc irrecevable. Dans un arrêt en date du 24 novembre 2006[819], la chambre mixte de la Cour de cassation a jugé, au contraire, dans des termes très généraux, qu'« aux termes de l'article 2246 du code civil, la citation en justice donnée même devant un juge incompétent interrompt la prescription ; que les dispositions générales de ce texte sont applicables à tous les délais pour agir et à tous les cas

[819] V. Avena-Robardet, comm. ss cass., ch. mixte 24 nov. 2006, La saisine d'un juge, fût-il incompétent, interrompt le délai de forclusion, D. 2007, p.1112.

d'incompétence[820] ».

571. La juridiction administrative a, quant à elle, estimé que la saisine d'une juridiction incompétente conserve, sous certaines conditions, le délai du recours. Il est impératif d'une part, que la juridiction incompétente ait été saisie dans le délai du recours contentieux, précision faite que le délai à prendre en compte est celui applicable devant la juridiction qui aurait normalement dû être saisie, et non devant celle qui l'a été[821]. D'autre part, la juridiction administrative compétente doit, quant à elle, être saisie dans les deux mois de la signification du jugement d'incompétence[822]. Enfin, le requérant ne peut invoquer le bénéfice de cette prorogation qu'à la condition que la demande présentée par lui au tribunal administratif ait le même objet que celle qu'il avait soumise à la juridiction qui s'est déclarée incompétente. Les conditions ci-dessus évoquées concernent l'incompétence au sein de l'ordre juridictionnel administratif mais semblent identiques lorsque la juridiction judiciaire s'est déclarée incompétente au profit de la juridiction administrative[823].

572. En dehors de l'erreur commise par le justiciable ou son conseil dans la détermination de la juridiction compétente, d'autres sources de lenteurs existent, comme la saisine du Tribunal des conflits, la multiplication des questions préjudicielles ou des exceptions d'incompétence. Quel que soit le motif de l'intervention du Tribunal des conflits, sa saisine implique nécessairement un retard quant à l'issu du procès. Selon le dernier rapport annuel de cette juridiction[824], le délai de traitement des affaires jugées pendant l'année 2015, calculé entre la date d'enregistrement et la date de lecture de la décision, est estimé en moyenne à un peu moins de cinq mois. Ce délai de traitement est donc susceptible de ralentir de façon conséquente le déroulement de l'instance.

573. Il en est de même lorsque une question préjudicielle s'impose au juge, qu'il soit administratif ou judiciaire. Dans une circulaire[825] du 31 mars 2015 relative à la présentation du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 à propos du Tribunal des conflits et des questions préjudicielles, il est précisé que la question préjudicielle peut conduire à des délais peu compatibles avec une bonne administration de la justice.

---

[820] Cass. ch. mixte, 24 nov. 2006, n°04-18.610, Bull. ch. mixte, n°11; JCP 2007. II. 10058, note Pétel-Teyssié; D. 2007. 1112, note Wintgen; RTD civ. 2007. 169, obs. Ph. Thery; RTD civ. 2007. 175, obs. R. Perrot.

[821] CE, 13 avr. 1951, Couquet, Rec. 119, Dr. adm. 1982, comm. n° 352.

[822] CE, 23 nov. 1962, n°53921, Sté des produits chimiques de Clamecy, Rec. T. 1070.

[823] CAA Nancy, 5 avr. 1989, n°89NT00080.

[824] Tribunal des conflits, Rapport annuel d'activité 2015, http://www.tribunal-conflits.fr/documents/rapports-annuels/rapport-annuel-activite-tc-2015.pdf.

[825] Circulaire n° JUSC1500786C, BOMJ n°2015-04 du 30 avril 2015.

L'allongement de la durée des procédures lié à la question préjudicielle risque de s'aggraver si le jugement rendu sur ladite question faisait l'objet d'un appel, avant que l'affaire soit éventuellement soumise en cassation à la juridiction suprême compétente. En dépit de la modification du régime de la question préjudicielle par le décret du 27 février 2015 qui prévoit la transmission directe à la juridiction compétente par la juridiction saisie au principal et du caractère de dernier ressort de la décision rendue par la juridiction de renvoi, elle reste un facteur de ralentissement du procès.

574. L'exigence de célérité en droit processuel ne conditionne pas la validité de la procédure, mais cette exigence peut donner lieu à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service de la justice. La Cour européenne des droits de l'homme a mis en cause la dualité juridictionnelle par un arrêt Guillemin c/ France[826] comme une organisation à l'origine de lenteurs. La condamnation prononcée à l'encontre de la France se fonde sur la violation de deux dispositions, le 1er paragraphe de l'article 6 de la Convention et l'article 1er du premier protocole additionnel. Le caractère « raisonnable » de ce délai, qui constitue un standard laissé à l'interprétation du juge, ne peut être apprécié en fonction de la seule durée de la procédure. Il s'apprécie *in concreto* suivant les circonstances de la cause, sur la base d'un faisceau d'indices et en fonction notamment du degré de complexité de l'affaire, du comportement du requérant, ainsi que de celui des autorités nationales compétentes et de la nature du litige. En l'espèce, plus de quatorze ans se sont écoulés, à compter du 19 novembre 1982, date à laquelle Mme Guillemin a engagé devant le tribunal administratif de Versailles son action, jusqu'au mois de janvier 1997, date à laquelle il apparaît que, même si un droit à indemnisation lui a été reconnu dans son principe, le montant de celle-ci ne lui a été ni notifié ni versé. Un tel délai n'est pas, selon la cour, raisonnable, ce qui témoigne, de la part de cette dernière, des réserves à l'égard des conditions de fonctionnement des juridictions compétentes et, plus encore, à l'égard des comportements dilatoires que la complexité du système et sa lourdeur facilitent, voire favorisent. Sans remettre en cause le dualisme juridictionnel dans son principe, la cour en dénonce les conséquences en tant que facteur d'allongement du règlement d'un litige, aussi bien dans le cadre du contentieux de la procédure d'expropriation proprement dite que dans celui consécutif à la constatation de son illégalité. Elle relève les difficultés de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction ainsi que le risque de contrariété de décisions engendré par ce système. Mais ce qu'avant tout elle stigmatise, c'est l'accumulation des lenteurs consécutives à l'obligation faite au

[826] Cour EDH 21 févr. 1997, n°19632/92, Guillemin c/ France ; Rec. 1997-I ; J.-N. Clément, Note sous l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 21 février 1997, Guillemin contre France, Gaz. Pal., 1998, n°200, p.23.

requérant de saisir successivement le juge administratif et le juge judiciaire. La démarche de la Cour européenne des droits de l'homme consiste à appréhender la durée la procédure dans son ensemble et fait prévaloir une vision globale du préjudice subi de ce fait par le requérant. Cette attitude se différencie de celle des juridictions nationales qui opèrent une dissociation de la procédure suivie devant le juge judiciaire et celle suivie devant le juge administratif. Ces éléments nous conduisent à observer que la complexité processuelle liée à la dualité des ordres de juridiction peut conduire à une durée des procès excédant le délai raisonnable visé au 1er paragraphe l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

575. La France a été condamnée, en outre, sur le grief du non-respect du délai raisonnable, parce que le requérant n'avait pu, sur ce terrain, obtenir satisfaction devant les juridictions françaises, dans un contentieux de droit du travail éclaté entre les deux ordres de juridiction, celles-ci ne vérifiant la longueur de la procédure que devant l'ordre juridictionnel auquel elles appartiennent[827]. Pour éviter un déni de justice et de telles condamnations, le Tribunal des conflits a jugé qu'au cas où une procédure se déroulerait devant les deux ordres de juridiction, sa durée (pour apprécier la responsabilité de l'État) serait appréciée par le juge judiciaire qui connaîtra ainsi de l'ensemble de la question, y compris dans les aspects relevant de l'activité des juridictions administratives[828]. Au-delà du délai raisonnable, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'articulation entre les juges judiciaires et administratifs n'ayant pas permis à une personne hospitalisée d'office d'être libérée viole le droit à un recours effectif[829].

576. La rapidité d'un procès est le gage d'une bonne justice. La question du temps est au cœur de bien des controverses et d'intérêts divergents. Par le biais de son rapport d'activité[830] datant de l'année 2007 et de l'année 2008 le Conseil supérieur de la magistrature dresse le constat, « sans surprise » d'un déficit de confiance de la part de la population à l'égard de l'institution judiciaire. Les motifs de défiance les plus souvent cités étant son « caractère inégalitaire » et sa « lenteur » (…) « Le citoyen

---

827 Cour EDH, 4 oct. 2007, n°27314/02, Vallar c/ France.

828 T. confl. 30 juin 2008, n°3681, Époux Bernadet c/ Secrétariat général du gouvernement, Rec. 559 ; AJDA 2008. 1362, obs. J.-M. Pastor ; AJDA 2008. 1593, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; JCP 2008. II. 10153, note D. Cholet ; RFDA 2008. 1074 ; JCP Adm. 2008, n°2273, note O. Renard-Payen ; Dr. adm. 2008, n°157, note F. Melleray ; RFDA 2008. 1165, concl. I. de Silva, note B. Seiller.

829 Cour EDH, 18 nov. 2010, n°35935/03, Baudoin c/ France ; D. 2011. 1713, obs. Bernaud et Gay ; AJ Pénal 2011. 144, obs. Péchillon ; JCP 2011. 189, note Grabarczyk.

830 Les Rapports sont disponibles à cette adresse : http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/rapports-annuels-d-activite.

comprend que la justice puisse être complexe, mais ne supporte pas que cette complexité retarde l'issu du procès qui le concerne directement ou l'intéresse par les enjeux de société qu'il met en jeu[831] ». Le constat dressé par le conseil supérieur de la magistrature s'appuie sur un sondage réalisé en mai 2008 sur la confiance accordée par les citoyens aux différentes institutions républicaines. La justice arrive en sixième position après l'hôpital (89%), l'école (82%), l'armée (81%), la police (76%) et la fonction publique (73%). Les résultats de ce sondage figurent en annexe du rapport 2007 du Conseil national de la magistrature. Bien qu'il ne soit pas l'unique cause du ralentissement d'un procès, le dualisme juridictionnel s'analyse comme un facteur de lenteur, responsable, au moins en partie, du constat de la perte de confiance des justiciables à l'égard de l'institution judiciaire. S'il peut paraître comme un peu marginal, la confusion entre le droit public et le droit privé peut aussi générer des situations discriminatoires entre les justiciables selon s'ils saisissent le juge administratif ou judiciaire.

B / Le risque de discrimination entre les justiciables

577. Les divergences qui sont la conséquence de l'érosion entre le droit public et le droit privé sont susceptibles d'entrainer une discrimination entre les justiciables, et avec cela, d'altérer leur conception de l'idéal de justice. Si des différences dans le traitement peuvent être justifiés par des éléments objectifs, les procédures suivies devant chacune des juridictions des deux ordres juridictionnels et les jurisprudences qui en résultent peuvent aboutir à des discriminations. C'est à dire qu'elles génèrent une différence injustifiée au profit ou à l'encontre des justiciables concernés. L'exemple des jurisprudences judiciaires et administratives à propos du contentieux de l'impôt est topique. La vision très pragmatique que peut avoir le juge administratif, lorsqu'il statue comme juge de l'impôt, s'oppose parfois à l'interprétation littérale que fait le juge judiciaire des mêmes dispositions.

578. Prenons l'exemple de la mention des textes qui fondent la proposition de rectification. À la différence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire se montre plus formaliste en exigeant la mention, au sein des propositions de rectification, des textes ayant un rapport direct avec les rectifications envisagées[832]. Préciser le fondement des rectifications sert à appuyer la motivation de la proposition de rectification et dans le même temps, permet au contribuable de formuler utilement des observations. À cet égard, la simple mention des visas des

---

831 Rapport annuel du Conseil de la Magistrature, 2007, spéc . p.96.

832 v. par exemple : Cass. com. 15 déc. 1987, n°86-15.872, *op. cit.*

textes semble être suffisante[833]. Initialement, la juridiction administrative n'exigeait pas que la proposition de rectification indique les textes fondant les rectifications. Elle a, par la suite, légèrement modifié sa jurisprudence en considérant que l'utilité d'une telle mention s'apprécie au cas par cas et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Mais, même si la juridiction administrative a fait évoluer sa jurisprudence sur ce point, ces différentes solutions impliquent une réelle rupture d'égalité entre les contribuables.

579. Conformément à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel[834], le principe d'égalité devant la justice est inclut dans le principe d'égalité devant la loi et se fonde respectivement sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 et son article 16, posant l'exigence de garantie des droits. Ce principe implique que « si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales[835] ». Pourtant, dans l'illustration susmentionnée, il ne s'agit pas d'une différence de traitement provenant d'une règle édictée par le législateur, mais de l'interprétation discordante d'une règle par les juridictions administratives et judiciaires. Il n'est pas sûr que le principe d'égalité, tel qu'il a été formulé par le Conseil Constitutionnel, pourrait trouver s'appliquer dans le cas présent, même si rien ne nous paraît s'y opposer sérieusement. Pour contourner cette problématique, nous pourrions considérer que c'est l'inaction du législateur qui se trouve à l'origine d'interprétations jurisprudentielles discriminatoires.

580. La justice moderne et idéale à laquelle aspirent tous les citoyens doit être accessible, simple et juste. Le malaise est palpable et il est renforcé par une organisation partiellement inadaptée. L'organisation de la justice autour de la dualité juridictionnelle a pourtant été construite pour permettre une justice plus intelligible, et une répartition des compétences plus simple. Or, le constat actuel est celui d'une complexité croissante. Face aux contrariétés de décisions et les retards, le justiciable peut se trouver désemparé. La qualité de la justice légitimement attendue par les requérants est régulièrement perturbée par les effets néfastes de la dualité juridictionnelle. Lorsque le justiciable souhaite s'adresser au juge pour régler un

---

[833] Cass. com. 3 oct. 1995, n°93-19.585, Sté Ackar, Bull. civ. IV, n°219 ; Dr. fisc. 1996, comm. 81 ; RJF 1995, n°1442.RJF 12/95 n° 1442.

[834] Cons. const., déc. n° 75-56 DC du 23 juill. 1975 Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, Rec. p. 22, Rec. CC. 22.

[835] v. notamment : Cons. const., n° 86-213 DC, du 3 sept. 1986 Loi relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'État, consid. 12. Rec. CC. 122 ; Cons. const., n° 97-389 DC du 22 avr. 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration, consid. 61., Rec. CC. 358.

litige, l'accès à la justice peut s'avérer difficile à cause de la complexité de la répartition des compétences. La compétence ne suit plus nécessairement le fond et le justiciable ou son conseil peuvent éprouver des difficultés quant à la saisine de la juridiction compétente. Lorsque la juridiction compétente est finalement saisie, la dualité juridictionnelle peut encore engendrer des ralentissements de procédure, lorsque par exemple, une exception d'illégalité d'un acte administratif est soulevée devant le juge judiciaire. Enfin, au moment où le juge se prononce, la stabilité et la prévisibilité de la solution est menacée par le risque d'insécurité juridique lié aux divergences jurisprudentielles. C'est à divers stades de la procédure que les inconvénients de la dualité se font sentir. Au moment de saisir la juridiction compétente d'une part, lorsque le juge statue d'autre part, et enfin, lorsque le jugement est rendu. Le débat ne pourrait être totalement objectif si les avantages relatifs à la dualité juridictionnelle, si tant est qu'ils existent réellement, n'étaient pas abordés.

SECTION 2 : DES FAIBLESSES INAPTES À REMETTRE EN CAUSE LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE

581. Les règles et les critères relatifs à la répartition des compétences ont fait l'objet d'une adaptation remarquable, initié par le Conseil constitutionnel et le Tribunal des conflits, afin de permettre à notre système de perdurer dans un contexte de confusion et de complexité du droit (Paragraphe 1). Si cette évolution nous paraît, pour l'heure, incomplète, la disparition de la dualité juridictionnelle par la fusion des deux juridictions ou par la suppression de la juridiction administrative apparaît totalement disproportionnée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'assouplissement progressif mais inachevé des règles de répartition des compétences

582. Par sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel a fait évoluer les concepts juridiques afin qu'ils soient en adéquation avec les catégories qui organisent la science du droit (A). Malgré l'imprécision de ce mécanisme, le développement du principe de bonne administration de la justice se révèle être un outil intéressant parce qu'il permet d'assouplir un système juridictionnel trop rigide (B).

A/ La modulation du contenu des catégories juridiques

583. L'une des corrections effectuées par le juge afin de s'adapter à l'érosion du droit public et du droit privé a été de procéder à une forme de déconstruction des catégories juridiques. L'exemple de la restructuration par le juge constitutionnel du champ d'application des libertés individuelles est assez éloquent. L'interprétation extensive de l'article 66 de la Constitution a permis, dans un premier temps, d'élargir le domaine des libertés individuelles même si le Conseil Constitutionnel a postérieurement retiré certaines d'entre elles du domaine de cet article. C'est grâce à une conception élargie des libertés individuelles, que le juge administratif a pu, avec l'aide de nouvelles techniques juridictionnelles (comme celle du référé-liberté) se positionner comme protecteur des libertés, même individuelles.

584. Très tôt l'article 66 de la Constitution a soulevé des questions quant à la détermination de son champ d'application. Il s'est agi de savoir s'il fallait interpréter l'article 66 comme conférant au juge judiciaire le rôle de gardien de la liberté individuelle, sous-entendu exclusivement gardien du principe « nul ne peut être arbitrairement détenu ». Interprétation restrictive qui n'a pas été retenue par le Conseil Constitutionnel qui a opté pour une jurisprudence très extensive de la liberté individuelle contenue dans l'article 66 de la Constitution. Alors même que cette disposition restreint la protection de la liberté individuelle à l'office du juge judiciaire, le juge constitutionnel a permis, par sa large interprétation de la notion des libertés individuelles, qu'elles soient également défendues par le juge administratif. Si le Conseil Constitutionnel a qualifié de fondamentale un grand nombre de libertés individuelles, il a toutefois progressivement détaché celles-ci de l'article 66 de la Constitution[836]. Ces libertés ayant acquis une certaine autonomie, elles ne sont plus exclusivement protégées par le juge judiciaire, et peuvent être invoquées à l'appui d'une requête aussi bien devant le juge judiciaire que devant le juge administratif.

585. Mais cette distorsion n'est pas uniquement le résultat de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel vis à vis du domaine des libertés individuelles, elle procède d'éléments ayant une portée au moins aussi importante. Le domaine des libertés fondamentales est un thème transversal par nature, dont l'étendue a vocation à dépasser le clivage droit privé/droit public pour faciliter le traitement du contentieux. Par son caractère universel, le thème des droits et libertés échappe à la

836 Ce fut notamment le cas pour la liberté d'aller et venir, de mariage, du droit à la vie privée, de l'inviolabilité du domicile que le Conseil Constitutionnel a rattaché à d'autres dispositions constitutionnelles. Ainsi, le droit à la vie privée a été rattaché à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme ; V. en ce sens : Cons. const., déc., n°99-416 DC du 23 juillet 1999, Couverture maladie universelle, Rec. CC. 100.

rigidité de notre système juridictionnel et l'impératif d'effectivité doit prendre le dessus sur les règles de répartition des compétences. Enfin, et non des moindres, il est essentiel de préciser le rôle déterminant de l'instauration du référé-liberté qui, tout en légitimant l'action du juge administratif, l'a positionné comme le véritable *alter ego* judiciaire en matière de protection de libertés fondamentales individuelles.

586. Dès lors, le juge administratif doit être considéré, au moins en théorie, comme aussi apte que son homologue judiciaire à défendre les droits et libertés fondamentaux même individuels, et se positionner comme un protecteur complémentaire du juge judiciaire. Prenons tout d'abord l'exemple de la liberté d'aller et venir, qualifiée de « fondamentale » par la Cour de cassation et le Conseil d'État, elle constitue également une liberté publique de valeur constitutionnelle aux yeux du Conseil Constitutionnel. Si à l'heure actuelle, la liberté d'aller et venir n'est plus rattachée à l'article 66 de la Constitution par le Conseil Constitutionnel mais à l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme, elle n'en demeure pas moins une liberté attachée à la personne.

587. Cette liberté, connue également sous l'expression de liberté de circulation ou de mouvement, est une liberté du corps, attachée à la personne, permettant à chacun d'entre nous de se mouvoir où bon lui semble, sans que quiconque puisse y porter atteinte de manière arbitraire. Le contentieux relatif à la liberté d'aller et venir est divers et varié et se présente aussi bien devant le juge judiciaire que le juge administratif et ce, dans des proportions identiques. Devant le juge administratif, le moyen tiré de la violation de la liberté d'aller et venir se retrouve le plus souvent dans le cadre des contentieux relatifs aux étrangers, ou au contentieux fiscal. Devant le juge judiciaire, ce moyen est régulièrement soulevé à l'occasion de contentieux relatifs à la garde à vue, au contrôle judiciaire, et sa violation peut également constituer l'élément intentionnel et matériel d'un crime ou d'une infraction[837]. Hormis les spécificités liées à chaque ordre de juridiction, notamment les techniques juridictionnelles propres à chacun d'eux, la violation de la liberté d'aller et venir est soumise aux mêmes principes d'appréciation, qu'elle soit invoquée devant le juge judiciaire ou devant le juge administratif.

588. Dans tous les cas, la violation de la liberté d'aller et venir est systématiquement soumise à un contrôle de proportionnalité par le juge. La proportionnalité est le terme qui ressort des décisions rendues par les juges des deux ordres, on trouve alors la notion d'atteinte « limitée »[838], d'atteinte

837 C'est le cas pour le crime de séquestration prévu à l'article 224-1 du code pénal.
838 Cass crim. 24 sept. 2013, n°13-84.808.

« proportionnée[839] ». Lorsque une tenue de travail est imposée aux salariés qui ont le choix de se vêtir à domicile ou sur le lieu de travail, cette possibilité « doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché [840] ». L'atteinte à la liberté d'aller et venir est parfois justifiée (détention, rétention administrative, contrôle judiciaire, garde à vue) mais doit, dans ce cas, s'accompagner de garanties pour l'individu concerné. Une mise en garde à vue qui a nécessairement pour conséquence de priver le gardé à vue de sa liberté d'aller et venir, est accompagnée d'une notification des droits, dont celui de garder le silence et de la possibilité d'être assisté d'un avocat[841]. Une personne sous contrôle judiciaire, dont la liberté d'aller et venir est restreinte, doit, pour se prévaloir d'une atteinte à cette liberté, démontrer en quoi le contrôle judiciaire porte une atteinte disproportionnée et démontrer cette atteinte de façon concrète.

589. En définitive, la règle posée à l'article 66 de la Constitution dépend, pour son application, de l'interprétation que fait le Conseil Constitutionnel de la notion de liberté individuelle. Ainsi, plus le Conseil Constitutionnel va strictement circonscrire le champ d'application de l'article 66, plus le champ d'application du juge judiciaire en tant que protecteur des libertés individuelles en sera réduit, et inversement. Par sa jurisprudence, le Conseil Constitutionnel impacte de manière significative l'application des règles qui régissent la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif.

590. D'autres exemples existent, notamment en ce qui concerne la protection de la vie privée et familiale que le Conseil Constitutionnel a considéré comme une liberté fondamentale, mais qu'il a pu, au même titre que la liberté d'aller et venir, retirer du champ d'application de l'article 66 de la Constitution. Le Conseil d'État s'est d'ailleurs explicitement positionné comme « co-protecteur » de la vie privée et familiale au coté du juge judiciaire, comme en témoigne un arrêt du 27 avril 2011[842] par lequel, après avoir rappelé le contenu de l'article 9 du code civil, il a estimé que la vie privée ne relevait pas, par nature, de la compétence exclusive des juridictions judiciaires. Par conséquent et en l'absence de dispositions législatives contraires, les demandes indemnitaires liées à des atteintes au droit à l'image, composante du droit au respect de la vie privée, commises par une personne publique dans l'exercice d'un service public administratif relève de la compétence du juge administratif . C'est ainsi que, retiré du champ d'application de l'article 66 et en l'absence de dispositions

839 Cass. civ 1re, 26 sept. 2012, n°11-21.284 ; D. 2012. 2305.

840 Cass. soc., 30 mai 2012, n°11-16.765 , n°11-16.766, n°11-16.767, n°11-16.768, n°11-16.769 (…) ; RJS 8-9/2012, n° 712 ; 11 juill. 2012, n° 11-21.192, RDT 2012. 705, obs. L. Bento de Cavalho.

841 Cass. crim., 25 oct. 2011, n°11-82.780, Bull. crim., n°216; D. 2011. 2731, obs. Girault ; AJ pénal 2012. 101, obs. Ascenci ; D. 2012. 185, note Ravigneaux.

842 CE, 27 avr. 2011, n°314577, *op. cit.*

législatives contraires, la juridiction administrative a pu se déclarer compétente.

591. Le Conseil d'État combine parfois l'application de l'article 9 du code civil et l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les deux étant complémentaires[843]. Il a pu annuler l'article 7 du statut des personnels de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF)[844] relatif aux sanctions infligées sans intervention du conseil du discipline dès lors que les dispositions en cause ne distinguaient pas entre les actes qui se rattachent à la vie professionnelle et les autres, et « dans la mesure où elle impose de mette fin au contrat de travail d'un agent pour une cause tirée de sa vie personnelle sans qu'il ait été apprécié si le comportement incriminé de l'intéressé (...) ».

592. En ce qui concerne la liberté de mariage, désignée comme une composante de la liberté individuelle par le Conseil Constitutionnel[845], le Conseil d'État a annulé pour excès de pouvoir[846] une décision ministérielle qui, en application de l'article 14 de la loi du 13 juillet 1972, avait refusé l'autorisation préalable à un militaire de se marier avec sa future conjointe, de nationalité étrangère. Cette décision était justifiée, selon le ministre, par le fait que ce mariage « contribuerait à fragiliser la situation d'un officier qui pourrait se trouver exposé à des pressions de toute nature dans le cadre de ses activités ». Toutefois, en relevant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le mariage de M. X aurait une incidence sur la portée de l'habilitation au « secret défense » dont il est titulaire. Par conséquent, il en conclut que le motif invoqué par le ministre n'est pas de nature à justifier légalement la décision attaquée.

593. À propos d'une expulsion, le Conseil d'État a jugé qu'une requérante qui occupait irrégulièrement un logement ne pouvait se prévaloir d'une atteinte à une liberté individuelle. La haute juridiction conclut que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit et que la requérante ne saurait se prévaloir d'une atteinte portée à l'inviolabilité de son domicile[847]. Le moyen tiré de la violation de domicile est

---

843 CE, 18 nov. 2011, n°s 335532, 335559, 341983, 342071, 347892, 348079,349647, Association des avocats pour la défense du droit des étrangers, Rec. 568 ; AJDA 2012. 217, concl. D. Botteghi; *ibid.* 2011. 2265 ; D. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

844 CE, 2 juill. 2008, n°s 309647, 310174, Devulder, Rec. 259 ; AJDA 2008. 1365 ; Dr. adm. 2008. 108, note Melleray. ; À rapprocher de Cass. crim. 4 avr. 2007 : n°07-80.267.

845 Cons. Const., déc., n°2003-484 DC du 23 nov. 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, Rec. CC438, D. 2004. 1405, note Lecucq ; RTD civ. 2004, p. 65, obs. J. Hauser ; Cons. Const., déc., N°2012-261 QPC du 22 juin 2012, Rec. CC. 312 ; AJ fam. 2012. 466, obs. Chénedé ; RTD civ. 2012. 510, obs. Hauser ; Dr. fam. 2012, n° 132, note Larribau-Terneyre.

846 CE, 15 déc. 2000, n°212068, Nerzic, Rec. 104 ; D. 2002, somm. p. 533, obs. J.-J. Lemouland; RTD civ. 2001, p. 335, obs. J. Hauser; RFDA 2001, p. 730, note J. Gourdou et S. Perdu.

847 CE, 25 mai 2005, n°274340.

ici opérant, mais en l'espèce, manifestement infondé. Même solution[848] à propos d'une demande tendant à l'abrogation de l'article R. 4127-269 du code de la santé publique qui impose à tout chirurgien, pour exercer à titre individuel ou en association de bénéficier, notamment, directement ou par l'intermédiaire d'une société d'exercice ou de moyens du droit à la jouissance, en vertu de titres réguliers, d'un local professionnel, d'un mobilier meublant, d'un matériel technique suffisant pour recevoir et soigner les malades, et, en cas d'exécution des prothèses, d'un local distinct et d'un matériel approprié. Le quatrième alinéa de cet article précise qu'il appartient au conseil départemental de vérifier à tout moment si les conditions précitées sont remplies. Le requérant sollicitait l'annulation de cette disposition en raison des pouvoirs donnés aux conseils départementaux, car ils seraient, selon lui, susceptibles de porter atteinte à un principe de valeur constitutionnelle, notamment celui de l'inviolabilité du domicile. Le Conseil d'État rejeta la requête, considérant que les dispositions contestées se bornent à permettre aux conseils départementaux de l'ordre des chirurgiens-dentistes d'accéder aux locaux professionnels et ne leur confère aucun pouvoir de contrainte matérielle, de perquisition ou de saisie.

594. Une réécriture de l'article 66 de la Constitution nous permettrait sans doute de rendre compte d'une certaine réalité, qui nous amène à constater que le juge administratif se positionne comme un véritable protecteur des libertés, même individuelles. Pour le moment, l'article 66 garde néanmoins une certaine pertinence grâce aux interprétations du Conseil Constitutionnel qui d'une part, limite la compétence du judiciaire à l'existence d'atteintes graves et d'autre part, exclut du champ d'application de l'article 66 un certain nombre de libertés dont « la liberté d'aller et venir » qui ne sont alors plus tributaires des limites de compétences posées par cette disposition. La modulation des catégories juridique n'est pas la seule adaptation apportée au fonctionnement de la dualité juridictionnelle, comme en témoigne l'apparition de la notion de bonne administration de la justice.

B/ L'imprécision de la notion de bonne administration de la justice

595. Qu'est-ce que la bonne administration de la justice ? La réponse ne se trouve pas dans les textes, encore moins dans la jurisprudence. Pourtant consacré comme objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel, il n'existe pas de définition légale de la bonne administration de la justice. La doctrine a tenté d'en dégager les contours, en proposant deux acceptions de la bonne administration de la justice. Selon une conception étroite, cette notion se définit comme la : « simple et

848 CE, 16 janv. 2008, n°294629, Bessis, Rec. T. 585.

seule justification de mesures exceptionnelles aptes à rendre plus aisés la mise en œuvre et le déroulement de l'instance juridictionnelle ». Selon une conception plus large, il s'agit de « l'ensemble des critères et conditions que doit remplir toute justice pour être bien administrée [849]».

596. Une définition plus globale de la bonne administration de la justice pourrait être envisagée, en retenant qu'elle est une mise en œuvre ponctuelle de moyens permettant un fonctionnement optimal et effectif du service public de la justice. Cette notion est extrêmement large et floue, et par conséquent, son application est difficile à appréhender. Le flou qui entoure cette notion s'observe à travers son application par les juridictions suprêmes dont la jurisprudence se caractérise par un fractionnement de la notion, laissant apparaitre des nuances. Comme le relève très justement Olivier Gabarda[850], le Conseil d'État fait référence sans distinction à « l'intérêt d'une bonne justice », aux « motifs de bonne administration de la justice », à la « bonne administration de la justice », ou au« bon fonctionnement du service public de la justice ». Le Conseil Constitutionnel, quant à lui, évoque « l'intérêt de la bonne administration de la justice » ou du « souci de bonne administration de la justice », tout en employant également l'expression « brute » de « bonne administration de la justice ». La Cour de cassation emploie, elle aussi, plusieurs termes comme « notion de bonne administration de justice » ou « exigences de bonne administration de la justice » ainsi que les expressions « principe d'ordre public de la bonne administration de la justice » et « principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice ».

597. Peu importe les diverses formes qu'elle peut revêtir, ce concept a été posé par le Conseil Constitutionnel, dans sa décision « Conseil de la concurrence[851] » pour déroger aux règles de répartition des compétences. Après avoir clarifié la répartition des compétences et posé une réserve de compétence au profit de la juridiction administrative, le Conseil constitutionnel a ajouté que « dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ». Cette dérogation à la compétence respective des deux ordres de juridiction peut être perçue comme une forme d'aveu de faiblesse des règles actuelles, et plus globalement, sur la rigidité du système

[849] J.-M Favret, *op. cit*
[850] O. Gabarda, L'intérêt d'une bonne administration de la justice, RDP 2006, n°1, p.153
[851] Cons. const., n°86-224 DC, *op. cit.*

juridictionnel français. Il est admis que puissent être mises en œuvre des exceptions à la séparation des pouvoirs, parce que cette séparation ne répond plus, en l'état actuel, aux exigences de notre droit contemporain.

598. Comme l'explique le professeur Jacques Robert[852], la justice « est faite pour les justiciables » et « une justice bien administrée est une justice à la fois accessible, sereine et efficace ». La répartition de plus en plus complexe des compétences due à la présence de deux ordres de juridiction distincts, rend l'accès à la justice moins accessible et moins compréhensible, aussi bien pour le justiciable que pour son conseil. Le raisonnement du Conseil Constitutionnel mérite d'être étudié en ce sens qu'il fait prévaloir un objectif à valeur constitutionnelle sur une règle de répartition des compétences à valeur d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

599. Cette décision est fondamentale à un double point de vue. D'une part, elle énonce que les articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, dont découle le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives n'ont pas, en elles-mêmes, valeur constitutionnelle. D'autre part, elle réitère ou consacre une partie du champ des compétences de chacun des deux ordres juridictionnels. La juridiction judiciaire se voit reconnaître le « noyau dur » des matières réservées « par nature » à l'autorité judiciaire, même lorsqu'elles entrent dans le champ d'action de l'administration. Il s'agit de tout ce qui touche à la liberté individuelle (article 66 de la Constitution) ou à la propriété privée immobilière. La juridiction administrative se voit aussi reconnaître un « noyau dur », il s'agit de l'annulation et de la réformation des seuls actes de puissance publique pris par les autorités administratives. En contrepartie, le législateur est libre en opportunité, de confier aux juridictions judiciaires, la connaissance d'autres contentieux des services publics, ainsi de tout le contentieux de la responsabilité qui est en dehors de la réserve de compétence au profit de l'ordre administratif.

---

852 J. Robert, La bonne administration de la justice, AJDA 1995, p. 118 ; v. également sur le même thème H. Pauliat, Bonne administration de la justice, bonne justice ? JCP A 2014, n°4, p.5 ; A. Meynaud, La bonne administration de la justice et le juge administratif, RFDA 2013, n°5, p. 1029 ; H. Pauliat, Retour sur la notion de bonne administration de la justice, AJDA 2012, n°11, p. 587 ; G. Mattias et X. Domino, Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice, AJDA 2012, n°1, p. 27 ; J.-M. Favret, *op. cit* ; R. Chapus, Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : L'intérêt d'une bonne administration de la justice, RDP 2003, n°1, p.3 ; N. Laval, La bonne administration de la justice, LPA 1999, n°160, p.12 ; P. Buffeteau, Reflexions sur l'intérêt d'une administration de la justice en matière pénale, Revue pénitentiaire et de droit pénal, n°3, p. 168.

600. Sont ici confrontés, le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel, chaque ordre de juridiction dispose d'un noyau de compétence et l'objectif à valeur constitutionnelle qu'est la bonne administration de la justice. Il ne s'agit pas d'une réelle confrontation, dans la mesure où un principe fondamental reconnu par les lois de la République et un objectif à valeur constitutionnelle n'ont pas la même portée. Dans l'actuel partage des compétences, tel qu'il est consacré par le principe fondamental reconnu par les lois de la République, l'objectif vient tenter de corriger les imperfections de ce partage. Le législateur doit veiller à ce que le partage de compétence procède d'une justice accessible. Si tel n'est pas le cas, il fait alors prévaloir l'objectif de bonne administration de la justice et déroge aux règles de compétence établies.

601. Pour autant, l'objectif de bonne administration de la justice est-il atteint ? Les esprits les plus critiques diront que cet objectif contribue peut-être à rendre les règles de répartition de compétence encore plus complexe qu'elles ne l'étaient auparavant. Cette dérogation apporte une complexité supplémentaire en ce qu'elle permet au législateur de créer des dérogations à des règles de compétence déjà obscures et entraîne alors un enchevêtrement entre règles de répartition des compétences complexes et dérogations tout aussi complexes. L'objectif de bonne administration de la justice manque d'un certain degré de précision pour permettre de jouer son rôle. Cette règle, encore à l'état d'ébauche n'est pas sans conséquences pour le justiciable qui en supporte les principaux inconvénients. En dépit de ces ajustements parfois encore imprécis, l'idée d'abandonner la dualité juridictionnelle nous paraît toutefois excessive.

Paragraphe 2 : L'abandon de l'idée de la disparition de la dualité juridictionnelle

602. Compte tenu des précédents développements, la question de l'avenir de la dualité juridictionnelle apparaît comme un questionnement légitime. Il convient, dans un premier temps, de s'interroger sur la pertinence de cette organisation juridictionnelle (A). Dans un second temps, il faudra examiner la faisabilité et l'opportunité des propositions visant à la fusion des juridictions administratives et judiciaires ainsi que celle visant à supprimer des juridictions administratives (B).

A / Une organisation toujours pertinente

603. Jacques Caillosse[853] estime que les disqualifications du dualisme ne sont pas convaincantes et détaille les différentes critiques d'ordre techniques et idéologiques. Les critiques techniques sont la difficulté et la complexité des règles de répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif, et, selon l'auteur, les contrariétés de jurisprudence. Les critiques d'ordre idéologique sont celles qui mettent en lumière l'existence d'un traitement privilégié à l'égard de l'administration. Nous partageons l'idée de l'auteur selon laquelle les évolutions de la juridiction administrative ne permettent plus de considérer que l'administration jouirait d'un quelconque privilège à travers le juge administratif. Là où nous ne sommes pas tout à fait en accord, c'est lorsque l'auteur prétend qu'il existe « une dramatisation » autour des critiques techniques de la dualité juridictionnelle. D'une part, il existe une réelle complexité, qui ne cesse d'ailleurs de s'accroître autour de ces règles de répartition des compétences, qui perdent peu à peu de leur pertinence et de leur clarté. D'autre part, si l'auteur fait spécifiquement référence aux contrariétés de jurisprudence, l'idée de divergence dépasse pour nous le simple domaine de la jurisprudence. Les contrariétés peuvent également naître de règles de procédure ou d'organisation et avoir un impact négatif sur la situation du justiciable. Nous pensons que le terme de dramatisation n'est pas adéquat car il y a des réels enjeux pour le justiciable même si de façon générale, la cohérence du système n'est pas affectée dans sa substance.

604. Le bilan ne serait pas complet si les avantages de la dualité juridictionnelle n'étaient pas abordés. Les avantages principaux sont, selon nous, au nombre de deux. Il s'agit d'une part, d'un dialogue ou d'un mouvement constructif qu'encouragerait ce type d'organisation juridictionnelle et d'autre part, l'extrême spécialisation des juges administratifs permettant de traiter au mieux, les questions posées par le contentieux public. Dans le cadre de leurs oppositions, qui finissent souvent par cesser, soit par l'intervention du législateur, soit par leurs propres volontés, il n'est pas impossible de percevoir un dialogue constructif entre les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire. Les interprétations qui consistent à donner un sens à un texte, sont par nature fragiles et peuvent différer d'un juge à un autre. Ces interprétations sont parfois divergentes au sein d'un même ordre et les risques qu'elles se multiplient sont encore plus élevés lorsqu'il s'agit d'interprétations par des juges de deux ordres différents sur un même point. Bien que certains points de droit soient interprétés de

[853] J. Caillosse, Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel in Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites, sous la direction de A. Van Lang, Dalloz, Paris, 2007, p.188 et 189 ; v. également dossier débat « L'avenir du dualisme juridictionnel », AJDA 2005, P.1760 et suivants ; B. Stirn, Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel, Justices 1996, n°3, p.41 ; D. Truchet, Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel, Justices 1996, n°3, p. 53.

la même manière par les juridictions des deux ordres, le risque de désaccord est parfois bien présent. En résulte alors une situation d'insécurité juridique, qui fait peser continuellement sur le justiciable, le risque de supporter les effets d'une divergence. Ces effets génèrent une incertitude quant à la réalisation et l'application du droit.

605. Peut-on malgré tout, tenter de distinguer à travers les oppositions jurisprudentielles, une forme de dialogue constructif ? Il s'agit ici d'évoquer la situation dans laquelle les juridictions des deux ordres, saisies d'un contentieux commun, contribuent, par une forme de « dialogue interposé », à affiner une solution ou à faire évoluer le droit. La dualité juridictionnelle, même si elle sépare les juges, ne les enferme pas pour autant dans un champ dont l'autre serait totalement exclu. Ainsi, par jurisprudences interposées, les juridictions suprêmes marquent leurs unions comme leurs désaccords. Ce sont précisément ces oppositions, qui n'en restent pas moins des dialogues, qui contribuent au final, à une harmonisation ou une construction. C'est en s'opposant que les juridictions peuvent entretenir une forme de dialogue constructif, souvent unificateur. Citons par exemple, le rapprochement de la jurisprudence administrative de celle de la jurisprudence judiciaire, à propos de la notion de groupe, dans le cadre du contentieux relatif au licenciement de salariés protégés. Comme le décrit Stéphane Brotons[854], les réponses apportées à la question de savoir comment doit être défini le groupe étaient, au départ, différentes. Initialement, le juge judiciaire retenait une notion très pragmatique fondée sur la notion de possibilité de permutation de tout ou partie du personnel[855], de sorte que le groupe au sein duquel les possibilités de reclassement doivent être recherchées ne se confond pas avec le groupe juridiquement défini par l'article L. 2331-1 du code du travail relatif à la constitution du comité de groupe. Le Conseil d'État, pour sa part, s'en était tenu jusqu'à présent à une définition classique de la notion de groupe reposant sur l'existence d'une société mère. Il avait ainsi écarté toute obligation pour un employeur de rechercher les possibilités de reclassement dans une société avec laquelle l'entreprise entretenait "des relations étroites... dès lors que ces deux sociétés ne constituent pas un groupe[856] " ». L'auteur évoque ensuite l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État, qui, dans une décision du 5 décembre 2008[857] a jugé « que pour se prononcer sur l'existence d'un groupe au sein duquel peuvent être recherchées des possibilités de reclassement, le juge n'était pas tenu de se référer expressément aux dispositions de l'article L. 439-1 du code du

---

[854] S. Brotons, Une définition pragmatique du groupe, Semaine sociale Lamy, 2015, n°1686.

[855] Cass. soc., 25 juin 1992, n° 90-41.244, Bull. civ. V, n°420 ; Dr. soc. 1992. 826, concl. Kessous ; *ibid.* 1993. 272, note Urban ; JCP E 1992. I. 197, n°5, obs. Coursier ; v. également : Cass. soc. 23 mai 2007, n° 05-45.541.

[856] CE, 10 mars 1997, n° 164645, SA Application techniques des plastiques, Rec. T. 1109.

[857] CE, 5 déc. 2008, n°299166, Société HGP GAT Filatures.

travail relatives au comité de groupe devenu article L. 2331-1 du même code ». Rappelons que cet article prévoit qu'« un comité de groupe est constitué au sein du groupe formé par une entreprise appelée entreprise dominante et les entreprises qu'elle contrôle ». C'est ainsi que l'auteur rapproche cette évolution d'un récent arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles, au sein de laquelle il préside une chambre. Selon ses termes, la cour administrative d'appel s'est inspiré de l'arrêt du Conseil d'État « en retenant une notion pragmatique du groupe, basée sur l'usage de la technique du faisceau d'indices[858] ». Ce n'est plus à travers la recherche de l'existence d'un comité de groupe, d'une société mère ou d'une société dominante, ni par l'existence d'une société exerçant un contrôle ou même une influence notable sur la société en cause que le juge administratif qualifie l'existence d'un groupe. Désormais, les critères tirés de l'activité exercée par chaque entreprise, de l'existence d'une permutabilité du personnel entre les diverses sociétés concernées, ainsi que les liens capitalistiques qui peuvent exister entre différentes personnes morales peuvent permettre de caractériser l'existence d'un groupe[859].

606. Il en est de même à propos de l'appréciation du sérieux du motif économique du licenciement. Marie-France Mazars et Bernard Stirn ont étudié l'évolution des jurisprudences administratives et judiciaires pour constater l'évolution progressive de la jurisprudence du Conseil d'État vers celle de la Cour de cassation. Initialement, le Conseil d'État émettait une certaine réserve quant à l'appréciation du caractère sérieux du motif économique faite par la Cour de cassation. Selon la jurisprudence de cette dernière, l'employeur n'est pas « le seul juge en matière de gestion ». Le licenciement économique peut s'effectuer « à la condition d'être décidée dans l'intérêt de l'entreprise, une réorganisation de celle-ci peut constituer une cause économique de suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail [860] ». La Cour de cassation fait désormais prévaloir, dans l'appréciation de la validité du motif économique invoqué tant à l'appui d'un licenciement, que d'une modification substantielle du contrat de travail, la notion de sauvegarde ou de maintien de la compétitivité de l'entreprise[861]. Cette notion est appréciée au niveau de l'entreprise ou, si celle-ci appartient à un groupe, au niveau du secteur d'activité du groupe.[862]

607. Au delà du dialogue indirect qu'entretiennent les juridictions suprêmes, il faut relever que nombreuses sont les divergences jurisprudentielles qui prennent fin par l'adhésion d'une des juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire à la

---

[858] S. Brotons, *op. cit.,* n°1686.

[859] *Ibid.*

[860] Cass. civ., 1er avr. 1992, n°90-44.697, Bull. civ. V, n°223 ; D. 1992. 155.

[861] Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 96-43.374, Bull. civ. V, n°568 ; Cass. soc., 23 juin 1999, n°97-42.224.

[862] Cass. soc., 21 sept. 2005, n°03-47.065 ; Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 04-41.789.

jurisprudence de son homologue. Ce constat permet de relativiser l'existence de divergences mais ne permet pas d'effacer les conséquences préjudiciables que ces divergences sont susceptibles d'avoir sur la situation personnelle des justiciables. L'idée serait de voir dans l'opposition des deux juridictions un « échange » indirect dont l'effet serait de permettre une évolution constructive du droit. Il faut alors voir ces conflits de manière positive, comme constituant une source d'impulsion. L'existence d'une synergie entre les deux ordres de juridictions semble toutefois assez relative et ne nous convainc pas totalement. Si cette impulsion existe, elle ne peut éluder les effets négatifs des divergences.

608. Si la concurrence des systèmes induit un dialogue constructif entre les juridictions, elle permet également de faire évoluer les règles de fonctionnement des juridictions. Pour exister, la juridiction administrative s'est construite en opposition avec la juridiction judiciaire et elle a évolué en adoptant les principaux traits de la justice judiciaire. Grâce à cette concurrence, son organisation s'est transformée, offrant des juridictions de premières instances et la possibilité de former un appel devant les cours administratives d'appel. Elle s'est également dotée de procédures d'urgences et de pouvoirs d'injonction lui permettant d'assurer l'effectivité de ses décisions de justice. Nous pensons que la concurrence des systèmes a induit un perfectionnement, particulièrement à l'égard de la juridiction administrative.

609. Le second avantage, comme nous l'avons évoqué, réside dans la spécialisation des magistrats qui composent la juridiction et par conséquent, la très bonne connaissance des contentieux portés devant eux. L'étude de la jurisprudence relative à la mise en œuvre par le juge judiciaire de son pouvoir d'interprétation et d'appréciation révèle de réelles hésitations et parfois même, une certaine difficulté à s'approprier la technicité du contentieux administratif. Malgré les interconnexions entre les juges et les difficultés qui en découlent, il faut noter la capacité des juges, judicaires comme administratifs, à s'adapter aux nouveaux contentieux. Les relatifs avantages ci-dessus évoqués ainsi que la pluralité d'inconvénients de cette dualité juridictionnelle amènent le lecteur à se questionner sur les justifications du maintien d'une telle organisation juridictionnelle.

610. Pour Jacques Caillosse, les justifications du maintien de cette dualité juridictionnelle s'expliquent par des considérations qui ne sont pas juridiques, il estime que la jurisprudence du juge administratif ne relève pas seulement de l'exégèse juridique : « il faut compter avec sa fonction majeure de régulation politique (…) la pérennité de l'institution trouve une part de son explication et de sa légitimation fans les effets sociaux de la jurisprudence[863]». Nous pensons néanmoins

[863] J. Caillosse, *op. cit.* p.195.

qu'une justification purement juridique existe et peut se joindre à celle que nous venons d'évoquer. Bien que le droit public tend à se « banaliser » parce que le juge administratif utilise le droit commun et que le juge judiciaire peut, dans différentes hypothèses, juger l'administration, nous estimons que le droit public continuera de se construire à travers des spécificités irréductibles nécessitant un traitement particulier par un juge spécialisé. Nous avons pu, en outre, constater une certaine maladresse du juge judiciaire vis-à-vis des règles du contentieux public et à ce titre, le juge administratif conserve toute sa pertinence. Au vu de ces différentes constatations, l'unité juridictionnelle nous paraît ainsi difficile à concrétiser.

B/ L'utopie des propositions visant à l'unité juridictionnelle

611. Les difficultés engendrées par la dualité juridictionnelle ont été le support de propositions visant à fusionner les juridictions administratives et judiciaires (1°) ou à supprimer la juridiction administrative (2°). La problématique relative à l'avenir de la dualité juridictionnelle ne pouvait être évoquée sans étudier les différentes propositions précitées. Toutefois, nous précisions d'emblée que ces propositions ne nous paraissent, en pratique, ni souhaitables, ni réalisables.

1° La difficile fusion des juridictions administratives et judiciaires

612. Dans les mélanges consacrés à Jean-Bernard Auby, Didier Truchet[864] a consacré sa contribution à la problématique suivante : Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ? Il précise immédiatement et nous rejoignons cette idée, qu'il n'envisage pas la suppression de la juridiction administrative mais se pose la question de la réunion de la juridiction administrative et judiciaire. Didier Truchet a d'abord voulu établir un bilan, en examinant, tour à tour, les avantages et les inconvénients actuels de la dualité juridictionnelle. Parmi les avantages, il évoque l'existence de deux corps de règles et l'existence d'un système solide, bien établi. Si l'auteur fait référence à la *summa divisio* lorsqu'il évoque deux corps de règles, nous pouvons d'ores et déjà estimer que ce n'est plus un avantage compte tenu de la confusion entre les deux catégories du droit. En ce qui concerne les inconvénients, ce sont ceux que nous avons déjà évoqués précédemment, à savoir la complexité des

[864] D. Truchet, Fusionner les juridictions administratives et judiciaires, in Mélanges J.-B Auby, Dalloz 1992, p.335 ; v. également Ph. Léger, Le dualisme juridictionnel a t-il encore une raison d'être ?, in Mélanges J.-F Burgelin, Dalloz, 2008, p. 233 ; J. Boulouis, Supprimer le droit administratif ?; Pouvoirs, n°46, 1988, p.7 ; R. Chapus, Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique, RFDA, 1990, p.739 ; M. Bazex, l'implosion du dualisme de juridiction, Pouvoirs, n°46, 1988, p.35.

règles de répartition des compétences, les contrariétés ou divergences de jurisprudence, l'émiettement juridictionnel. Il évoque ensuite les avantages et les inconvénients liés à la mise en œuvre de la fusion des juridictions administratives et judiciaires. Les principales difficultés sont d'ordre techniques, et seraient de nature à créer un « vaste désordre transitoire[865] ». Il s'inquiète ensuite des conséquences que pourrait avoir cette fusion sur la distinction du droit public et du droit privé. Comme nous l'avons déjà évoqué[866], cette distinction est déjà affectée de façon substantielle et à l'heure actuelle, la véritable difficulté serait pour nous la mise en œuvre technique de cette fusion. Quant aux avantages, cette fusion permettrait, selon l'auteur, un fonctionnement plus harmonieux, plus efficace du service public de la justice. De ce bilan, et comme l'auteur le précise, aucune réponse évidente ne se dégage. Malgré l'indécision, l'auteur[867] se demande s'il est possible de réaliser cette fusion, et conclut par une réponse positive avec cependant quelques réserves. La faisabilité de cette fusion semble possible, eu égard au degré de similarité en terme de structure, de statut, d'organisation de procédure que présentent les deux juridictions [868] . Certains obstacles, comme la reconnaissance constitutionnelle implicite de la dualité juridictionnelle, l'utilité de la spécialisation des juges, les différences culturelles (…) ne sont pas insurmontables mais néanmoins difficiles à franchir.

613. Les dysfonctionnements actuels de la dualité juridictionnelle ne nous paraissent pas justifier que soit mise en place une fusion entre la juridiction administrative, compte tenu des difficultés de mise en œuvre qui, bien que surmontables, s'avèrent ardues. Nous pensons néanmoins que les règles de fonctionnement de la dualité juridictionnelle gagneraient à être, au moins partiellement, modifiées. Nous proposerons à la fin de cette thèse, plusieurs suggestions visant à améliorer son fonctionnement.

2° La suppression de la juridiction administrative

614. La question de la pérennité de la dualité de juridiction s'est posée à de nombreuses reprises, dès la période de la Restauration, jusqu'aujourd'hui encore. Les différentes étapes de cette contestation reflètent l'opposition, parfois brutale, entre publicistes et privatistes. La juridiction administrative fait régulièrement l'objet d'attaques motivées par le désir de voir cette juridiction disparaître. La question de la

[865] D. Truchet*, op. cit.,* p.341.
[866] v. n°33 et s.
[867] D. Truchet*, op. cit.,* p.342 et s.
[868] v. n°210 et s.

suppression de la dualité de juridiction est alors très souvent ramenée à la question de savoir s'il faut supprimer la juridiction administrative. Magalie Jorat[869] a très précisément retracé l'évolution de cette contestation, dont il ne sera repris ici que quelques passages.

615. Selon l'auteure, les premières contestations envers la juridiction administrative étaient de nature politique, lui reprochant d'être trop arbitraire et inéquitable. La méfiance s'élevait à l'égard du Conseil d'État qui cumulait fonction consultative et contentieuse. Les critiques sont devenues plus « techniques » et pointaient l'insuffisance des garanties apportées à l'individu. Dans un premier temps, née et développée au sein de l'administration, l'idée de justice rendue par la juridiction administrative pouvait représenter une entorse au principe de séparation des pouvoirs qui impliquait l'indépendance du juge à l'égard des autres pouvoirs. Les opposants accusaient cette justice de partialité, mais c'est à la fin du XIXe siècle que le refus de la justice administrative atteignait son paroxysme, motivé par une crainte de l'étatisme. L'administration ne pouvait être que soumise à la justice civile, qui se présentait comme une véritable justice avec toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité. Cette critique était liée aux conditions de la création du Conseil d'État et précisément par le système de la justice retenue, impliquant la consultation du Conseil d'État par l'administration sur les réclamations présentées par les administrés, le Chef de l'État se réservait l'exercice de la justice. De ce fait, le Conseil d'État n'était pas perçu comme une véritable juridiction, il ne disposait d'aucun pouvoir de décision.

616. Ces facettes à la fois judiciaires et politiques ont valu au Conseil d'État la persistance des critiques notamment celle de constituer une menace pour les libertés publiques. L'auteur souligne que même « les magistrats s'élevaient contre le Conseil d'État, en raison de l'empiètement de l'autorité administrative sur leurs compétences (…) ». Plusieurs fois, elle refusa de reconnaître et d'appliquer une pénalité établie par les soins du Conseil d'État et rendit des décisions en opposition avec son interprétation de la loi[870] ». L'ordonnance du 1er juin 1828 relative aux conflits d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative apaise les rapports avec les magistrats. La question de la répartition des compétences n'était pas pour autant réglée. L'année 1828 avait été marquée par des débats forts animés par la doctrine sur la définition du contentieux administratif et du mot « administration », cette dernière intervenant dans les rapports entre l'individu et le pouvoir exécutif.

[869] M. Jorat, Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats, RFDA 2008, p. 456.
[870] M. Jorat, *op. cit.* p. 456.

617. Au fil des années, le Conseil d'État se consolida et les critiques relatives à l'absence de garanties procédurales et statutaires ont progressivement disparues grâce aux réformes permettant l'amélioration des règles d'organisation du Conseil d'État, comme celles relatives à l'absence de garanties procédurales et statutaires. Ainsi, l'ordonnance du 2 février 1831 assura la publicité des audiences et les observations orales des avocats des parties, et l'ordonnance du 12 mars 1831 créa un ministère public. Quelques années plus tard, un statut légal fut donné au Conseil d'État avec la loi du 19 juillet 1845. À cette occasion, la composition ainsi que les fonctions de l'institution avaient été légalisées. En outre, la Constitution du 4 novembre 1848 régla dans un chapitre la désignation et le rôle des conseillers d'Etat dans la procédure d'adoption des projets de loi et de règlements. Et la IIe République fit du Conseil d'État un organe de justice déléguée par deux lois des 3 mars 1849 et 4 mai 1850. L'objectif était d'empêcher que le gouvernement soit à la fois juge et partie.

618. À partir du second Empire, les critiques ne cessaient pas, les adversaires du dualisme juridictionnel rejetaient la justice administrative à tous ses niveaux parce qu'elle incarnait l'étatisme, cette forme de toute puissance. La juridiction administrative avait pour mission de juger l'administration qui refusait d'être soumise aux mêmes règles et aux mêmes juges que les simples particuliers. Les conseils de préfecture, créés par la loi du 28 pluviôse an VIII, n'étaient donc pas épargnés par ce mouvement de contestation, en raison notamment, de leur association avec l'administration du département qui aboutissait à une confusion des pouvoirs. Les critiques étaient telles le Conseil d'État faillit disparaître. Malgré le passage à la justice déléguée[871], certains auteurs persistaient à préférer la justice ordinaire, car la juridiction administrative, qui incarnait le pouvoir administratif, menaçait la liberté civile que seul le juge judiciaire pouvait préserver. Pour d'autres, la juridiction administrative se révélait inutile, dans la mesure où le juge judiciaire était tout à fait capable de juger le contentieux administratif.

619. Au regard de ces critiques et des propositions qui en découlent, la suppression de la justice administrative impliquait que le juge judiciaire se prononce sur des litiges entre des personnes privées et des administrations publiques. À cette proposition les partisans de la dualité juridictionnelle opposaient le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. La loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire énonçait dans en son article 13 que « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque

[871] La loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits ; CE 13 déc. 1889, Cadot, Rec. 1148.

manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrations pour raison de leurs fonctions ». Cette loi marquait une grande méfiance vis-à-vis des Parlements de l'Ancien Régime que l'Assemblée constituante avait décidé de supprimer. Mais, afin d'éviter que de nouvelles juridictions maintiennent leur opposition, elle avait mis en place une véritable interdiction aux juges judiciaires de s'immiscer dans l'administration active sans pour autant préjuger de l'attribution du contentieux administratif. Sur ce dernier point, la loi avait été interprétée dans un sens très largement favorable à la compétence du juge administratif. Pour les opposants à la justice administrative, la compétence du juge judiciaire vis-à-vis du contentieux administratif ne présentait pas d'incompatibilité avec le principe de séparation des autorités. Mais, la décision Blanco du Tribunal des conflits consolida l'existence et la compétence des juridictions administrative en écartant les principes établis par le code civil et en affirmant le caractère spécial des règles applicables aux services publics. Cette jurisprudence légitimait ainsi le pouvoir normatif du Conseil d'État, ce qui « marquait la défaite du libéralisme centré sur les droits individuels ».

620. Au cours du XIXe siècle, la juridiction administrative se transforma peu à peu pour devenir un élément essentiel du paysage juridique français, sous l'effet de plusieurs facteurs et parmi eux, les réformes sur les garanties procédurales et statutaires, le passage à une justice déléguée et la jurisprudence du Conseil d'État offraient un terrain beaucoup moins favorable à la thèse de la suppression. Pourtant, les critiques étaient toujours là et l'ordre judiciaire conservait une forme de méfiance et peu de considération pour les magistrats de l'ordre administratif qui n'étaient en quelque sorte que des usurpateurs. De nombreuses critiques persistaient pendant la plus grande partie du XIXe siècle. L'auteure livre ainsi quelques citations de personnages aux avis parfois très sévères à l'égard de la juridiction administrative. « L.A. Pichon, ancien haut fonctionnaire de l'Empire, qui, au lendemain de la chute de ce dernier, critique le Conseil d'État aussi bien dans son rôle de conseiller que de juge : « Dans la partie judiciaire de ses attributions, le Conseil d'État n'a pas eu des résultats moins funestes. On l'a investi de bonne heure de ce qui s'est appelé depuis la Révolution juridiction administrative, espèce d'attribution monstrueuse qui porte [...] un caractère vague dans sa définition qui en fait le vice essentiel. Cette juridiction est confiée aux préfectures et le Conseil d'État l'exerce par appel sur leurs jugements et en première instance contre les décisions des ministres. On est encore à savoir, au Conseil même, ce que c'est que cette juridiction, qui depuis a été appelée le contentieux administratif. L'idée seule de réunir les deux mots de « justice administrative » n'a pu naître que dans des esprits où toutes les notions étaient bouleversées ». Plus tard, Dupin aîné, avocat d'origine et qui devait être procureur général près la Cour de cassation en 1852, n'était pas moins sévère : « Au Conseil d'État tout est précaire : la procédure elle-même, les formes, les délais, les nullités, les

déchéances, les amendes (...) Aussi, veuillez m'en croire (...), rien n'égale le désespoir des plaideurs, quand on leur annonce qu'ils seront jugés par le Conseil d'État... ».

621. Au XXe siècle, il n'est plus question de contester la légitimité de la justice administrative, mais la pertinence de son maintien. Le débat s'est donc recentré sur les dysfonctionnements liés au dualisme juridictionnel. Au XIXe siècle, l'unité juridictionnelle supposait nécessairement la suppression de la justice administrative mais au XXe siècle, la question du devenir de la justice administrative se pose en des termes différents et plutôt vers une restructuration. Magalie Jorat précise que « les critiques sont plus modérées et plus réalistes, il y a une préférence pour la métamorphose plutôt que pour la suppression ». Sans que toutes les critiques ne disparaissent pour autant, les auteurs aboutissaient à la conclusion selon laquelle la suppression pure et simple se révèlerait beaucoup trop complexe et souhaitaient alors des aménagements.

622. Les opposants à la justice administrative se tournaient plutôt vers la transformation du système, en maintenant certaines critiques comme celles formulées par Marcel Waline, qui soulignait que le droit administratif était, « par certains aspects, une oeuvre essentiellement aristocratique élaborée pour et par le salon du Palais-Royal[872] ». Il fallait simplifier le droit administratif pour le rendre applicable par l'ensemble des juridictions administratives. Jean Rivero rappelait aussi, dans son célèbre article « Le Huron ou Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », la faible portée de ces recours[873]. Certaines critiques portaient sur des aspects de la jurisprudence administrative et notamment sur le faible montant des indemnités accordées par rapport à la juridiction judiciaire. Ces différences qui faisaient l'objet de reproches seront progressivement atténuées par des mesures et par une harmonisation jurisprudentielle entre les deux juridictions.

623. Selon l'auteure, la décennie 1973-1983 a fait émerger une crise fonctionnelle durant laquelle les critiques persistent et reprennent. Cette crise s'est développée à cause du problème préoccupant de l'encombrement des juridictions administratives. Elle était encore accentuée par « le malaise existant dans leur organisation qui trouvait en partie leur origine dans les faibles relations entretenues avec le Conseil d'État ». C'est dans ce contexte que de grandes transformations étaient proposées, notamment celle visant à supprimer la dualité juridictionnelle, ce qui soulevait indirectement la question de la pertinence des juridictions administratives.

---

[872] M. Waline, Situation actuelle du droit administratif en France, JCP 1957. II. 4-10.

[873] J. Rivero, Le Huron ou Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, D. 1962. 329-334.

624. Malgré ces différentes phases de remise en cause, la juridiction administrative est aujourd'hui toujours présente et son importance n'a cessé de s'accroître au fil du temps et ce, malgré les critiques. Raymond Martin[874] se questionnait à propos de cette suppression dans une de ses contributions : « pourquoi vouloir faire entrer les juridictions administratives dans un ordre commun avec les juridictions judiciaires, alors qu'elles fonctionnent bien et remplissent leur mission d'une façon satisfaisante. N'y a-t-il pas là esprit de système, travers bien français ? Ou méfiance dépassée et rétrograde ? ». Même si le juge administratif est de plus en plus amené à connaitre de contentieux qui relevaient exclusivement du juge judiciaire, il n'est pas question que sa fonction soit totalement banalisée et il continue à connaître des contentieux « purement administratifs ».

625. Le juge constitutionnel, dans sa décision du 23 janvier 1987[875] à propos du transfert du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la cour d'appel de Paris, a consacré une partie du domaine de compétence du juge administratif. Cette compétence est consacrée en vertu d'un principe reconnu par les lois de la république selon lequel : « 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 Républiques ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». Cette décision réserve un domaine de compétence « incompressible » au profit du juge administratif, qu'il est impossible, sauf exceptions, de transférer au juge judiciaire[876].

626. La suppression de la justice administrative impliquerait la disparition d'un droit spécifique et de mécanismes particuliers pour traiter les contentieux entre les personnes privées et les administrations publiques. Et ce serait alors négliger toutes les avancées législatives et jurisprudentielles en faveur d'une véritable justice administrative, telles que la loi du 24 mai 1872 permettant le passage d'une justice retenue à une justice déléguée, l'audace du juge administratif dans certaines décisions, comme dans la jurisprudence Cadot en faisant du Conseil d'État le juge de droit commun du contentieux administratif. Tous ces éléments convergents vers l'idée que la suppression de la justice administrative serait peu probable, d'autant plus que la mise en cause récurrente de son existence n'a fait que contribuer à sa consolidation. La juridiction administrative et le droit administratif sont le fruit d'une longue maturation historique, ils apparaissent comme des éléments incontournables de notre système juridique, qu'il n'est pas raisonnable de vouloir ainsi remettre en

[874] R. Martin, Sur l'unité des ordres de juridictions, RTD. civ., 1996, n°1, p.109.
[875] Cons. const. n°86-224 DC, *op. cit.*
[876] v. n°180 et s.

cause. Le juge administratif a su garantir à l'administration les prérogatives nécessaires tout en assurant leurs contrôles.

627. Cela étant, nous avons pu constater que la juridiction administrative ne peut plus réellement être considérée comme une juridiction d'exception, ni même comme une juridiction spécialisée en raison de la dilution permanente de la spécificité du droit public. Nous l'avons observé supra[877], ce droit se « privatise » progressivement et ce phénomène bouleverse une organisation vieille de plus de 200 ans en « banalisant » d'une certaine manière, la juridiction administrative et en permettant, dans certaines conditions, à la juridiction judiciaire de connaître des actes de l'administration. Sans vouloir faire disparaitre les juridictions administratives et la spécificité du contentieux administratif, il est opportun de se questionner aujourd'hui sur les moyens de perfectionner le fonctionnement de la dualité juridictionnelle, qui apparaît progressivement comme inadaptée aux exigences de notre droit contemporain.

[877] v. n°36 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

628. L'érosion du droit public et du droit privé perturbe la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif en créant des difficultés qui se manifestent au niveau du fonctionnement du système juridictionnel et à l'égard du justiciable.

La première de ces difficultés est la perte de cohérence que subit le système juridictionnel. Les rôles et les domaines de compétence respectifs du juge administratif et du juge judiciaire sont plus difficiles à cerner qu'auparavant. Alors que le juge administratif s'inspire de plus en plus fréquemment du droit commun et se place régulièrement comme le protecteur des libertés individuelles, le juge judiciaire, quant à lui, voit ses possibilités de connaître d'un acte administratif s'accroître. Les divergences qui sont le résultat de particularismes liés à l'office du juge jouent également un rôle non équivoque dans la perte de cohérence que présente notre organisation juridictionnelle. La seconde difficulté, non des moindres, concerne l'impact que présente l'érosion du droit public et du droit privé sur la situation personnelle du justiciable. En complexifiant le fonctionnement des règles de répartition des compétences, l'érosion du droit public et du droit privé génère des obstacles dans l'accès au juge. Cette érosion, à l'origine de certaines divergences entre la juridiction judiciaire et administrative peut aussi entrainer un traitement discriminatoire du justiciable.

Ces principales difficultés nous ont conduit à nous questionner sur l'opportunité de supprimer la dualité juridictionnelle. Certains auteurs proposaient une fusion de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire alors que d'autres, évoquaient une suppression pure et simple de la juridiction administrative. Si ces idées ont pu prospérer un temps, nous pensons que l'existence de la juridiction administrative conserve aujourd'hui toute sa pertinence, malgré les critiques qu'elle subit continuellement. Nous estimons également qu'une fusion des juridictions administratives et des juridictions judiciaires apparaît difficilement réalisable. Par conséquent, nous avons pris le parti d'adopter une vision plus pragmatique, en proposant une conception renouvelée de la dualité juridictionnelle.

CHAPITRE 2 : PROPOSITIONS EN FAVEUR D'UNE DUALITÉ JURIDICTIONNELLE RENOUVELÉE

629. La dualité juridictionnelle, telle qu'elle existe en France, présente une certaine rigidité qui s'adapte mal aux évolutions de notre droit, particulièrement à l'érosion entre le droit public et le droit privé. Il est important de créer, ou de perfectionner les outils permettant au système juridictionnel français de s'adapter à ces évolutions et d'éviter que les difficultés générées par cette organisation constituent un obstacle pour le justiciable. Dans cette perspective, les propositions qui vont suivre sont inspirées par plusieurs idées structurantes comme celles visant à organiser une collaboration plus directe entre les juges des deux ordres juridictionnels ou à redéfinir et assouplir les règles de répartition des compétences. Ces suggestions viseront également à proposer la poursuite de l'unification de certains contentieux et règles de procédure et d'adopter une conception réaliste et souple de la dualité juridictionnelle. En définitive, elles ont pour but d'adapter notre système juridictionnel aux défis de la justice du XXIe siècle. Chacune de ces propositions présentent un degré d'originalité variable, et si certaines sont applicables immédiatement et ne représentent qu'une amélioration, d'autres, plus ambitieuses, nécessitent une réelle volonté de changement et s'envisagent plutôt dans le cadre de perspectives plus lointaines.

SECTION 1 : L'ÉVOLUTION DES RÈGLES DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

630. Compte tenu de la confusion progressive entre le droit public et le droit privé, il nous paraît inutile de persister à considérer cette distinction comme une *summa divisio* à laquelle on assigne une mission importante de détermination de la juridiction compétente (Paragraphe 1). En plus des faiblesses de cette division, les règles qui fondent la répartition des compétences entre les deux juges apparaissent obsolètes et nécessitent d'être actualisées (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'utilité surévaluée de la distinction entre le droit public et le droit privé

631. La distinction entre le droit public et le droit privé ne décrit plus la réalité d'un droit entremêlé et il convient de se questionner sur son maintien en tant que *summa divisio* du droit (A). Ce constat impose également de prendre la mesure, de façon concrète, de l'existence d'un droit mixte (B).

A/ La pertinence actuelle de la division en question

632. Il nous semble impératif de tenir compte de la confusion progressive entre le droit public et le droit privé et de prendre en compte le développement constant d'un droit mixte. La distinction entre le droit public et le droit privé en France est décrite comme une véritable *summa divisio* de la science du droit. Dans son introduction générale au droit, François Terré la considère comme « la plus ancienne et la plus importante[878] ». Dès les premières lignes de cette thèse, nous avons évoqué les racines romaines de cette distinction, son évolution irrégulière au cours des siècles, ainsi que sa remise en cause actuelle. Cette division structure également la pratique et l'enseignement du droit, comme que le décrit Guillaume Richard. Cette division a un rôle important dans l'organisation universitaire, que l'on ne retrouve dans aucun autre pays : « que l'on considère les sections juridiques du Conseil national des universités ou de l'agrégation, le recrutement des maîtres de conférences, le choix des options ou des parcours en master et parfois en licence, partout réapparaît cette dualité. (…) Elle trouve alors un ancrage institutionnel omniprésent, bien que sa pertinence scientifique soit souvent mise en doute[879] ». En ce qui concerne la pratique d'autre part, cette distinction a eu une réelle importance puisqu'elle sert à déterminer la juridiction compétente.

633. Malgré l'importance qu'on a pu lui porter, la distinction du droit public et du droit privé est remise en cause à partir du XXe siècle par certains auteurs qui pointent du doigt la faiblesse de cette division en raison du fait que les subdivisions qui les

---

[878] F. Terré, Introduction générale au droit, 9 éd., Dalloz, Paris, 2002, p.87 ; v. également J.-B Auby, Droit public-droit privé : l'inépuisable questionnement, Droit administratif, 2015, n°2, p.1 ; B. Barreaud, Droit public-droit privé : de la summa divisio à la ratio divisio, Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2014, n°3, p.1101.

[879] G. Richard, Enseigner le droit public à Paris sous la IIIe République, 1re éd., Dalloz, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèse, 1er éd., 2015, p.2.

composent présentent un contenu aux caractéristiques transversales. Laurence Idot[880] a notamment mis en lumière l'absence de pertinence de la *summa divisio* droit public-droit privé en droit de la concurrence, qui possède une double dimension. La première dimension est publique, et s'explique par les objectifs et les finalités du droit de la concurrence. Les politiques de concurrence, qui sont des politiques publiques, ont pour but de protéger le processus concurrentiel et d'une certaine façon, concourent à l'intérêt général. La seconde dimension, bien qu'accessoire, revêt un caractère privé lorsque « les règles de concurrence sont invoquées dans des relations entre deux opérateurs ». Cette double dimension s'observe au niveau des destinataires des normes puisque, « dès 1957, le traité de Rome rappelle cette double dimension puisque le chapitre consacré aux règles de concurrence est construit autour de la distinction : règles applicables aux entreprises/règles applicables aux États membres ».

634. Michaël Khöler a également démontré la particularité du droit pénal vis-à-vis de la distinction entre le droit public et le droit privé. Le droit pénal comporte, au même titre que le droit de la concurrence, deux dimensions, l'une publique, l'autre privée. L'auteur n'a pas cherché à caractériser le droit pénal comme appartenant soit au droit public, soit au droit privé, « mais plutôt, de savoir quelle est son identité spécifique dans l'ensemble de l'organisation juridique » (…) « d'une part, ainsi le droit pénal est strictement nécessaire. En général on ne pourrait pas le remplacer par des dommages et intérêts : aussi, il n'est qu'une spécialité du droit de police. D'autre part, il représente un rapport de droit qui, catégoriquement, inclut le délinquant comme constituant autonome du droit. Par là, le droit pénal est tout à fait différent de la vengeance privée qui désigne aussi bien dans la forme « d'état » de la simple répression, l'illégalité même de l'état de nature négative[881]». D'autres auteurs, comme Bernard Bouloc, ont également relevé cette dualité, « du fait qu'il oppose l'individu à la société lésée par ses agissements, il appartient par définition au droit public ; cependant le procès pénal est soumis aux mêmes tribunaux judiciaires que les litiges de droit privé et ces tribunaux peuvent se trouver saisis en même temps de la demande formulée par la victime en réparation du préjudice que l'infraction lui a causé[882]».

635. Nous sommes, dès lors, tenté de nous questionner sur l'importance donnée à la distinction entre le droit public et le droit privé, au regard de son manque de pertinence progressive. Le questionnement est d'autant plus légitime, lorsque l'on

---

[880] L. Idot, Propos introductifs : La distinction droit public-droit privé a-t-elle une pertinence en droit de la concurrence ? (Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence, Caen, 3 octobre 2014), févr. 2015, Revue Concurrences n° 1-2015, Art. n° 71638.

[881] M. Khöler, Le droit pénal entre public et privé, APD 1997, p.202.

[882] B. Bouloc, Droit pénal général, 25ème éd., Dalloz, Paris, 2015, p.24.

observe les systèmes de droits étrangers, on constate bien souvent que cette distinction est inexistante ou n'a pas l'importance qu'elle revêt en France. « Que valent nos distinctions de droit public et droit privé (…) Celui qui n'a étudié que le droit français trouve ces oppositions naturelles, il est tenté de leur attribuer un caractère nécessaire. Le droit comparé nous fait voir qu'elles ne sont pas reçues partout, qu'elles peuvent être en déclin ou avoir été abandonnées même en certains pays ; il conduit à nous interroger, au-delà de leur origine, sur leur justification et leur portée réelles dans le système de notre droit national actuel[883] ». Nier la distinction du droit public et du droit privé, c'est affirmer l'unité profonde du droit, cette unité procède de ce que le droit est essentiellement un reflet de l'organisation économique de la société[884].

636. D'après Antoine J. Bullier, « droit public et droit privé n'ont jamais connu en *common law* la césure qui les séparent en droit issu de la famille romano-civiliste. La notion même entre public et privé n'est pas perçue de façon aussi marquée qu'en France[885]». L'auteur associe complètement la distinction droit public et du droit privé à la spécialisation des juges, en précisant que nous possédons un tribunal des conflits permettant de résoudre les problèmes de compétence. Dans le monde anglophone cette différenciation est beaucoup moins marquée de même en ce qui concerne la spécialisation des juges, des avocats comme des enseignants. Les juges supérieurs « ont développé, de leur propre initiative un ensemble de pratiques et de principes. C'est donc le pouvoir judiciaire qui contrôle l'administration et non un corps de magistrats administratifs[886]».

637. Il n'est ni souhaitable, ni facile de transposer les différentes conceptions du droit ainsi que les systèmes juridictionnels des pays voisins, mais on peut néanmoins en tirer l'enseignement qu'une organisation juridictionnelle peut fonctionner sans être caractérisée par une dualité juridictionnelle, ni par l'existence d'une distinction structurante entre le droit public et le droit privé. Nous adhérons à la vision de Charles Enseimann[887], selon laquelle il est difficile de déterminer le contenu du droit public et du droit privé. Cette affirmation s'avère d'autant plus pertinente aujourd'hui. Nous pensons, comme l'auteur, que la distinction telle qu'elle existe en France, a revêtu une importance disproportionnée et qu'il faut intégrer l'idée qu'il existe un droit mixte qui ne cadre pas avec la distinction entre le droit public et le droit privé.

---

[883] R. David et C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporains, 11 éd., Dalloz, Paris, 2002, p.4.

[884] *Ibid.* p. 177.

[885] A. J. Bullier, La common law, 3 éd., Dalloz, Paris, 2012, p.328.

[886] *Ibid.* p. 329.

[887] C. Eisenmann, *op. cit*, p. 975.

B/ La nécessaire prise en compte de la réalité d'un droit mixte

638. Une conception réaliste de cette distinction doit être envisagée, ce qui passe par l'idée que cette division entre le droit public et le droit privé ne doit plus être considérée, en France, comme une *summa divisio*. Les catégories juridiques sont en principe créées pour permettre d'organiser et de rendre plus intelligible la règle de droit. Outre ses vertus pédagogiques, une catégorie a une fonction opératoire. Le droit procède par classification pour insérer les réalités qu'il traite dans l'organisation du système juridique. Selon les termes de Jean-Louis Bergel, « les catégories juridiques n'ont pas d'autre valeur que celle que leur confèrent les réalités qu'elles prétendent traduire ; il ne s'agit que d'un procédé intellectuel, d'un artifice technique de mise en oeuvre des réalités juridiques, qui ne doit jamais, par un excès de rigidité, permettre de les dénaturer[888]». Nous estimons que la catégorie du droit public et du droit privé ne recouvre que très imparfaitement la réalité, et que d'une certaine manière, elle tend à nier la spécificité de certaines branches du droit, qui présentent les deux aspects de cette dualité. En d'autres termes, la *summa divisio* droit public /droit privé n'assume plus, de façon optimale, le rôle que doivent assurer les catégories. L'auteur précise encore que « la définition des catégories doit procéder par induction à partir de données connues[889] ». Or, nous avons pu déduire de l'observation des faits que plusieurs types de contentieux sont difficiles à classer au regard de la catégorie du droit public et du droit privé.

639. Afin de rendre compte des évolutions du contenu de la distinction entre le droit public et le droit privé et d'en adopter une conception réaliste, nous pensons qu'il serait opportun d'avoir recours de façon plus systématique à la notion de droit mixte. Le droit mixte fait appel à l'idée d'un ensemble de règles dont les caractéristiques sont rattachées respectivement au droit public et au droit privé. Qualifier un droit de « mixte » est susceptible d'entraîner plusieurs conséquences, d'un point de vue du régime juridique d'une part, la désignation d'un fait ou d'une opération comme appartenant à telle ou telle catégorie juridique conditionne le régime juridique qui lui sera applicable. En désignant des règles comme susceptibles de présenter des aspects de droit privé et de droit public, nous permettons d'identifier des règles au régime juridique variable. La reconnaissance du caractère mixte d'un droit permet d'acter les évolutions de notre droit contemporain, tout en maintenant les distinctions traditionnelles. Toutefois, nous sommes contraints d'observer que l'introduction d'une troisième distinction au sein de cette division entre en contradiction avec la dialectique et le raisonnement juridique qui se

[888] J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, 5 éd., Dalloz, Paris, 2012, p.237.
[889] *loc. cit.*

construit le plus souvent sur la base de la dualité.

640. D'un point de vue contentieux d'autre part, qualifier un droit de mixte, équivaut à envoyer un signal quant à la véritable nature de ce droit, et sur les conséquences contentieuses que cela peut avoir. C'est reconnaître qu'une partie du contentieux rattaché à une branche du droit est susceptible de se présenter devant le juge judiciaire comme devant le juge administratif, selon les faits en cause. C'est également un moyen d'identifier et d'anticiper de façon plus précise et réactive, la cause de possibles divergences, quelle que soit leur nature. La conscience d'un droit mixte ne résout pas pour autant la complexité progressive des règles de répartition des compétences.

Paragraphe 2 : La réforme des règles de répartition des compétences

641. La loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 2 septembre 1795, toujours utilisés comme règles de référence dans le règlement des conflits de compétence, méritent pourtant d'être revues et actualisées (A). Le principe de la bonne administration de la justice, qui s'analyse comme un correctif à la répartition des compétences, doit faire l'objet d'une définition plus précise, permettant une utilisation uniformisée (B)

A/ La loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 2 septembre 1795

642. La loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 2 septembre 1795 présentent aujourd'hui une certaine obsolescence (1°) et doivent faire l'objet d'une reformulation (2°).

1° L'obsolescence partielle de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 2 septembre 1795

643. La loi des 16 et 24 août 1790 ainsi que le décret du 2 septembre 1795 sont les dispositions législatives clés dans la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif. Si ces dispositions ont, dans un premier temps, permis que les litiges impliquant l'administration soient portés devant l'administration elle-même, l'émergence progressive de la juridiction administrative a marqué la fin de la théorie du ministre-juge. L'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 est systématiquement cité par les contemporains pour illustrer l'interdiction

faite au juge judiciaire, d'empiéter sur le domaine de compétence de juge administratif. Au terme de cet article « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Cette disposition introduit une double interdiction à l'égard du juge judiciaire, d'une part, le juge judiciaire ne peut trancher les litiges concernant l'administration parce qu'ils pourraient troubler, c'est-à-dire gêner, l'action de l'administration. D'autre part, le juge judiciaire a interdiction de juger les agents de l'administration qui seraient poursuivis devant eux pour des faits accomplis dans l'exercice de leurs fonctions d'administrateurs. Le décret du 2 septembre 1795 réitère quant à lui, l'interdiction posée par la loi des 16 et 24 août 1790 et dispose, en son article unique que : « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le comité des finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois, et notamment de celle du 13 frimaire dernier ».

644. Ces dispositions doivent faire l'objet d'une réforme pour la simple et bonne raison qu'elles sont partiellement obsolètes. Nous avons constaté la possibilité encadrée pour le juge judiciaire, de s'immiscer dans les attributions du juge administratif et dans une certaine mesure, dans les opérations des corps administratifs. Il s'est progressivement vu reconnaître la faculté d'interpréter et d'apprécier la légalité d'un acte administratif. L'article 111-5 du code pénal est bien souvent cité en exemple en prévoyant que « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Par sa jurisprudence, le Tribunal des conflits a également permis un assouplissement des règles qui régissent la répartition des compétences. Par la décision SCEA du chéneau[890], le Tribunal des Conflits a notamment jugé, qu'eu égard au principe d'effectivité du droit communautaire, le juge judiciaire saisi au principal a compétence pour apprécier la légalité d'un acte administratif au regard du droit communautaire, primaire ou dérivé, ou pour interroger lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel.

645. Par ailleurs, l'article 121-1 du code pénal, modifié par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 dispose que « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Il

[890] T. confl., 17 oct. 2011, *op. cit*

ressort de cette disposition qu'une personne morale de droit public peut se voir reprocher une infraction consommée ou une infraction tentée, et qu'une personne morale peut être auteur ou complice soit par aide ou assistance, soit par provocation. La loi exclut néanmoins l'Etat car il assure la protection des intérêts généraux (collectifs ou individuels) et a la charge de poursuivre et de punir les délinquants. En ce qui concerne les collectivités territoriales et leurs groupements (régions, département, communes) elles ne sont pas exclues du domaine d'application de la loi, mais elles ne peuvent être recherchées que pour les infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. Peu importe les diverses réserves prévues par le texte, il en résulte tout de même l'idée que les personnes morales de droit public sont pénalement responsables et peuvent être jugées par le juge répressif. Cette inadéquation entre la rigueur du texte et cette réalité pratique plus nuancée doit faire l'objet d'une correction.

2 ° Proposition de réécriture de l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 2 septembre 1795

646. Il est proposé dans un premier temps, de supprimer le mot « forfaiture », qui fait communément référence à : « tout crime commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions ». L'encyclopédie *universalis*[891], précise que « le terme forfaiture provient du latin *foris factura,* et désigne l'action accomplie en dehors des règles édictées. Le Code du 3 brumaire an IV de la République a donné au terme forfaiture un sens beaucoup plus précis ; il en a fait une faute grave, mais professionnelle, c'est-à-dire une faute commise dans l'exercice de ses fonctions par l'individu reprochable et dont seuls les juges pouvaient se rendre coupables. Si une sanction était alors prononcée à l'encontre des magistrats coupables de forfaiture, ces juges perdaient notamment tout droit de remplir une fonction quelle qu'elle soit ou un emploi public pendant une durée de vingt ans ». Pour que la forfaiture soit caractérisée, le fait constitutif devait être un crime proprement dit, conformément aux termes de la loi (excluant ainsi les délits et les contraventions du cadre de l'infraction)[892]. Ce crime devait encore être commis par un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions. En lieu et place du mot forfaiture, il est suggéré d'écrire :

[891] J. Gregogna, « Forfaiture», Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 14 décembre 2015. URL : http://www.universalis.fr/encyclopedie/forfaiture/.

[892] C. pén. art. 168 anc. : « Les simples délits ne constituent pas les fonctionnaires en forfaiture ».

647. « Les juges ne peuvent, en principe, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». La règle selon laquelle le juge judiciaire ne peut empiéter sur l'action administrative ainsi que sur le domaine de compétence du juge administratif est toujours un des piliers du fonctionnement de l'organisation juridictionnelle française mais l'utilisation du mot forfaiture est dépassé puisque ce crime a été abrogé par la loi n°92-1336 du 16 décembre 1992. Le remplacement du mot « forfaiture », par le mot « en principe » ainsi que par une conjugaison au présent de l'indicatif, permet de réitérer l'idée d'interdiction mais laisse présager de possibles atténuations ou exceptions.

648. La modification ne s'arrête pas là, puisqu'il nous semble nécessaire d'intégrer un dernier alinéa permettant de préciser les exceptions légales et jurisprudentielles par le biais desquelles le juge judiciaire peut interpréter ou apprécier la légalité d'un acte administratif. Sans changer le premier alinéa, il est proposé :
« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives.
Les juges judiciaires ne peuvent, en principe, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.
Toutefois, le juge judiciaire peut, sans méconnaître ce principe, interpréter la légalité d'un acte administratif et en apprécier la légalité, que lorsqu'existe une jurisprudence établie du juge administratif.
Il ne peut être dérogé au principe que lorsque la loi l'a prévu, pour des raisons de bonne administration de la justice ou, lorsque l'application du droit le l'union européenne l'exige ».

649. En ce qui concerne le décret du 2 septembre 1795, cette disposition est bien souvent évoquée par la Cour de cassation en association avec la loi des 16 et 24 août 1795 pour sanctionner un juge du fond qui aurait excédé ses pouvoirs. Il nous paraît opportun que ce texte fasse l'objet d'une réforme en tant qu'il dispose que : « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient (…) ». Le terme « défense » est sans doute aujourd'hui abusif compte tenu des prérogatives, certes encadrées, du juge judiciaire, vis-à-vis du champ de compétence du juge administratif. Ces dérogations de compétence sont parfois justifiées par l'objectif de bonne administration de la justice dont le contenu et l'application restent imprécis.

B / La définition et l'utilisation de la notion de bonne administration de la justice

650. La notion de bonne administration de la justice demeure floue et nécessite une définition plus précise (1°). Son utilisation doit être encouragée dans le but de contrecarrer la rigidité des règles relatives à la répartition des compétences et au fonctionnement de la dualité juridictionnelle (2°).

1° Définir et préciser la notion de bonne administration de la justice

651. Comme évoqué *supra*[893], la bonne administration de la justice est un objectif à valeur constitutionnelle[894], et constitue un véritable outil permettant d'œuvrer en faveur d'une justice plus efficace, plus souple. Elle est susceptible de s'appliquer dans de nombreuses hypothèses, mais c'est son application dans le cadre de la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire qui nous retiendra ici. Nous estimons que l'introduction de la notion de bonne administration de la justice est un élément globalement positif dans le système juridique français. Nous rejoignons toutefois l'avis[895] d'Hélène Apchain, selon lequel cette notion reste encore floue. Certes, l'imprécision dont souffre cette notion lui donne l'avantage d'être malléable et adaptable aux circonstances de l'espèce et aux buts recherchés, qui sont précisément d'adapter la répartition des compétences et de déroger aux règles préétablies. Nous pensons néanmoins que cette notion devrait être définie *a minima*, pour permettre d'une part, de consolider un véritable consensus autour de sa définition et d'autre part, d'éviter les potentielles utilisations abusives ou contrastées selon la juridiction qui interprète cette notion.

[893] v. n°185 et n°189 et s.

[894] Cons. Const., déc., n°2009-595 DC 3 déc. 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, Rec. CC. 206.

[895] H. Apchain, Retour sur la notion de bonne administration de la justice, AJDA 2012, p.587.

2° Organiser l'application de la notion de la bonne administration de la justice

652. Organiser l'application de la notion de la bonne administration de la justice suppose que le recours à ce mécanisme soit explicitement prévu et encadré par le législateur. Une disposition prévoyant le recours à cette notion par le législateur doit être envisagée afin de permettre de déroger, dans un cadre plus précis, aux règles de répartition des compétences préalablement établies. Cette codification existe déjà, notamment en ce qui concerne les règles internes aux juridictions.

653. Par exemple, l'article R.814-62 du code de commerce prévoit que la commission nationale d'inscription et de discipline des administrateurs judiciaires ou celle des mandataires judiciaires peut refuser l'inscription de la société si sa création a pour effet de limiter le choix des juridictions dans des conditions contraires à une bonne administration de la justice. Cette notion est également utilisée pour permettre au président d'une juridiction de gérer de façon optimale le déroulement du procès, de la saisine de la juridiction à l'exécution d'une décision. C'est ainsi que devant la Cour nationale du droit d'asile, le président peut : « afin d'assurer une bonne administration de la justice et de faciliter la possibilité ouverte aux intéressés de présenter leurs explications à la cour », prévoir que la salle d'audience de la cour soit reliée, en direct, par un moyen de communication audiovisuelle « qui garantit la confidentialité de la transmission avec une salle d'audience spécialement aménagée à cet effet ouverte au public et située dans des locaux relevant du ministère de la justice plus aisément accessibles par le demandeur, dans des conditions respectant les droits de l'intéressé prévus par le premier alinéa[896] ».

654. Devant les juridictions civiles, le président peut, « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice désigner un juge spécialement chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction confiées à un technicien en application de l'article 232[897] ». L'alinéa 1er de l'article 612-1[898] du code de procédure pénale prévoit quant lui, la modulation des effets de l'annulation prononcée par la Cour de cassation lorsque la bonne administration de la justice le commande.

---

[896] Ceseda. art. L.733-1.

[897] C. pr. civ. art. 155-1.

[898] « En toute matière, lorsque l'intérêt de l'ordre public ou d'une bonne administration de la justice le commande, la Cour de cassation peut ordonner que l'annulation qu'elle prononce aura effet à l'égard des parties à la procédure qui ne se sont pas pourvues ».

655. La bonne administration de la justice est parfois utilisée pour déroger aux règles de compétences matérielles des juridictions, au sein d'un même ordre juridictionnel. Devant le juge administratif, l'article L.311-1 du code de justice administrative prévoit que: « les tribunaux administratifs sont, en premier ressort, juges de droit commun du contentieux administratif, sous réserve des compétences que l'objet du litige ou l'intérêt d'une bonne administration de la justice conduisent à attribuer (L. n°2011-1862 du 13 déc. 2011, art. 48-II) « à une autre juridiction administrative ». Devant les juridictions répressives, l'article 628-6 du code de procédure pénale dispose que : « la chambre criminelle qui constate que le collège de l'instruction du tribunal de grande instance de Paris n'est pas compétent peut néanmoins, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, décider que l'information est poursuivie à ce tribunal ». On retrouve également cette hypothèse au sein du code de justice militaire, en matière criminelle, correctionnelle ou de police, la chambre criminelle de la Cour de cassation peut dessaisir toute juridiction d'instruction ou de jugement des forces armées et renvoyer la connaissance de l'affaire devant une autre juridiction du même ordre dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice[899]. On constate que la notion de bonne administration de la justice est loin d'être une notion inconnue dans le fonctionnement de nos institutions juridictionnelles. Son utilisation par le législateur reste néanmoins limitée lorsqu'il s'agit de déroger ponctuellement aux règles de répartition de compétence entre le juge administratif et le juge judiciaire. Ce constat peut s'expliquer par la volonté d'éviter la multiplication des dérogations et la complexité qui en résulte. Ces quelques propositions ne peuvent néanmoins se substituer à une véritable action de la part du législateur et du juge.

SECTION 2 : LA CONSOLIDATION DES RÔLES DU LÉGISLATEUR ET DU JUGE

656. Le législateur doit impérativement s'impliquer de façon plus conséquente dans la problématique de la répartition des compétences (Paragraphe 1). Le rôle du juge et particulièrement des juridictions suprêmes doit également être renforcé (Paragraphe 2).

[899] c. just. mil., art. L.254-4.

Paragraphe 1 : L'intervention opportune du législateur

657. L'intervention du législateur doit s'exercer *a priori*, en déterminant à l'avance la répartition des compétences avant que des conflits ne se forment (A). Il nécessaire qu'il envisage, *a posteriori*, les conditions permettant aux justiciables d'obtenir, sous conditions, la réparation des conséquences particulièrement discriminantes d'une divergence (B).

A / La détermination anticipée des compétences par le législateur

658. Dans un contexte où la répartition des compétences est parfois complexe, le législateur doit intervenir en définissant, au préalable et dans la mesure du possible, les règles de répartition des compétences (1°) en ayant recours, si besoin est, à l'unification des contentieux (2°).

1° La désignation des juridictions compétentes par la loi

659. Nombreux sont les articles de doctrine et les rapports publics qui dénoncent la malfaçon et la complexité croissante des lois[900]. Ce fut, d'ailleurs, le thème d'un des rapports du Conseil d'État dans lequel cette tendance est décrite comme phénomène à la fois pathogène et partiellement inéluctable. Le rapport[901] évoque plusieurs causes, certaines sont purement objectives alors d'autres sont d'origine subjectives. Parmi les causes objectives, sont avancées la multiplication des sources du droit, notamment internationales et communautaires, l'apparition de nouveaux domaines d'activité humaine et de nouvelles attentes à l'égard du droit, la volonté politique d'encadrer les activités des opérateurs économiques dans le contexte d'économie de marché ou encore le souci de protéger les plus faibles. D'autres facteurs, aux causes plus subjectives sont évoqués, comme la communication médiatique autour de la loi et la précipitation du politique (…) la force symbolique de la loi en France qui ne favorise pas la recherche de solutions alternatives à l'élaboration de norme ainsi que le contraste important qu'il peut y avoir entre objectif d'une réforme et l'absence de consensus sur les modalités de cette réforme.

---

[900] Cet inépuisable sujet a d'ailleurs fait l'objet d'un nouveau rapport du Conseil d'État intitulé « Simplification et qualité du droit », La documentation française, 2016 n°67.

[901] CE, Rapport public « Sécurité juridique et complexité du droit », 2006, p.231.

660. Philippe Malaurie a, quant à lui, parfaitement décrit quels pouvaient être les effets d'une loi inintelligible en insistant sur l'imprévisibilité. L'obscurité des lois « en fait un instrument de l'arbitraire, indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyable envers les faibles et les maladroits, une source permanente de conflits, de verbalismes, de procédures judiciaires interminables ; elle est un des moyens de mettre fin à l'état de droit, le plus pitoyable parce que c'est l'inintelligence qui le fait disparaître : une loi inintelligible est une mascarade juridique ». Il affirme que seule une loi claire, simple, limpide, transparente et compréhensible de tous peut être respectée. Dans ces conditions seulement, elle est susceptible d'assurer « la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être, la paix et peut-être le bonheur[902]».

661. C'est en partie à cause de cette difficulté à légiférer de façon efficace, que les règles de répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives sont difficiles à appréhender. Si, selon Gabriel Eckert[903], « le droit de la concurrence reste, trop souvent, à la recherche de ses juges » c'est notamment parce que les dispositions relatives au droit de la concurrence sont restées muettes concernant les répartitions des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif. Si l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, aujourd'hui codifié à l'article 410-1 du code du commerce prévoyait 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 personnes publiques notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public », il ne réglait toutefois pas, la question de la compétence juridictionnelle. Dans sa thèse, Stéphane Destours a démontré que l'article 53 de l'ordonnance de 1986 n'emporte compétence d'attribution à aucune juridiction. Il fait valoir que cette disposition « n'est pas un texte posant un critère de répartition juridictionnelle, mais comme on l'a vu, une disposition s'efforçant de délimiter le champ d'application matériel de l'ordonnance de 1986[904] ».

662. Les régimes de l'exception d'incompétence - Même si le législateur tente d'éviter, en amont, les conflits de compétence, ses anticipations ne les rendront pas inévitables. C'est la raison pour laquelle nous proposons que le régime de l'exception d'incompétence, tel qu'il existe devant les juridictions administratives et judiciaires, soit réformé dans le sens d'une harmonisation. Les règles qui régissent l'exception d'incompétence ne sont pas identiques d'un ordre de juridiction à l'autre, sans que de réelles justifications soit apportées à cette situation de fait.

---

[902] P. Malaurie, L'intelligibilité des lois, Pouvoirs 3/2005, n° 114, pp. 131-137.

[903] Note sous T. confl. 4 mai 2009, n°3714, Sté éd. J.-P. Gisserot, AJDA 2009, n°27, p.1490.

[904] S. Destours, La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence, Thèse de doctorat, Droit, Université de Montpellier, 2000, n°135.

663. En ce qui concerne l'incompétence soulevée d'office, l'article 92 du code de procédure civile dispose que « l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public ou lorsque le défendeur ne comparaît pas. Elle ne peut l'être qu'en ces cas. Devant la cour d'appel et devant la Cour de cassation, cette incompétence ne peut être relevée d'office que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappe à la connaissance de la juridiction française ». Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'article 92 du code de procédure civile ne fait pas obligation aux juges de relever d'office leur incompétence, même en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution d'ordre public[905]. Même dans les cas visés à l'alinéa 2 de l'article 92, le relevé d'office de l'incompétence n'est qu'une simple faculté[906].

664. Au sein de la juridiction administrative, la question de l'incompétence paraît être un moyen d'ordre public. Selon les termes de l'article R.611-7 du code de justice administrative, « lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'État, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué (…) ». Certains auteurs semblent évoquer à demi-mots la contrainte qui pèse sur juge administratif en lorsque un tel moyen, en raison de la gravité du vice qu'il permet de sanctionner. Mattias Guyomar et Bertrand Sellier estime que « ce régime se traduit d'une part, par l'obligation pour le juge de vérifier systématiquement qu'aucun moyen d'ordre public n'est susceptible d'être relevé et le cas échéant de le relever d'office[907]». Alors que d'autres, comme Pascal Minne considèrent clairement qu'il s'agit d'une obligation : « si le juge ne peut, en principe, s'écarter des moyens et exceptions formulés par les parties au procès, il est susceptible, même si les parties n'en font pas état, de soulever d'office les moyens présentant la nature de moyens d'ordre public. Il s'agit dans ce cas d'une faculté offerte au juge judiciaire et d'une obligation pour le juge administratif[908]». Certains, comme Gustave Peiser pensent au contraire que « le juge n'a pas l'obligation de soulever les moyens d'ordre public. Il s'attribue une large liberté pour estimer si oui ou non un moyen est d'ordre public qu'il soulèvera ou ne soulèvera pas d'office[909]».

---

905 Cass. civ. 2ème, 29 nov. 1978, n°76-15.612, Bull. civ. II, n°252.

906 Cass. civ. 1re, 20 déc. 1976, n°75-11.898, Bull. civ. II, n°417.

907 M. Guyomar et B. Seiller, Contentieux administratif, 4 éd., Dalloz, Paris, 2016, p.476.

908 J-cl Procédure fiscale, v° Moyen d'ordre public, n°1 et s

909 G. Peiser, Contentieux administratif, 16e éd., Dalloz, Paris, 2014, p.239.

665. À la lecture de certaines décisions du Conseil d'État, le doute est permis et il semblerait que ce soit en réalité, non une faculté, mais une réelle obligation pour le juge qui encourt l'annulation : « la détermination de la compétence de la juridiction administrative est une question d'ordre public que les parties peuvent soulever en tout état de la procédure et qu'il appartient au juge de soulever d'office[910] ». Dans une décision plus récente, le Conseil d'État évoque clairement l'obligation de relever d'office l'incompétence de la juridiction administrative : « qu'il suit de là qu'en statuant ainsi qu'il a été dit ci-dessus sur les conclusions de la requête de Mme A, la cour administrative d'appel a méconnu l'incompétence, pour en connaître, de la juridiction administrative, juge de l'impôt et des seules contestations relatives à son recouvrement portant sur l'existence de l'obligation de payer, le montant de la dette eu égard aux paiements déjà effectués ou l'exigibilité de la somme réclamée ; que, pour ce motif d'ordre public, qu'il y a lieu de relever d'office, l'arrêt attaqué doit être annulé[911]».

666. Lorsque l'exception d'incompétence est soulevée par une partie, « la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée[912]». La jurisprudence interprète strictement cette disposition, Sauf dans le cas où il bénéficie d'une option légale de compétence, le demandeur à l'exception d'incompétence doit faire connaître, à peine d'irrecevabilité, la seule juridiction devant laquelle il demande que l'affaire soit portée[913].

667. Même si l'article 75 du code de procédure civile n'exige pas que la juridiction désignée soit réellement compétente, il impose toutefois que le demandeur à l'exception d'incompétence désigne la juridiction devant laquelle il demande que l'affaire soit portée, et interdit, hors le cas où il existe une option de compétence, qu'il se dispense de faire un choix en opérant une désignation principale accompagnée d'une désignation subsidiaire. Cette règle s'applique aussi lorsque les juridictions respectivement revendiquées ne relèvent pas du même ordre de juridiction[914]. Devant la juridiction administrative, lorsqu'est soulevée à titre préliminaire, l'incompétence de la juridiction, aucune disposition ni précédents jurisprudentiels ne semble obliger le requérant à faire connaître la juridiction qu'elle estime compétente. Devant la difficulté que peut représenter la détermination de la compétence par les parties, il est nécessaire que le régime de l'exception d'incompétence soit identique

---

[910] CE, 4 oct. 1967, n°60608, Trani, Rec. 352, concl. G. Braibant.

[911] CE, 13 janv. 2006, n°250332, Procédures 2006, n°171, note Pierre.

[912] C. pr. civ. art 75.

[913] Cass. civ. 2e, 28 juin 2006, n°05-14085 ; Procédures 2006, n° 202, obs. Perrot; Dr. et patr. févr. 2007, p. 116, obs. Amrani-Mekki.

[914] Cass. civ. 1re, 9 janv. 2007, n°04-11779, Bull. civ I, n°4; D. 2007. AJ 513.

devant les deux ordres juridictionnels. Néanmoins, pour éviter que ces exceptions se multiplient, le législateur peut encore procéder à l'unification des contentieux.

2° Le recours plus fréquent à l'unification des contentieux

668. Selon les termes de la décision « Conseil de la concurrence » du Conseil Constitutionnel[915] : « 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 ». Nous pensons que cette faculté laissée au législateur doit être utilisée de façon plus systématique. Cette hypothèse représente certes, une entorse à la répartition des compétences, mais elle peut aussi devenir un formidable outil de simplification pour les justiciables et leurs conseils. Si d'un point de vue théorique, cet outil complexifie encore un peu plus les règles de répartition des compétences et leur lisibilité, il a d'indéniables atouts en terme de praticité, d'effectivité.

669. C'est par exemple, de cette façon que s'est organisée l'unification du contentieux lié aux soins psychiatriques. Afin de faciliter les recours des personnes souffrant de troubles mentaux contre les décisions de soin sans consentement prises à leur encontre, la loi du 5 juillet 2011[916] a unifié ce contentieux au profit du juge judiciaire. Il a été décidé, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de transférer au juge judiciaire, à compter du 1er janvier 2013, le contrôle de la régularité des décisions administratives prises en matière de soins psychiatriques sans consentement. La loi précitée a créée l'article L.3216-1 du code de la santé publique, aux termes duquel : « la régularité des décisions administratives prises en application des chapitres II à IV du présent titre ne peut être contestée que devant le juge judiciaire ». La réforme intervient de façon opportune, après la condamnation de la France à raison de son régime d'hospitalisation forcée des malades mentaux pour violation des paragraphes 3 et 4 de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dans un arrêt en date du 18 novembre 2010[917]. Mais la majorité de la doctrine[918] reste sceptique et, bien que reconnaissant une forme de simplification, elle dénonce une unification partielle, bien en deçà de ce que

---

[915] Cons. const. 23 janv. 1987, *op. cit.*

[916] Loi n°2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge.

[917] Cour EDH, 18 nov. 2010, Baudouin c/ France, *op. cit.*

[918] v. par exemple : A. Farinetti, L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011, RDSS 2012. 111 ; A. Pena, Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne, RFDA 2011. 951 ; C. Castaing, La volonté des personnes admises en soins psychiatriques sans consentement, AJDA 2013. 153.

certains parlementaires avaient notamment proposé.

670. Nous pensons qu'il serait opportun de réfléchir à l'unification de certains contentieux, encore éclatés entre le juge judiciaire et le juge judiciaire. Prenons le cas du contentieux fiscal et celui du recouvrement. Rappelons que le contentieux fiscal est réparti, selon les termes de l'article L.199 du livre des procédures fiscales[919], entre les deux ordres de juridiction, en fonction de la nature de l'impôt contesté. En ce qui concerne le contentieux relatif au recouvrement de l'impôt, la répartition des compétences obéit à une logique différente. La compétence d'attribution du juge dépend de la contestation (opposition à contrainte ou opposition à l'acte de poursuite) et, s'il s'agit d'une opposition à contrainte, de l'impôt dont le recouvrement est poursuivi. Le juge compétent pour connaître d'un recours relatif au recouvrement d'impôts relevant de l'article L.281 du livre des procédures fiscales est en vertu du 1° de cet article, le juge de l'exécution, lorsque l'opposition porte sur la régularité en la forme des actes de poursuites, quelle que soit la nature des impositions dont le recouvrement est poursuivi. En vertu du 2° de cet article, le juge de l'impôt, lorsque l'opposition porte sur l'existence de l'obligation de payer, le montant de la dette compte tenu des paiements effectués, l'exigibilité de la somme réclamée ou tout autre motif ne remettant pas en cause l'assiette et le calcul de l'impôt.

671. Nombreux sont les politiques, praticiens ou professeur de droit qui ont proposé une unification à la fois du contentieux de l'assiette de l'impôt ainsi que du recouvrement. Philippe Bern souligne « qu'il y a dans la survivance du partage (des compétences) quelque chose d'étonnant. Il ne repose sur aucun fondement logique et les raisons historiques qui l'ont engendré s'avèrent aujourd'hui pour le moins périmées. Comment, dans ces conditions, en expliquer le maintien alors que le législateur s'efforce depuis si longtemps d'harmoniser les procédures fiscales ? Comment ce partage a-t-il pu notamment résister aux réformes de 1948, 1959 et 1963 ?[920]». En dépit d'un risque d'encombrement, nous pensons que la proposition la plus réaliste est celle qui tendrait à unifier le contentieux au profit du juge

[919] « En matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires ou de taxes assimilées, les décisions rendues par l'administration sur les réclamations contentieuses et qui ne donnent pas entière satisfaction aux intéressés peuvent être portées devant le tribunal administratif. Il en est de même pour les décisions intervenues en cas de contestation pour la fixation du montant des abonnements prévus à l'article 1700 du code général des impôts pour les établissements soumis à l'impôt sur les spectacles. En matière de droits d'enregistrement, de taxe de publicité foncière, de droits de timbre, de contributions indirectes et de taxes assimilées à ces droits, taxes ou contributions, le tribunal compétent est le tribunal de grande instance. Les tribunaux de grande instance statuent en premier ressort. Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application ».

[920] Ph. Bern, La nature juridique du contentieux de l'imposition, LGDJ, Paris, 1972, p. 80.

administratif, comme cela est proposé par plusieurs auteurs[921].

672. L'auteur évoque aussi les obstacles avancés à l'occasion de la réforme organisée par la loi n° 63-1316 du 27 décembre 1963 portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale. Selon les acteurs de la réforme, « la perception des droits d'enregistrement et de timbre est étroitement liée à l'interprétation d'actes, de contrats ou de situations juridiques ressortissant du droit privé, en sorte que le contentieux de ces droits relève naturellement de la compétence des tribunaux judiciaires[922]». Nous pensons toutefois que cet obstacle n'en est pas réellement un, étant donné que de façon régulière, le juge administratif interprète déjà des conventions de droit privé dans le cadre du contentieux de l'assiette, par exemple.

673. Ils évoquent également le caractère particulier des contributions indirectes qui entraine, en cas d'infractions, « un contentieux répressif, nécessairement soumis aux juridictions pénales. Si en cette matière, la compétence, comme juge de l'impôt, était attribuée aux tribunaux administratifs, de nombreuses questions préjudicielles devraient être tranchées par ces tribunaux avant toute décision du juge pénal et il s'en suivrait un ralentissement considérable des procédures[923]». À propos de cet argument, Philippe Bern a démontré[924] qu'il pouvait être écarté en rappelant qu'il n'est pas justifié en présence du principe prétorien de l'indépendance des instances pénale et fiscale.

674. Un travail d'unification serait également salvateur en ce qui concerne le contentieux relatif au droit du travail car il représente un domaine où les interconnexions entre la juridiction judiciaire et administrative sont nombreuses et où les divergences peuvent potentiellement porter atteinte aux droits des justiciables. Selon Alain Lacabarats et Antoine Jeammaud, « la pluralité des juridictions intervenant dans le domaine du travail salarié interdit d'évoquer LE juge, mais nécessite d'envisager LES juges. Il y a dans ces introductions aux analyses du contentieux du travail comme un regret, celui de l'unité, et comme un reproche, celui de la dispersion du contentieux du travail[925]».

---

[921] Ph. Bern, *op. cit*. p. 83 ; C. David, Justice fiscale, in L. Cadiet (dir.) Dictionnaire de la justice : PUF (2004) p. 763 ; K. Sid Ahmed, Droits fondamentaux du contribuable et procédures fiscales-Étude comparative, L'Harmattan, Paris, 2008, T.2, p. 122 à 124.

[922] JOAN 1963, p. 333 et 334.

[923] *Ibid.*

[924] Ph. Bern., *op. cit.,* p. 82-83.

[925] A. Lacabarats. A. Jeammaud, Dispersion du contentieux du travail ? RDT 2013, n°9, p.536.

675. Le rapport Lacabarats précise que le contentieux du droit du travail est réparti au moins, à travers sept juges différents :

- « le juge prud'homal, pour les litiges individuels nés du contrat de travail ;
- le juge administratif, dès lors que le contentieux fait intervenir l'autorité administrative ;
- le juge d'instance, pour le contentieux de la représentativité et des élections professionnelles et pour les contestations relatives au contrat d'engagement entre armateurs et marins ;
- le juge départiteur, qui n'est pas nécessairement celui qui, au sein du tribunal d'instance, traite le contentieux des élections et de la représentativité ;
- le tribunal de grande instance, pour les contentieux collectifs ;
- les tribunaux répressifs, en cas d'infraction à la législation du travail ;
- le tribunal de commerce, en cas de procédure collective[926]».

Cette situation est nécessairement source de complexité et d'incompréhension pour le justiciable ainsi qu'une difficulté pour l'organisation juridictionnelle.

676. À l'heure actuelle, la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires en matière de droit du travail n'est pas sur la voie de l'unification, bien au contraire. En dehors des attributions importantes que détient le juge administratif en ce qui concerne le contentieux du licenciement des salariés protégés, de nouvelles compétences lui ont été transférées par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Cette loi met en œuvre un accord national interprofessionnel qui prévoit une procédure d'approbation administrative préalable par le directeur régional des entreprises de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi des plans de sauvegarde de l'emploi. Ces plans doivent, dans les entreprises de plus de cinquante salariés, accompagner toute opération de restructuration se traduisant par au moins dix licenciements sur une période d'un mois : cette approbation peut prendre la forme soit d'une décision de validation d'un accord entre employeurs et syndicats, soit d'une décision d'homologation d'un document unilatéral de l'employeur. Le contentieux de la décision d'approbation, et à travers elle du plan de sauvegarde de l'emploi, relève de la juridiction administrative, tandis que celui des licenciements eux-mêmes continue de relever du juge naturel du contrat de travail, le conseil de prud'hommes.

677. Ce partage conduit à laisser à des juges non spécialisés, des contentieux relatifs au droit du travail à travers lesquels ils ne peuvent s'investir que de manière limité. Dans cette perspective, le rapport préconise : « ainsi que l'ont proposé divers auteurs, qu'il pourrait utilement être unifié l'entier contentieux entre les mains d'un

[926] Rapport Lacabarats, L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle, 2014, p.52.

seul juge[927]». Toutefois, le rapport ne précise pas comment surmonter les difficultés liées à la réserve de compétence du juge administratif reconnue par le Conseil constitutionnel.

678. Concrètement, peu de solutions se présentent pour réduire efficacement la dispersion du contentieux social. Parmi elles, l'une viserait à créer une juridiction du travail, dont le champ de compétence serait celui des juridictions civiles et administratives, voire pénale. L'autre solution consisterait à confier l'entier contentieux civil des relations du travail à une juridiction judiciaire. Cette solution risque néanmoins de se heurter à la réticence des partenaires sociaux. D'autres auteurs évoquent un tribunal du travail composé de magistrats professionnels spécialisés, mais cette idée s'accommode assez mal avec les préoccupations budgétaires du ministère de la justice. Alain Lacabarats et Antoine Jeammaud estiment que « le plus rude obstacle, pourtant, serait idéologique, et double : toutes les confédérations représentatives de travailleurs et les organisations patronales restent officiellement attachées aux prud'hommes et ne souhaitent même pas l'introduction de l'échevinage, et comment clore l'histoire d'une juridiction paritaire quand on exalte la « démocratie sociale » ? C'est dire que l'institution prud'homale est taboue[928]». Puisque le législateur ne peut pas anticiper toutes les problématiques de compétence qui peuvent en résulter, il faut que les justiciables lésés puissent aisément recevoir réparation.

B/ La réparation des solutions discriminatoires

679. Les divergences inhérentes à la dualité juridictionnelle peuvent, malgré leur faible nombre, se révéler discriminatoires pour les justiciables. L'une des possibilités offerte au justiciable, est de mettre en cause la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la justice, l'obligeant toutefois à se lancer dans un nouveau procès (1°). Est-il possible de proposer une alternative en donnant la faculté aux justiciables, sous certaines conditions, de réviser leur procès (2°) ?

---

[927] Rapport Lacabarats, *op. cit.,* p.55.

[928] A. Lacabarats. A. Jeammaud, *op. cit.,* p. 536.

1° La mise en cause de la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la justice

680. En vertu de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire, « l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ». La mise en cause du service public de la justice impose, avant tout, que le requérant soit un usager du service public et de la justice et que l'exercice des voies de recours n'ait pas permis de réparer le mauvais fonctionnement allégué[929]. La responsabilité de l'État peut être engagée du fait de son activité juridictionnelle, à condition toutefois de démontrer l'existence d'une faute lourde[930].

681. La notion de faute lourde, non définie par le législateur, a donné lieu à une jurisprudence évolutive, plus favorable aujourd'hui au succès des actions en responsabilité contre l'État. Dans un premier temps et devant les juridictions judiciaires, la jurisprudence entendait la faute lourde d'une manière très extensive, mais la rattachait à la notion d'erreur grossière du juge ou à son intention de nuire. Jusqu'à un arrêt du 23 février 2001 la Cour de cassation définissait la faute lourde comme celle « qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat ou un fonctionnaire de justice, normalement soucieux de ses devoirs, n'y eût pas été entraîné[931] ». Elle admet dorénavant que la faute lourde peut résulter d'une « série de faits » qui, pris isolément, n'auraient pas ce caractère. Dans un second temps, et suite à l'arrêt précité[932], la haute juridiction a nettement infléchi, dans un sens libéral, la notion de la faute lourde sans toutefois aller jusqu'à retenir une faute simple.

---

[929] Cass. civ. 1re, 11 janv. 2005, n°02-15.444, Bull. civ. I, n°20 ; D. 2005. 317 ; Cass. civ. 1re, 12 oct. 2011, n°10-23.288, D. 2011. 2483, note Petit, D. 2011. 3040.

[930] V. notamment D. Cholet, Responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle : la réforme nécessaire, D. 2005. 2540.

[931] Cass. civ. 1re, 13 oct. 1953, Bull. civ. I, n°224 ; Civ. 1re, 20 févr. 1996, JCP 1996. I. 3938, n°1, obs. Cadiet ; Gaz. Pal. 1997. 2. 421.

[932] Cass., ass. plén., 23 févr. 2001, no 99-16.165 , Bolle-Laroche, D. 2001. 1752, note Debbasch ; BICC 1er avr. 2001 ; Gaz. Pal. 2001. 2. 1119, concl. de Gouttes et note Mme Collomp ; JCP 2001. I. 26, obs. Viney ; JCP 2001. II. 10583, note Menuret ; AJDA 2001. 788, note Petit.

682. L'autre motif d'engagement de la responsabilité, le déni de justice[933] s'analyse comme un refus de répondre aux requêtes ou du fait de négliger de juger les affaires en état de l'être. Mais, selon Serge Guinchard, le déni de justice possède un second sens qui renvoie à l'idée de manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle ». Ce manquement peut être, par exemple, un délai d'audiencement anormal, le devoir du juge d'instruction d'instruire en ne négligeant aucune piste, le manquement d'un juge d'instruction à son devoir d'information avec célérité etc. Naturellement, le requérant doit démontrer un préjudice certain, direct, matériel ou moral (perte de revenus, perte de chance, préjudice moral liée à l'autorisation d'un licenciement, perte de confiance en l'institution judiciaire, du fait d'une solution discriminatoire).

683. En ce qui concerne les juridictions administratives, le Conseil d'État a admis, en rupture avec son ancienne jurisprudence[934], le principe d'une responsabilité de l'État à raison de l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative[935]. Cette responsabilité n'est pas régie par l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire car son champ d'application est limité à la seule activité des tribunaux judiciaires. Ce sont donc les principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique qui commande le régime de cette responsabilité. Par conséquent, l'appréciation de la faute est effectuée « dans les circonstances de l'affaire » et le juge apprécie la gravité de la faute par rapport aux obligations du service et non par rapport à l'ampleur du préjudice invoqué.

684. La décision Magiera[936] rendue le 28 juin 2002 par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État, marque une nouvelle étape importante quant à la responsabilité pour faute du service public de la justice administrative. Lorsque la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement leur a causé un préjudice, ils peuvent obtenir réparation du dommage ainsi causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice.

---

933 T.G.I Paris, 6 juillet 1994, Gaz. Pal. 1994, p. 37, obs. Petit ; J.C.P. 94, I, 3805, n° 2, obs. Cadiet ; Dr. et Patrim. janv. 1995, p. 9, obs. Waissière ; T.G.I Paris, 5 nov. 1997, D. 1998, J, p. 9, note A. M. Frison-Roche, confirmé en appel : Paris 20 janv. 1999, Gaz. Pal. 2 févr.1999.

934 CE, ass., 4 janv. 1952, Pourcelet, D. 1952. 304, concl. Delvolvé. ; CE, ass., 12 juill. 1969, L'étang, Rec. 386.

935 CE 29 déc. 1978, Darmont, D. 1979. 278, note Vasseur ; AJDA 1979. 45, note Lombard ; RD publ. 1979. 1742, note Auby.

936 CE, ass., 28 juin 2002, n°239575, Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Magiera, Rec. 247, concl. F. Lamy ; AJDA 2002, chron. JP 596 ; CE 25 janv. 2006, SARL Potchou, AJDA 2006. 589, chron. Landais et Lenica.

685. Comme le relève Olivier Renard-Payen[937], devant l'un et l'autre ordre de juridiction, la responsabilité de l'État est retenue lorsque le service public a connu un dysfonctionnement caractérisé, apprécié objectivement en fonction de ce qu'un justiciable est en droit d'attendre du service public de la justice, sans appréciation du comportement individuel de son agent. La gravité des conséquences du dysfonctionnement est, en revanche, parfois prise en considération. La constatation d'une tendance commune à l'assouplissement des conditions de mise en jeu de la responsabilité de l'État en la matière conduit à s'interroger sur les limites d'une telle orientation. En d'autres termes, peut-on envisager une responsabilité fondée sur la faute simple, voire une responsabilité sans faute ? En revanche, il souligne une divergence persistante, le Conseil d'État refuse en effet de remettre en cause l'autorité de la chose jugée. La jurisprudence du Conseil d'État est fixée, depuis l'arrêt Darmont[938], en ce sens que la responsabilité de l'État ne peut pas être mise en jeu dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive.

686. Les divergences entre les deux ordres juridictionnels qui conduisent à un traitement discriminatoire entre les justiciables, c'est à dire sans fondement objectif, peuvent-elles permettre de mettre en cause la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la justice ? Le cas du déni de justice ne nous paraît pas pouvoir couvrir cette hypothèse dans la mesure où il ne s'agit pas d'un refus de répondre aux requêtes soumises par le justiciable. En revanche, dans la mesure où les juridictions administratives comme judiciaires, tendent à retenir une notion extensive de la faute lourde, il n'est pas exclu que ce type de divergence puisse être considérée comme une faute. Le principal obstacle réside dans l'idée que la fonction de juger comporte nécessairement une part d'aléas. Retenir la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux de la justice, à cause de ces divergences, risquerait également de mettre en péril l'appréciation souveraine des juges. Que reste-il au justiciable pour obtenir réparation ?

---

[937] O. Renard-Payen, La responsabilité de l'Etat pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative (consulté le 15 mars 2016) Disponible sur:https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2002_140/deuxieme_partie_tudes_documents_143/tudes_theme_responsabilite_145/faute_fait_6107.html.

[938] CE, ass., 29 déc. 1978, Darmont, Rec. 542, D. 1979. 279, note Vasseur, AJDA 1975. 45, note M. Lombard, RD publ. 1979. 1742, note Auby.

2° Réviser le procès ?

687. Mettre en cause la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux oblige le justiciable à saisir à nouveau le juge et à s'engager dans une procédure dont il ignore si l'issue lui sera favorable. Dans ce contexte, nous estimons que le législateur doit organiser des modalités plus accessibles permettant aux justiciables d'obtenir la révision du procès, sous certaines conditions. Il faut naturellement garder à l'esprit que la révision est une voie de recours extraordinaire qui permet de demander, dans des cas très limités, le réexamen d'une décision définitive. Ce recours existe aussi bien devant les juridictions pénales, civiles qu'administratives.

688. Devant les juridictions pénales, l'article 622 du code de procédure pénale prévoit que la révision d'une décision pénale définitive peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue coupable d'un crime ou d'un délit lorsque, après une condamnation, se produit un fait nouveau ou se révèle un élément inconnu de la juridiction au jour du procès de nature à établir l'innocence du condamné ou à faire naître un doute sur sa culpabilité. Devant les juridictions civiles, le recours en révision, organisé par l'article 595 du code de procédure civile, est prévu dans différents cas et notamment, si après le jugement, la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue ou si depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d'une autre partie. La révision peut encore être sollicitée s'il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement ou encore, s'il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement. Dans tous ces cas, l'article 595 du code de procédure civile précise que ce recours n'est recevable que si son auteur n'a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée.

689. Devant les juridictions administratives, le recours en révision est régi par l'article R. 834-1 du code de justice administrative, qui prévoit trois cas d'ouverture. La décision peut ainsi être révisée si elle a été rendue sur pièces fausses, si la partie a été condamnée faute d'avoir produit une pièce décisive qui était retenue par son adversaire ou si la décision est intervenue sans qu'aient été observées les dispositions du présent code relatives à la composition de la formation de jugement, à la tenue des audiences ainsi qu'à la forme et au prononcé de la décision.

690. Soulignons que le dernier cas de révision devant la juridiction administrative n'est pas explicitement prévu devant les juridictions civiles et répressives. Mais, si les cas d'ouverture ne sont pas parfaitement identiques selon la juridiction concernée, la révision présente, de façon générale, un cadre préalablement défini et la jurisprudence apprécie les cas d'ouverture de ce recours de manière stricte. Sans

porter atteinte au caractère exceptionnel de ce recours, un cas d'ouverture supplémentaire pourrait être envisagé pour lutter contre les situations discriminantes, liées à des divergences jurisprudentielles entre les deux ordres juridictionnels qui se seraient résorbées une fois la décision passée en force de chose jugée. Le cas d'ouverture supplémentaire pourrait être rédigé ainsi : « Le recours en révision est également ouvert aux parties présentes ou représentées lorsque une décision juridictionnelle a gravement porté atteinte aux droits ou aux intérêts d'un justiciable en raison d'une divergence ou d'une contrariété jurisprudentielle qui se serait résorbée une fois la décision passée en force de chose jugée ».

691. Pour éviter les manœuvres dolosives et l'atteinte à la sécurité juridique des décisions de justice, une possibilité de révision pourrait être aménagée lorsque le justiciable est en mesure de démontrer que la divergence jurisprudentielle a eu des conséquences particulièrement graves et injustifiées sur sa situation personnelle. La juridiction saisie du recours en révision apprécierait *in concreto* l'existence et la gravité des conséquences alléguées. Un tel recours, qui se limite initialement à des hypothèses particulièrement graves, comme celles impliquant la fraude ou l'existence de faux, nous paraît toutefois inadapté pour pallier aux conséquences de ces divergences. Le risque serait trop grand de voir la sécurité juridique et le pouvoir d'appréciation souverain des juges mis en cause de façon déraisonnable. Au final, rien ne sera jamais aussi efficace qu'un dialogue renforcé entre les juges des deux ordres juridictionnels.

Paragraphe 2 : L'adaptation des missions du juge

692. L'un des outils les plus efficaces pour résoudre les divergences jurisprudentielles liées à la dualité juridictionnelle reste certainement les juges eux-mêmes. Les juges du Conseil d'État et de la Cour de cassation doivent renforcer leur dialogue et élargir leur mission d'unification (A). Le Tribunal des conflits reste, malgré sa réforme, une juridiction dont le potentiel reste partiellement inexploité (B).

A/ Le renforcement du dialogue et de la mission unificatrice des juridictions suprêmes

693. Alors que la question préjudicielle connaît un certain renouveau depuis la réforme du Tribunal des conflits, elle reste très critiquée par la doctrine et délaissée par les juges. L'idée d'un dialogue plus franc et plus immédiat entre les juridictions

administratives et judiciaires doit être privilégié (1°). Au delà de la question du dialogue, il est nécessaire que la mission unificatrice des juridictions suprêmes soit entendue plus largement (2°).

1° Le développement d'échanges directs

694. Le débat autour de la question préjudicielle - Selon Bertrand Seiller[939], la doctrine s'accorde pour considérer que le mécanisme des questions préjudicielles ne fut relativement maîtrisé qu'au milieu du XIXe siècle. Il n'a, pour autant, jamais cessé d'être critiqué. Malgré ce rejet, quelques auteurs ont toutefois estimé que la question préjudicielle présentait un aspect positif parce qu'elle permet de créer un lien entre les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire à travers lequel elles peuvent communiquer et collaborer. Les critiques négatives semblent toutefois bien plus développées que les prétendus aspects positifs de ce mécanisme. Bertrand Seiller cite, par exemple, Maurice Hauriou qui déclarait n'avoir « jamais aimé les questions préjudicielles et les complications de procédure[940] » et souhaitait leur suppression chaque fois que la chose serait possible. Pour Danien Granjon[941], la séparation des autorités, dresse un « rideau de fer » entre les juridictions et oblige les justiciables à aller d'un juge à l'autre. Elle aussi peut constituer, selon Yves Gaudemet, une entrave à la justice[942], générant une cause supplémentaire de lenteur et de coût. Bertrand Seiller[943] dénonce l'atteinte que peut causer la question préjudicielle à l'unité du procès, puisqu'elles permettent de déroger à la règle selon laquelle le juge de l'action est juge de l'exception. Certains évoquent aussi la potentielle atteinte à l'indépendance du juge saisi au principal, dans la mesure où ce dernier est tenu de respecter la réponse donnée à la question préjudicielle. Selon l'auteur ces éléments négatifs ne sont pas étrangers à la réduction substantielle du champ des questions préjudicielles de droit administratif récemment décidée par le Tribunal des conflits et à laquelle le Conseil d'État a répondu par une réduction corrélative du champ de celles de droit privé.

695. La question préjudicielle, censée permettre de pallier aux inconvénients de la séparation des pouvoirs ne se révèle pas indispensable, et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, elle génère des contraintes et le délai associé à sa mise en œuvre constitue

---

939 Répertoire de contentieux administratif Dalloz, v° Question préjudicielle, n°10 et s.

940 note sous T. confl. 16 juin 1923, Septfonds, S. 1923. 3. 49, note Hauriou ; DP 1924. 3. 41, concl. Matter.

941 D. Granjon, Les questions préjudicielles, AJDA 1968. 75.

942 Y. Gaudemet, Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction, RFDA 1990, p.764.

943 B. Seiller, *op. cit.*

un obstacle à la bonne administration de la justice. D'autre part, eu égard à l'utilisation assez limitée qu'en font les juges nationaux, il est légitime de se questionner sur le caractère indispensable et nécessaire de la question préjudicielle. Puisqu'elles présentent plus d'inconvénients que d'avantages et qu'elles sont peu usitées, pourquoi les maintenir ? Et pourquoi ne pas les remplacer par un mécanisme plus efficient au regard de l'objectif de bonne administration de la justice ?

696. Le renouveau de la question préjudicielle - Malgré ces observations, le régime de la question préjudicielle semble connaître un renouveau[944] et ce, à l'occasion de la réforme du Tribunal des conflits. Le but des modifications annoncées est de permettre un transfert plus fluide et plus efficace des questions préjudicielles entre les deux ordres de juridiction. Ces modifications sont prévues par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Conformément à la proposition du rapport Gallet portant sur la réforme du Tribunal des conflits, les articles 47 et 48 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015[945] prévoient que les questions préjudicielles sont traitées de « juge à juge ». Selon Sophie Hutier, il s'agit d'une modernisation importante de la procédure, puisqu'auparavant, les parties à l'instance se voyaient dans l'obligation de prendre elles même l'initiative de la procédure. Le juge saisi au principal se contentait de surseoir à statuer et les parties devaient alors s'adresser au juge compétent pour répondre au problème soulevé par la question préjudicielle. Cette modalité exposait la procédure à certaines manoeuvres dilatoires, notamment dans les cas où les parties tardaient à s'adresser au juge compétent ou refusaient d'effectuer la démarche[946].

697. La création d'une formation de jugement mixte – Comme évoqué précédemment, et bien que réformée, la question préjudicielle présente plusieurs inconvénients et notamment celui de ralentir le déroulement du procès. Or, l'exigence d'un délai raisonnable est une des priorités qui commande le procès moderne. Pour trouver une alternative intéressante à la question préjudicielle, il est proposé de créer la possibilité de réunir une formation mixte élargie au sein de l'ordre judiciaire et administratif, lorsque la nature de l'affaire le commande. Cette formation a vocation à être créée, en priorité, au sein des juridictions administratives et aux seins des juridictions civiles. Au contraire, elle n'a pas sa place devant les juridictions pénales, puisque ces dernières peuvent, dans les conditions prévues par l'article 111-5 du

---

944 S. Hutier, Vers un renouveau des questions préjudicielles, Procédures n°8-9, Août 2015, alerte 34.

945 D. n° 2015-233, 27 févr. 2015, relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, JO du 1er Mars 2015.

946 S. Hutier, *op. cit.*

code pénal, interpréter ou apprécier la légalité d'un acte administratif.

698. La formation mixte élargie sera privilégiée lorsqu'est en cause, un litige dont les caractéristiques impliquent que soit posée à la juridiction judiciaire ou administrative une question préjudicielle. On peut toutefois imaginer que cette formation soit sollicitée pour tout autre litige qui impliquerait la compétence d'un ou plusieurs juges de l'ordre administratif ou judiciaire, évitant ainsi le risque de divergences jurisprudentielles. La composition variera si le litige se présente devant les juridictions administratives ou judiciaires. Elle sera uniquement envisageable à l'égard des litiges pour lesquels la collégialité est la règle et sera logiquement exclue lorsque le juge unique est compétent.

699. Devant les juridictions administratives, il faut imaginer la présence habituelle d'un président, de deux rapporteurs ainsi que d'un rapporteur public auxquels on adjoindra deux magistrats de l'ordre judiciaire. Devant les juridictions judiciaires, les trois magistrats qui siègent habituellement, seront accompagnés de deux conseillers détachés de la juridiction administrative. La procédure suivie, lorsque se tient une telle formation, est celle de la juridiction devant laquelle le litige est porté.

700. Cette idée ne peut se faire qu'au prix d'un certain affaiblissement de la collégialité des membres détachés. Ces membres ne seront que deux pour juger des questions qui sont en principe, traitées par une formation de trois magistrats ou conseillers. La collégialité est un mode de composition qui possède de multiples avantages, en permettant au magistrat de se former et d'enrichir sa réflexion au contact de ses collègues. Elle lui assure en plus, une protection qui garantit la sérénité des délibérés et l'indépendance de sa décision. D'autre part, la collégialité garantit au justiciable une décision mesurée, peu susceptible d'avoir été influencée par la partialité d'un juge, et dotée d'une plus grande autorité.

701. Si ce principe est important dans le fonctionnement des institutions juridictionnelles françaises, il souffre néanmoins de plus en plus d'exceptions[947]. Le Conseil Constitutionnel[948] a jugé que la collégialité des juridictions n'était pas un principe d'organisation juridictionnelle ayant valeur constitutionnelle. Il admet le recours au juge unique, dès lors que son institution dépend du législateur et que soit respecté le principe d'égalité des citoyens devant la justice. Il adoptera le même

[947] C. Dost, Collégialité et juge unique dans le droit judiciaire français, thèse (dactyl.) Bordeaux, déc. 1999 ; M.A. Cohendet, La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition, RFD const. 2006. 68. 713.

[948] T. Renoux, Le Conseil constitutionnel et la collégialité in Les juges uniques : dispersion ou réorganisation du contentieux ? Dalloz, Paris, 1996.

raisonnement en ce qui concerne la justice administrative[949]. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, l'affaiblissement de la collégialité peut être envisagé. Par ailleurs, cette formation mixte élargie ne peut être envisagée lorsque la loi prévoit que le juge statuera seul, ni lorsque la juridiction est composée de juges non-professionnels (comme le conseil des prud'hommes par exemple). Au delà de l'idée d'une formation mixte, c'est un travail d'unification plus étendu qui doit être assuré par les juridictions suprêmes.

2° L'élargissement de la mission unificatrice des juridictions suprêmes

702. L'unité au delà d'un seul ordre juridictionnel - L'étude d'une partie de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État nous renseigne sur leurs attitudes réciproques face à l'érosion entre le droit public et le droit privé. Elles semblent globalement s'inscrire dans une perspective de préservation de l'unité du droit, au delà de leur propre ordre juridictionnel. S'agissant de la Cour de cassation d'une part, lorsqu'elle est confrontée à une question de droit public, celle-ci ne manque pas de porter une attention particulière à la jurisprudence administrative, en s'y référant parfois : « il résulte de la jurisprudence administrative » ou « la jurisprudence administrative reconnaissait déjà que » ou encore, « que selon la jurisprudence administrative, le détachement est une mesure essentiellement révocable et qu'il peut y être mis fin à tout moment ». Les références sont parfois très précises : « la jurisprudence administrative et spécialement l'arrêt du Conseil d'État qui est invoqué (en l'espèce il s'agissait de l'arrêt Société fermière de Campoloro[950]) ne confèrent pas à ce principe le caractère et la portée qui lui sont attribués par le requérant ». La Cour de Cassation inscrit sa jurisprudence dans un contexte ouvert, impliquant la coexistence d'ordres juridictionnels nationaux et supra nationaux : « en prononçant une interdiction visant à exclure le condamné exécutant une peine de son domicile et de sa cellule familiale, lorsqu'aucun manquement aux obligations de la mise à l'épreuve n'avait été constaté, la Cour a également méconnu le droit à la réinsertion sociale de la personne condamnée, consacré à l'alinéa 2 de l'article 707 du code procédure pénale, lequel doit être interprété à la lumière tant de la jurisprudence administrative que celle de la cour européenne ».

---

[949] Cons. Const., déc., n°2010-54 QPC du 14 oct. 2010, Union synd. magistrats administratifs, Rec. CC. 289 ; AJDA 2010. 1967 ; *ibid.* 1452 ; Constitutions 2011. 339, obs. J. Barthélemy et L. Boré.

[950] CE, sect. 18 nov. 2005, n°271898, Sté fermière de Campoloro et Sté de gestion du port de Compoloro, Lebon; AJDA 2006. 137, chron. Landais et Lenica; AJDA 2007. 1218, étude Cassia; RFDA 2006. 341, note Bon; JCP 2006. II. 10044, note de Moustier et Béatrix.

703. Alors même que le moyen est propre à la procédure suivie devant les juridictions administratives, la Cour de cassation sanctionne les juges du fond de ne pas y avoir répondu : « que dans ses dernières conclusions d'appel signifiées le 1re décembre 2010, la SA Finaréal a soutenu qu'elle avait droit à former un recours pour excès de pouvoir, en vertu d'un principe général du droit consacré par la jurisprudence administrative (CE 17 février 1950, Dame Lamotte), que l'exercice d'un recours devant les juridictions administratives était une garantie dont bénéficiaient toutes les personnes sur le fondement de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et, plus généralement, que l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen lui garantissait le droit à un recours effectif, et que sa condamnation à verser des dommages-intérêts portait atteinte à ce droit dont elle était titulaire ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, la Cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de motivation de l'article 455 du Code de procédure civile ».

704. À propos du contentieux fiscal, la Cour de cassation utilise les mêmes interprétations que le juge judiciaire : « sur le caractère d'entreprise nouvelle, la cour relève que l'administration a soutenu, pour contester le caractère d'entreprise nouvelle de la SAS Catlantech, que celle-ci ne constituait qu'une simple extension d'activités de la SA Catana ; que l'extension d'activité se reconnaît, selon la jurisprudence administrative, « au fait que l'entreprise créée ne dispose d'aucune autonomie réelle et ne constitue que la simple émanation de l'entreprise existante » et se caractérise « par une similitude ou une complémentarité d'activité entre l'entreprise ancienne et l'entreprise nouvelle et l'existence de liens de dépendance entre les deux ».

705. La jurisprudence du Conseil d'État s'inscrit dans la même lignée que celle de la Cour de cassation, laissant apparaître un réel effort pour le maintien de l'unité du droit : « que, d'autre part, il résultait alors tant de la jurisprudence du Conseil d'État, notamment de sa décision n° 2409 du 3 novembre 1978, que de celle de la Cour de cassation, en particulier de son arrêt n° 81-94160 du 6 juillet 1982, que les prélèvements en cause ne pouvaient être regardés comme des impositions frappant des recettes appartenant aux exploitants des casinos, les sommes correspondantes appartenant d'emblée aux bénéficiaires de ces prélèvements».

706. Concernant un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande tendant à l'abrogation des articles R. 53-8-1, R. 53-8-2 et R. 53-8-7 du code de procédure pénale : « considérant que le requérant soutient que les dispositions réglementaires dont il demandait l'abrogation sont illégales, dès lors que le délit d'agression sexuelle serait insuffisamment défini au regard du principe de légalité des délits et des peines

garanti par la Constitution (…) que, toutefois les dispositions de l'article 222-22 du code pénal, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation, définissent de manière suffisamment claire et précise les éléments constitutifs du délit d'agression sexuelle (…)».

707. Les conclusions des rapporteurs publics font fréquemment référence aux décisions de la Cour de cassation sur des contentieux communs et invitent régulièrement la formation de jugement à se rallier à celle du juge judiciaire, dans un souci de ne pas discriminer les requérants : « sans doute préférerez-vous vous aligner sur le juge judiciaire. D'abord parce qu'il s'agit d'une question que ce dernier rencontre beaucoup plus souvent que le juge administratif - ce qui diminue d'ailleurs l'importance de l'enjeu. Et surtout, parce que votre jurisprudence peut s'avérer moins favorable au salarié, ce qui est paradoxal puisque ce dernier bénéficie d'une protection particulière [951]».

708. À propos du principe de la loyauté de la preuve dans le cadre d'un contentieux relatif à un agent de la commune : « Faut-il aller plus loin et inclure dans ce débat la question de la loyauté de la preuve ? Nous vous le proposons, essentiellement pour trois raisons. Premièrement, il nous paraîtrait étrange que vous mainteniez un splendide isolement en ignorant les jurisprudences des chambres civiles de la Cour de cassation, de sa chambre criminelle et du Conseil constitutionnel. Si toutes n'ont pas affirmé avec la même solennité l'existence d'un principe de loyauté dans l'administration de la preuve, si toutes ne lui donnent pas la même portée, toutes l'ont reconnu. Et surtout, toutes l'ont rattaché, de manière plus ou moins explicite, à des principes qui s'appliquent bien évidemment au procès administratif : respect des droits de la défense, égalité des armes, caractère contradictoire de la procédure[952] ».

709. Malgré ces efforts, l'unité et la cohérence du droit reste parfois difficile à maintenir eu égard, notamment, au caractère indirect du dialogue entre les deux ordres juridictionnels. L'exemple du contournement de l'utilisation de la question préjudicielle est révélateur de la difficulté d'établir un dialogue sans impacter la qualité de la justice. Cette procédure est prévue lorsque est en cause : « un point litigieux, dont la solution doit précéder celle de la question principale qu'elle commande mais qui ne peut être tranchée par la juridiction saisie, de sorte que celle-ci doit sursoir à statuer jusqu'à ce que cette question préjudicielle ait été résolue par la juridiction seule compétente pour en connaître ». Selon la Cour de cassation, une question préjudicielle de droit administratif ne peut être utilement soulevée qu'à la double condition qu'elle présente un caractère sérieux et porte sur une question dont

[951] R. Keller, concl. sous CE, 23 déc. 2014, n°s 344616 et 363633, M. B.
[952] V. Daumas, concl. sous CE, 16 juill. 2014, n°355201, M. Freddy G.

la solution est nécessaire à la solution du litige . La juridiction suprême précise que, si en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît clairement que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal. Elle se place ainsi dans la droite ligne jurisprudentielle du Tribunal des conflits.

710. L'analyse du recours à la question préjudicielle à travers les décisions de la Cour de Cassation et du Conseil d'État est éloquente. Entre l'année 2003 et 2015, le Conseil d'État a eu recours à la question préjudicielle, à destination de l'autorité judiciaire, seulement dix-neuf fois. Ces questions concernaient pour l'essentiel, les problématiques liées à la nationalité et au droit du travail. Pour la même période, les juges du quai de l'horloge utilisant tantôt le terme de « renvoi préjudiciel » ou celui de « question préjudicielle », ont eu recours à ce procédé à l'égard des juridictions administratives, vingt-quatre fois, dont onze fois en 2012 pour une même série de litiges. Ces questions concernent l'appréciation de la légalité de dispositions règlementaires diverses et variées (sécurité sociale, travail). Le constat est celui d'une faible utilisation de la question préjudicielle, dénoncée par les professionnels comme les universitaires, comme complexe et source de lenteur.

711. Si la question préjudicielle, outil de communication directe, devient peu à peu obsolète, cela ne signifie pas pour autant que le dialogue entre les juges des deux ordres juridictionnels est rompu, mais seulement qu'ils utilisent un mode de communication indirect. Ce délaissement n'est cependant pas le fruit du hasard, mais le concours de plusieurs éléments. À l'heure où les lenteurs de la justice deviennent de moins en moins tolérées par les justiciables, qui exigent une plus grande célérité dans le fonctionnement de la justice, la question préjudicielle peut apparaître comme une source de lenteur excessive et superflue. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel et le Tribunal des conflits ont, par leurs jurisprudences respectives, réduit le champ d'application de la question préjudicielle en permettant des dérogations aux règles découlant de la loi des 16 et 24 août 1790 et au décret du 16 fructidor an III.

712. Conscientes des interconnexions croissantes entre les différents ordres juridictionnels, les solutions dégagées par les juridictions suprêmes s'inscrivent dans un contexte juridique global. Il ressort de la jurisprudence de ces juridictions, une réelle volonté quant à la préservation de l'unité du droit. Mais, sous l'effet de l'érosion du droit public et du droit privé et du développement de contentieux mixtes, l'office du juge judiciaire et du juge administratif se transforment. Jusqu'alors relativement cloisonnées, les juridictions suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire sont progressivement confrontées à des notions qui leur sont peu familières. Face à

l'interpénétration des catégories juridiques, le Conseil d'État et la Cour de cassation doivent assurer l'unité du droit, non seulement en ce qui concerne les contentieux qui leurs sont classiquement attribués, mais aussi ceux qui impliquent l'application de règles traditionnellement réservées à un autre ordre de juridiction. Dans cette perspective, les risques de divergences jurisprudentielles se multiplient et sont susceptibles de menacer la pertinence des solutions rendues, ainsi que l'effectivité du recours des justiciables.

713. L'une des missions principales des juridictions suprêmes est de préserver l'unité du droit en harmonisant la jurisprudence des juridictions inférieures. Que ce soit le Conseil d'État ou la Cour de cassation, la même finalité guide la mission du juge de cassation. Il n'est pas inutile de rappeler que le juge de cassation ne constitue pas un troisième juge du fond du litige, mais le juge de la régularité et de la légalité des jugements ou arrêts rendus par les juges du fond, ce qui explique la place importante accordée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il entre ainsi dans les missions du juge de cassation, le devoir de s'assurer que les justiciables ont effectivement bénéficié des garanties de procédure devant les juridictions du fond, que ces dernières ont respecté les règles de compétence qui s'imposent à elles, sans excéder les pouvoirs qui sont les leurs et que les décisions rendues l'ont été sur la base d'une exacte interprétation de l'ensemble des règles de fond dont dépendait l'issue du litige dont elles étaient saisies. Il lui appartient donc, en somme, de vérifier que les juridictions du fond ont statué conformément au droit.

714. Le juge de cassation garantit ainsi l'unité de la jurisprudence sur l'ensemble du territoire national, et permet d'éviter que la multiplicité des juridictions statuant en dernier ressort ne conduise à ce que des justiciables se trouvant dans une même situation, se voient appliquer des interprétations divergentes des mêmes règles de droit. Il n'est pas rare en effet, que différents tribunaux administratifs ou cours administratives d'appel soient saisies, à quelques mois ou années d'intervalle, de litiges posant des questions similaires ou portant application des mêmes textes. L'intervention du juge de cassation est alors l'occasion d'unifier, le cas échéant, l'interprétation de la règle de droit. Dans cette mesure, le contrôle du juge de cassation contribue au respect de l'égalité des justiciables devant le service public de la justice.

715. Nous estimons que la mission unificatrice exercée par les juridictions suprêmes par la voie de la cassation doit être entendue et perçue de façon plus large. Actuellement, la mission unificatrice consiste à vérifier, pour le Conseil d'État et la Cour de cassation, que le droit est appliqué correctement et uniformément par les juridictions de première instance et d'appel. Lorsque sont en cause, des contentieux qui échappent à la distinction droit public et droit privé et qui sont susceptibles de se

présenter aussi bien devant les juridictions judiciaires qu'administratives, les juridictions suprêmes doivent y porter une attention toute particulière.

716. Lorsque ce type contentieux mixte se présente devant les juridictions suprêmes, la mission d'unification doit intégrer cette transversalité, ce qui doit se traduire *a minima*, par la conscience de l'existence d'une jurisprudence pertinente, émise par les juridictions d'un ordre qui n'appartiennent pas à celui devant lequel l'affaire est portée. Il est évident que cette prise en compte existe déjà, et ne pas l'évoquer reviendrait à méconnaître le dialogue entre les juges. Le contentieux du licenciement offre plusieurs exemples de coopération, qui se manifeste souvent par le ralliement à la position de la juridiction de l'ordre opposé. Mais, la réelle prise en compte d'une solution issue d'un ordre juridictionnel « étranger » reste ponctuelle, et le dialogue demeure bien souvent très indirect entre les deux juridictions suprêmes.

717. Nous pensons que les conséquences qui résultent de l'érosion entre le droit public et le droit privé doivent être prises en compte de façon explicite par les juridictions suprêmes. Il ne s'agit pas de leur imposer de prendre systématiquement en compte les conséquences qui résultent de cette érosion, ni de vouloir imposer une uniformisation totale. Il s'agit simplement d'encourager les juridictions suprêmes à appréhender le système juridictionnel français comme une seule entité, ainsi que de les inviter à harmoniser l'application du droit au delà de l'ordre juridictionnel auquel elles appartiennent. Dans ce contexte, et aux côtés des juridictions suprêmes, le Tribunal des conflits a un rôle primordial a jouer.

B/ La valorisation du Tribunal des conflits

718. Si la Cour européenne des droits de l'homme considère que les divergences de jurisprudence sont inhérentes à tout système juridique, elle attend qu'il existe des mécanismes de résolution efficaces[953]. Le Tribunal des conflits est au nombre de ces mécanismes qui peuvent permettre la résolution des divergences jurisprudentielles. L'actualité juridique a récemment placé cette juridiction sous les feux de la rampe à travers le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Le texte a définitivement été adopté le 16 février 2015 après la saisine du Conseil constitutionnel le 29 janvier 2015 par plus de soixante sénateurs.

[953] Cour EDH, 20 oct. 2011, n° 13279/05, Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie, § 51 et s. ; RTD civ. 2013. 557, obs. P. Deumier et P. Puig.

719. La réforme du Tribunal des conflits s'inscrit dans une logique de simplification du droit, déjà amorcée depuis quelques années. Dans ce contexte, la Garde des Sceaux a confié au vice-président du Tribunal des conflits, la conduite d'une réflexion sur les attributions et le fonctionnement du Tribunal des conflits, autour de l'abandon de sa présidence par le garde des Sceaux, d'une modernisation des dispositions procédurales et, éventuellement, d'une extension de la compétence de cette juridiction. Ce rapport, disponible sur internet[954], a inspiré les nouvelles dispositions portant réforme du Tribunal des conflits, notamment l'article 13 de la loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Il est désormais régi par la loi du 24 mai 1872 modifiée par la loi n°2015-177 du 16 février 2015 susmentionnée, ainsi que par le décret n°2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles. Plusieurs mesures sont au cœur de cette réforme : la suppression de la présidence de la Garde des sceaux, la désignation des rapporteurs publics en lieu et place du commissaire du gouvernement, la saisine et l'extension de la compétence du Tribunal des conflits (…). Selon Elise Carpentier, cette réforme « témoigne de la volonté des pouvoirs publics de mettre le Tribunal en harmonie avec les exigences contemporaines, constitutionnelles et internationales, en matière d'indépendance et d'impartialité des juridictions, qui s'accommodent mal de la participation d'un membre du gouvernement aux délibérations d'une juridiction [955] ». Ce nouveau contexte a d'ailleurs conduit cette juridiction, pour la première fois depuis son institution, à récuser l'un de ses membres[956].

720. Modernisation à défaut de révolution - Si cette réforme modernise le Tribunal des conflits, les mesures envisagées ne permettent, à notre sens, qu'une évolution timide des règles relatives au fonctionnement de cette juridiction. Si ces mesures permettent de donner au Tribunal des conflits un crédit plus important en lui donnant les moyens de remplir son rôle de médiateur, elles n'accompagnent pas de véritables changements. Dans le cadre des propositions présentées ici, nous souhaitons une réforme permettant une évolution plus ambitieuse du Tribunal des conflits. Nous pensons que cette juridiction peut jouer un rôle clé dans le cadre des évolutions liées à l'érosion entre le droit public et le droit privés que nous avons développé et celles qui pourraient apparaître ultérieurement. Le rôle du Tribunal des conflits doit être mis en avant et cette valorisation passe par deux idées directrices. D'une part, une amélioration doit être consentie au delà de la réforme précitée, quant à l'accessibilité de cette juridiction et d'autre part, une diffusion plus importante des

[954] Rapport du groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits, sept. 2013, disponible en ligne sur http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapp_ref_trib_conflits.pdf.
[955] E. Carpentier, Le Tribunal des conflits, la récusation et l'acte de gouvernement, AJDA 2016, p.265.
[956] T. confl. 18 mai 2015, n°3995, Krikorian, (à paraître) ; E. Carpentier, *op. cit.*

décisions du Tribunal des conflits doit être organisée. Le rapport a d'ailleurs clairement évoqué ce manque d'accessibilité : « les dispositions en vigueur, demeurées hors de toute codification, sont difficiles d'accès pour les justiciables et leurs conseils et que nombre d'entre elles sont devenues inusitées, obsolètes ou contraires aux exigences procédurales actuelles[957]».

721. Codification des règles de fonctionnement - À rebours des idées présentées dans le rapport précité, nous pensons que la codification des règles de fonctionnement du Tribunal des conflits au sein du code de procédure civile et du code de justice administrative est tout à fait opportune. Pourtant, les auteurs du rapport estimaient que : « qu'il n'y avait pas lieu d'envisager une codification de l'ensemble des règles régissant le Tribunal des conflits. Outre qu'il serait peu sérieux d'imaginer un code dédié exclusivement à cette juridiction, ces règles trouveraient difficilement leur place dans les codes actuels, qu'il s'agisse du code de justice administrative ou des codes de procédure civile et d'organisation judiciaire[958]». Si la création d'un code, exclusivement consacré au fonctionnement et à la jurisprudence du Tribunal des conflits paraît être excessif, l'adjonction de ces éléments dans divers codes procéduraux nous semble adaptée et en accord avec la finalité de rendre cette juridiction et son mode de fonctionnement accessibles.

722. Accessibilité, diffusion et compréhension des décisions - et Il nous semble également nécessaire que soit organisée une plus large diffusion de la jurisprudence. À l'heure actuelle, la diffusion de la jurisprudence est une mission de service public et le décret du 7 août 2002 organise, à ce titre, le service public de la diffusion du droit par l'internet. L'accès aux décisions et arrêts du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits, ainsi que d'une sélection des décisions des autres juridictions administratives, judiciaires et financières est gratuit. Il met par ailleurs en place un dispositif permettant, moyennant l'octroi de licences, la réutilisation des données au seul coût de leur mise à disposition. L'accès quasiment gratuit est donc instauré et généralisé aux bases de données publiques juridiques. L'accès devrait encore être facilité par le projet de loi pour une république numérique. Jean-Marc Pastor a souligné les évolutions induites par ce projet de loi : « les sénateurs ont adopté un amendement du Gouvernement qui modifie l'article L. 10 du code de justice administrative et prévoit que « lorsqu'ils sont devenus définitifs, ces jugements sont mis à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées ». Bien que mentionnant les « jugements », l'article L. 10 vise bien l'ensemble des arrêts de la juridiction administrative. Si cette ouverture est déjà effective via le service public de la diffusion

[957] Rapport du groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits, *op. cit.,* p.3
[958] Rapport du groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits, *op. cit.,* p.3

du droit par l'internet pour l'ensemble des décisions du Conseil d'État et une sélection des décisions des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs, le Gouvernement souhaite qu'elle soit étendue et consacrée au titre des principes généraux gouvernant les juridictions administratives [959]».

723. Si la diffusion du contenu des décisions du Tribunal des conflits est actuellement assurée par le site internet de Legifrance et celui de la juridiction, reste la question de l'intelligibilité, que le Conseil constitutionnel a reconnue comme objectif à valeur constitutionnelle. La compréhension des décisions du Tribunal des Conflits doit être organisée par l'Etat ou des rediffuseurs privés. Si quelques uns des grands arrêts du Tribunal des conflits se trouvent mentionnés au sein des ouvrages regroupant les grands arrêts de la jurisprudence administrative[960], la richesse et l'importance que revêt progressivement cette juridiction doit nous amener à lui consacrer des études plus approfondies, indépendamment des décisions du juge administratif. Si plusieurs décisions du Tribunal des conflits ont été d'une importance cruciale dans la construction de la juridiction administrative et du droit public, il ne faut pas que les décisions de cette juridiction soient systématiquement rattachées à l'étude de la jurisprudence administrative, au risque d'entretenir une confusion institutionnelle.

724. Pascale Deumier a souligné le potentiel dont le Tribunal des conflits est doté pour jouer un rôle important dans l'orchestration du dialogue des juges : « dans un système juridique dépourvu d'une Cour suprême unique, la proposition du rapport Gallet de s'en remettre au dialogue des juges aurait pu être prolongée par une réflexion sur la façon d'orchestrer ce dialogue quand son jeu informel aura été insuffisant. Pour assumer un tel rôle, le Tribunal des conflits nouvelle génération ne semble pas dépourvu d'atouts : une juridiction officiellement indépendante, fondamentalement paritaire, qui peut être saisie plus facilement afin de clarifier les conflits destinés à se multiplier à hauteur de l'imbrication croissante des législations se situant à la croisée du droit public et du droit privé [961]». Pour donner les moyens

---

[959] J.-M. Pastor, L'open data sur l'ensemble des décisions des juridictions administratives, Dalloz Actualité, 4 mai 2016.

[960] G. Braibant et alii, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20ème éd., Paris, Dalloz, 2015.

[961] P. Deumier, Le Tribunal des conflits nouvelle génération, Revue Procédures, Mai 2015, n°5, alerte n°26 ; v. également T. Tabeau, La réforme du Tribunal des conflits : une conception moderne de la séparation des pouvoirs, LPA 2015, n°84, p.7 ; B. Seiller, Le Tribunal des conflits renforcé, JCP G 2015, n°17, p.844 ; H. Chris et G. Martin, Comprendre les perspectives de la réforme issue du décret du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles, Droit administratif 2015, n°4, p.38 ; J. Arrighi de Casanova et J.-H Stahl, Tribunal des conflits : l'âge de la maturité, AJDA 2015, n°10, p.575 ; H. Pauliat, La modernisation des procédures devant le Tribunal des conflits, JCP G 2015,

au Tribunal des conflits d'exploiter son potentiel et de mettre en avant ses décisions, il est proposé qu'il soit directement saisi par le justiciable (1°) et d'élargir le cas de saisine pour contrariété (2°)

1°La saisine du Tribunal des conflits par le justiciable

725. Le décret d'application du 27 février 2015 modernise les règles de fonctionnement et de procédure suivies devant le Tribunal des conflits. Il précise les règles applicables en ce qui concerne les procédures de conflit positif (art. 18 à 31), de conflit négatif (art. 37 et 38), de recours en cas de contrariété de décisions au fond (art. 39 à 42). Ce décret améliore également les procédures de prévention des conflits (art. 32 à 36). Il étend à toute juridiction saisie d'un litige présentant une difficulté sérieuse de compétence, la faculté reconnue jusqu'ici seulement au Conseil d'État et à la Cour de cassation de renvoyer au Tribunal des conflits le soin de désigner l'ordre de juridiction compétent.

726. « Question prioritaire de compétence » - La réforme du Tribunal des conflits a œuvré pour permettre un accès plus large au Tribunal des conflits et organise la saisine à toute juridiction et non plus seulement au Conseil d'État et à la Cour de cassation en cas de difficulté sérieuse de compétence. Le rapport Gallet, préalable à la réforme, mentionnait « qu'il a paru hautement souhaitable de donner à toute juridiction saisie d'un litige présentant une difficulté sérieuse de compétence la faculté reconnue actuellement aux seules juridictions suprêmes de renvoyer au Tribunal le soin de désigner l'ordre de juridiction compétent[962] ». Ce nouveau dispositif qui prend la forme d'une question préjudicielle de compétence est ainsi étendu à toutes les juridictions du fond. Nous pensons néanmoins que le Tribunal des conflits doit, en cas de difficultés sérieuses relative à la détermination de la compétence, pouvoir être saisi par le justiciable au cours du procès. Le justiciable devrait être en mesure de pouvoir saisir le Tribunal des conflits pour avis, en prévention d'un conflit négatif. Nous exclurons toutefois la possibilité d'une telle saisine devant la cour d'assises. Cette demande d'avis doit être soulevée par écrit et faire l'objet d'une motivation. Elle devra toujours être distincte des autres conclusions qui sont produites dans l'instance.

---

n°10, p. 492 ; P. Gonod, Réformer le Tribunal des conflits. La réforme réalisée. La modification de la loi du 24 mai 1972, RFDA 2015, p. 331.

[962] Rapport du groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits, *op. cit.,* p.3

727. Afin d'éviter les recours abusifs ou dilatoires, nous préconisons que cette demande fasse l'objet d'un premier filtre par la juridiction saisie de l'affaire, comme dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité. La juridiction saisie de la demande examine si celle-ci est recevable et si les critères sont remplis. La détermination de ces critères est cruciale pour éviter l'encombrement inutile du Tribunal des Conflits. Ces critères peuvent s'inspirer de ceux existants pour la saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité :

- « La règle de compétence critiquée, déterminée par la loi ou la jurisprudence, est applicable au litige ou à la procédure ;
- La demande relative à l'application d'une règle de compétence a déjà fait l'objet d'un avis ou d'une décision du Tribunal des conflits ;
- La demande est nouvelle ou présente un caractère sérieux ».

Si ces conditions sont réunies, la juridiction saisie transmet la demande au Tribunal des conflits qui doit rendre son avis dans un délai de deux mois. L'accès au Tribunal des conflits serait d'autant plus ouvert au justiciable si les cas de saisine étaient plus souples.

2° La réforme de la saisine du Tribunal des conflits en cas de contrariété de décisions

728. En vertu de l'article 1er de la loi du 20 avril 1932[963] : « peuvent être déférées au Tribunal des conflits, lorsqu'elles présentent contrariété conduisant à un déni de justice, les décisions définitives rendues par les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires dans les instances introduites devant les deux ordres de juridiction, pour des litiges portant sur le même objet ». Selon la jurisprudence du Tribunal des conflits, le déni est caractérisé au sens de ces dispositions lorsqu'un demandeur est mis dans l'impossibilité d'obtenir satisfaction à laquelle il a droit, par suite d'appréciations inconciliables entre elles portées par les juridictions de chaque ordre, soit sur des éléments de fait, soit en fonction d'affirmations juridiques contradictoires[964]. Par ailleurs, le juge des conflits estime que si ces dispositions ne trouvent pas à s'appliquer lorsqu'un des deux ordres de juridiction se borne à décliner sa compétence, il en va autrement lorsqu'il existe une contrariété résultant

[963] ouvrant un recours devant le tribunal des conflits contre les décisions définitives rendues par les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs lorsqu'elles présentent contrariété aboutissant à un déni de justice.

[964] T. Confl., 16 juin 2014, n°C3941, Rec. 89 ; T. Confl., 5 mai 2008, n°C3613 ; T., Confl. 26 juin 2006, n°C3499, Rec. 42

du rapprochement d'une décision d'incompétence et d'une décision au fond[965].

729. Le groupe de travail a considéré que « ce cas de saisine, assez rare en pratique, ne justifie pas de modifications des textes actuels. Tout au plus, il est proposé de mentionner expressément la possibilité de recourir à des mesures d'instruction, dont l'exécution et le contrôle seront évidemment effectués dans les conditions prévues aussi bien par le code de procédure civile que par le code de justice administrative[966]». Effectivement si ce cas de saisine est peu fréquent[967], cette rareté peut s'expliquer par deux éléments. D'une part, le justiciable peut, à juste titre, être réticent à vouloir s'investir dans une nouvelle procédure juridictionnelle, longue et coûteuse. D'autre part, la notion de contrariété de décisions est très strictement appréciée par le Tribunal des conflits, de sorte qu'il est nécessaire que soit démontré une réelle incompatibilité entre les décisions en cause. Une telle appréciation décourage doublement le justiciable. Ainsi, il serait plus juste pour les requérants potentiellement lésés, d'interpréter plus largement la notion de contrariété de décisions, ou de la substituer à un autre terme, et d'opérer une sélection sur la gravité du préjudice liée à une contrariété ou une divergence. Car finalement, ce n'est pas le degré de contrariété qui importe, mais les conséquences que les décisions peuvent avoir sur la situation personnelle du justiciable.

[965] T. confl., 6 juill. 2007, n°C3692, Rec. 112.

[966] Rapport du groupe de travail sur la réforme du Tribunal des conflits, *op. cit.,* p.11

[967] Le rapport annuel du Tribunal des conflits mentionne que pour l'année 2015, la juridiction a enregistré un seul cas de saisine pour contrariété de décisions.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

730. L'érosion entre le droit public et le droit privé est une manifestation dont l'évolution risque de se poursuivre sur plusieurs décennies et dans cette perspective, nous pensons que si la dualité juridictionnelle n'évolue pas, elle se révèlera progressivement inadaptée. L'évolution ne signifie pas qu'il faut supprimer la dualité juridictionnelle, mais elle implique une transformation permettant de corriger les rigidités de ce système et des règles qui le caractérise. Les propositions visant à adapter notre système juridictionnel aux évolutions du droit ont vocation à simplifier les règles de répartition des compétences ainsi qu'à impliquer plus significativement le législateur et le juge dans l'amélioration de ce système. Au cœur de ces propositions, nous retrouvons l'idée que les concepts juridiques et les règles relatives à la répartition des compétences doivent être modifiés. Par exemple, la distinction entre le droit public et le droit public ne peut plus être considérée comme une *summa divisio* en droit français. De même, la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 2 septembre 1795 présentent une certaine obsolescence, et méritent d'être réécrits. Le principe de bonne administration de la justice doit être défini avec plus de précision et son utilisation par le législateur dans le cadre de la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif doit être encouragée. Le législateur et les juridictions suprêmes doivent, à leur niveau, œuvrer pour permettre une répartiton des compétences plus lisibles et opter pour une conception plus étendue de leur mission visant à assurer l'unité du droit. Cela implique pour le législateur d'anticiper les conflits de compétence, de prévoir l'unification de certains contentieux ou encore, de réparer, dans la mesure du possible, les discrimnations provoquées par les divergences. Un dialogue direct doit être developpé entre les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire, tout en élargissant la mission unificatrice que doivent assurer les juridictions suprêmes. Le Tribunal des conflits devra quant à lui, occuper un rôle plus important et sa saisine par le justiciable devrait être envisagée.

CONCLUSION DU TITRE II

731. Malgré la résistance de la dualité juridictionnelle aux effets de l'érosion entre le droit public et le droit privé, l'organisation juridictionnelle française apparaît à l'heure actuelle, comme partiellement inadaptée et pourrait devenir, à long terme, totalement obsolète. C'est la raison pour laquelle, sans remettre en cause cette organisation, nous en proposons une conception renouvelée. L'érosion du droit public et du droit privé est susceptible d'entrainer plusieurs conséquences préjudiciables. Les divergences qui résultent de cette manifestation affectent la cohérence du système juridictionnel et sa rigidité constitue désormais un obstacle. En ce qui concerne le justiciable, il peut se trouver impacté de plusieurs manières, et voir l'accès au juge et le déroulement du procès se complexifier tout en souffrant de lenteurs supplémentaires. Il peut également subir certaines différences de traitement dont les justifications apparaissent comme difficilement admissibles. Afin de relativiser ces effets négatifs, nous pensons qu'il faut organiser plusieurs aménagements, à différents niveaux. À propos des règles de répartition de compétence notamment, en relativisant par exemple, l'importance que revêt la distinction entre le droit public et le droit privé. À notre sens, cette distinction ne doit plus être considérée comme une *summa divisio* en droit français. Doit ensuite être encouragée, l'action du législateur vers l'anticipation des difficultés de répartition des compétences entre les juges des deux ordres juridictionnels ainsi que l'unification plus fréquente des contentieux les plus éclatés. De même, les juridictions suprêmes doivent adopter une conception élargie de leur mission d'unification du droit, même si cette démarche peut alourdir la charge de travail des juges. Le rôle du Tribunal des conflits doit être renforcé et le justiciable doit pouvoir le saisir directement en cas de difficulté relative à la compétence de la juridiction administrative ou judiciaire.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

732. Si la première partie nous a permis de constater l'adaptation globale de la dualité juridictionnelle au nouveau contexte généré par l'érosion entre le droit public et le droit privé, nous ne pouvons faire abstraction de l'existence, même minoritaires, de divergences.

Avant de s'attarder sur le contenu et les conséquences de ces disparités, il nous a fallu définir, juridiquement, ce qu'était une divergence. Nous avons choisi, dans cette optique, de retenir une conception large qui, selon nous, dépasse largement le champ des simples divergences jurisprudentielles. Les différentes interprétations entre le juge administratif et le juge judiciaire sont inclues dans les divergences, mais sont également concernées, toutes les différences relatives à l'organisation des juridictions, aux statuts des magistrats (…) susceptibles de se révéler dans le cadre de contentieux communs aux deux juges. L'étude de ces divergences nous a conduit à développer deux principales classifications, la première catégorie renferme celles qui sont liées à des spécificités extérieures à la mission des juges et la seconde inclut les particularismes liés à l'office du juge, qui pourraient être atténués. Si les différences qui sont le résultat de spécificités irréductibles ne remettent pas vraiment en cause notre système fondé sur la dualité, les divergences de la seconde catégorie sont susceptibles, plus que les autres, d'en affaiblir la pertinence car elles n'ont pas de justifications, sauf d'être le résultat de l'existence de la dualité juridictionnelle.

Dans ce contexte de confusion, la dualité juridictionnelle en tant que modèle d'organisation fait naître plusieurs difficultés. D'un point de vue du système, les règles relatives à la répartition des compétences deviennent plus complexes. En ce qui concerne le justiciable, l'accès au juge lui est moins facile et les divergences peuvent être à l'origine d'un traitement discriminatoire. À partir de ce constat, nous pensons que, bien que la dualité juridictionnelle reste encore aujourd'hui pertinente, les conséquences actuelles et à venir de l'érosion entre le droit public et le droit privé nécessitent le développement d'une conception renouvelée de cette organisation. Cette conception ne constitue pas une rupture, mais un renouveau qui conforte l'idée d'un système assoupli, renouvelé et soucieux des droits des justiciables.

CONCLUSION GENERALE

733. La problématique générale qui fut la nôtre tout au long de cette thèse était celle de mesurer les effets de l'érosion de la distinction entre le droit public et le droit privé sur le fonctionnement et la pertinence de la dualité juridictionnelle. Cette problématique nous a nécessairement conduit à répondre à des questionnements subsidiaires, comme ceux visant à identifier les liens existants entre la division du droit et la dualité juridictionnelle, les caractéristiques et l'origine de la confusion entre le droit public et le droit privé.

L'hypothèse principale que nous avons cherché à confirmer visait à démontrer que les conséquences engendrées par la confusion entre le droit public et le droit privé étaient de nature à porter atteinte à la pertinence et au fonctionnement de la dualité juridictionnelle française.

Notre point de départ a été de retenir le postulat selon lequel il y a un rapport d'interdépendance entre le dualisme juridique et le dualisme juridictionnel. Cette corrélation postule que c'est le droit applicable qui commande la détermination de la juridiction compétente.

L'étude de la confusion entre le droit public et le droit privé a soulevé le constat d'une érosion plus générale entre le public et le privé, déplaçant ainsi l'étude vers des considérations plus générales liées à des facteurs politiques, économiques, sociaux (…). Cette émancipation du cadre purement juridique n'a finalement rien de surprenant, compte tenu de la corrélation entre le droit et la société. Ce fut également l'occasion de constater l'influence toujours plus considérable des systèmes juridiques européens et internationaux, qui, de façon générale, ignorent la distinction entre le droit public et le droit privé. L'application en droit interne, de dispositions issues du droit conventionnel ou européen, impliquait nécessairement un affaiblissement de la distinction.

Alors que le constat de l'érosion avancée entre le droit public et le droit privé s'imposait, nous avons constaté qu'entre cette érosion progressive et la disparation de la distinction, il n'y avait qu'un pas. Le risque était grand, compte tenu de cette constatation, de voir la dualité juridictionnelle affectée dans sa substance. L'étude approfondie de l'érosion entre le droit public et le droit privé nous a permis d'identifier deux principaux effets sur le fonctionnement de la dualité juridictionnelle : la perturbation des règles de répartition des compétences et la multiplication des interconnexions entre le juge judiciaire et le juge administratif. L'observation du fonctionnement de cette organisation, dans un contexte contrarié par la confusion entre le droit public et le droit privé a pourtant semblé infirmer, du moins partiellement, l'hypothèse principale. Apparaissent en effet, une cohérence et des similitudes à bien des égards entre les juridictions administratives et judiciaires. Nous avançons même l'idée selon laquelle les interconnexions entre le juge administratif et le juge judiciaire ont permis de créer une synergie, une dynamique,

permettant une certaine harmonisation entre les deux juridictions. L'étude aurait été incomplète si nous n'avions pas mentionné l'existence, certes minoritaires, de divergences. Afin de mesurer l'impact de ces dernières, il a d'abord fallu entreprendre de les étudier et de les classer. Au terme de ce travail, nous estimons que parmi ces divergences, seules celles qui ne sont pas liées à des spécificités irréductibles sont susceptibles d'altérer la pertinence de notre système juridictionnel. L'impossibilité de mener une étude exhaustive tant à l'égard du mouvement de convergence qu'à l'égard des divergences, affaiblit notre raisonnement en tant qu'il manque de précision, mais pas de pertinence. À la difficulté de répartir les compétences et à la confusion des rôles respectifs du juge judiciaire et du juge administratif, s'ajoute donc, une minorité de divergences. En définitive, l'hypothèse principale semble être partiellement vérifiée : l'érosion entre le droit public et le droit privé a eu pour effet de perturber le fonctionnement de la dualité juridictionnelle, mais on ne peut pas considérer qu'à l'heure actuelle, sa pertinence soit réellement remise en cause. Dans le cadre d'une démarche prospective, nous avons choisi de clôturer cette thèse par une série de suggestions visant à proposer une conception renouvelée de la dualité juridictionnelle, afin de permettre à cette organisation bicentenaire de s'adapter aux nouvelles contraintes et de perdurer dans le temps.

ANNEXES

Liste des abréviations des principales références en matière juridique adoptées par le Syndicat national de l'Edition

LIBELLÉ	ABRÉVIATION
A	**A**
Accord	accord
Accord cadre	accord cadre
Accusation	acc.
Actes pratiques	Actes prat.
Actes pratiques. Ingénierie sociétaire	Actes prat. ing. sociétaire
Activités de la Cour de justice des communautés européennes	Activités CJCE
Actualité bancaire	Act. bancaire
Actualités communautaires (bulletin mensuel du Dictionnaire du marché commun)	Act. communautaires
Actualité de la formation permanente	Act. formation permanente
Actualité fiduciaire (L')	Act. fid.
Actualité juridique de droit administratif	AJDA
Actualité juridique de droit immobilier	AJDI
Actualité juridique de la propriété immobilière	AJPI
Actualité juridique Famille	AJ famille
Actualité juridique Loyers	AJL
Actualité juridique Pénal	AJ pénal
Actualité juridique Travaux	AJT
Actualité législative Dalloz	ALD
Actualités sociales hebdomadaires	Act. soc. hebd.
Administrer	Administrer
Affiches parisiennes (Les)	Aff. parisiennes
Agence centrale des organismes de sécurité sociale	ACOSS
Alinéa	al.
Annales de la propriété industrielle	Ann. propr. ind.
Annales de la voierie et de l'environnement	Ann. voirie et env.
Annales des loyers (Les)	Ann. loyers
Annales des tribunaux	Ann. trib.
Annexe	ann.
Annonces de la Seine (Les)	Annonces de la Seine
Annuaire français de droit international	Annuaire fr. dr. int.
Août	août
Appendice	app.
Argument	arg.
Argus des assurances (L')	Argus
Arrêté	A.
Arrêté ministériel	A. min.
Arrêté municipal	A. mun.
Arrêté préfectoral	A. préf.
Arrondissement	ardt
Article	art.
Assemblée nationale	AN
Assemblée plénière	ass. plén.
Association	assoc.

Association générale des institutions de retraite des cadres	AGIRC
Association des régimes de retraite complémentaire	ARRCO
Assurance française (L')	Assur. fr.
Audience solennelle	aud. sol.
Autorité des marchés financiers	AMF
Avenant	avenant
Avis	avis
Avocat	av.
Avocat général	av. gén.
Avoué	avoué
Avril	avr.
B	**B**
Banque et droit	Banque et droit
Banque magazine	Banque
Brochure du journal officiel	Brochure JO
Bulletin des annonces légales obligatoires	BALO
Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)	Bull. crim.
Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)	Bull. civ.
Bulletin de l'association mutuelle des conservateurs	Bull. assoc. mut. conservateurs
Bulletin de la Banque de France	Bull. Banque de France
Bulletin des caisses d'allocations familiales	Bull. CAF
Bulletin comptable et financier	BCF
Bulletin des conclusions fiscales	BDCF
Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes	Bull. CNCC
Bulletin du Conseil supérieur de la chasse	Bull. cons. sup. chasse
Bulletin du Conseil supérieur de la pêche	Bull. cons. sup. pêche
Bulletin du droit de l'environnement industriel	BDEI
Bulletin européen et international, Francis Lefebvre	BEEI Lefebvre
Bulletin fiscal, Francis Lefebvre	BF Lefebvre
Bulletin d'information de la Cour de cassation	Bull. inf. C. cass.
Bulletin d'information de l'Inspection des lois sociales en agriculture	Bull. inf. insp. lois soc. agr.
Bulletin d'information des coopératives agricoles	Bull. inf. coop. agr.
Bulletin d'information et de documentation de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes	BID
Bulletin d'information générale (des ministères)	Bull. inf. gén. min. (+nom abrégé du ministère)
Bulletin d'information impôts et sociétés	Bull. inf. imp. et sociétés
Bulletin de l'Inspection du travail	Bull. insp. trav.
Bulletin Joly Bourse et produits financiers	Bull. Joly Bourse

Bulletin Joly Sociétés	Bull. Joly Sociétés
Bulletin législatif Dalloz	BLD
Bulletin de liaison de l'UNEDIC	Bull. liaison UNEDIC
Bulletin mensuel de la COB	Bull. COB
Bulletin municipal officiel de la ville de Paris	BMO Paris
Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation	BOCC
Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes	BOCCRF
Bulletin officiel des contributions directes et du cadastre	BOCD
Bulletin officiel des contributions indirectes	BOCI
Bulletin officiel des conventions collectives	BO conv. coll.
Bulletin officiel de la Direction générale des impôts	BODGI
Bulletin officiel des douanes	BO douanes
Bulletin officiel de l'Enregistrement et du Domaine	BOED
Bulletin officiel des impôts	BOI
Bulletin officiel des marchés publics	BO marchés publ.
Bulletin officiel (des ministères)	BO (+ nom abrégé du ministère)
Bulletin officiel de la propriété industrielle	BOPI
Bulletin officiel du service des prix	BOSP
Bulletin pratique immobilier, Francis Lefebvre	BPIM Lefebvre
Bulletin des transports	BT
Bulletin des transports et de la logistique	BTL
Bulletin des transports internationaux ferroviaires	BTI
Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre	BRDA
Bulletin du registre du commerce et des sociétés	Bull. RCS
Bulletin social, Francis Lefebvre	BS Lefebvre
Bulletin trimestriel du Conseil national de la comptabilité	Bull. CNC
Bureau de vérification de la publicité	BVP
Bureau international du travail	BIT
C	**C**
Cahiers de l'ANAH	Cah. ANAH
Cahiers du droit d'auteur	Cah. dr. auteur
Cahiers de droit de l'entreprise	Cah. dr. entr.
Cahiers de droit européen	Cah. dr. eur.
Cahiers de l'environnement	Cah. env.
Cahiers de jurisprudence (ville ou région)	Cah. jurispr. (ville ou région)
Cahiers prud'homaux	Cah. prud'h.
Cahiers sociaux du barreau	Cah. soc. barreau
Cassation	cass.
Chambre	ch.
Chambre d'accusation	ch. acc.
Chambre arbitrale	ch. arb.
Chambre de commerce internationale	CCI

Chambre du conseil	ch. cons.
Chambre correctionnelle	ch. corr.
Chambre des députés	ch. dép.
Chambre de l'instruction	ch. inst.
Chambre de recours technique	ch. rec. tech.
Chambre régionale des comptes	ch. rég. comptes
Chapitre	chap.
Chronique	chron.
Chronologique	chronol.
Cinéma/Cinématographique	cin.
Circulaire	Circ.
Circulaire interministérielle	Circ. intermin.
Circulaire ministérielle	Circ. min.
Code de l'action sociale et des familles	CASF
Code de l'artisanat	C. artisanat
Code des assurances	C. assur.
Code de l'aviation civile et commerciale	C. aviation
Code du blé	C. blé
Code civil	C. civ.
Code civil local	C. civ. loc.
Code de commerce	C. com.
Code de commerce local	C. com. loc.
Code des communes	C. communes
Code de la consommation	C. consom.
Code de la construction et de l'habitation	CCH
Code des débits de boissons	C. déb. boiss.
Code disciplinaire et pénal de la marine marchande	C. disc. pén. mar. march.
Code du domaine de l'État	C. dom. Ét.
Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure	C. dom. publ. fluv.
Code des douanes	C. douanes
Code des douanes communautaire	CDC
Code de l'éducation	C. éduc.
Codé électoral	C. élect.
Code de l'enseignement technique	C. ens. techn.
Code de l'environnement	C. env.
Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique	C. expr.
Code de la famille et de l'aide sociale	C. fam.
Code forestier	C. for
Code général des collectivités territoriales	CGCT
Code général des impôts	CGI
Code de l'industrie cinématographique	C. ind. cin.
Code des instruments monétaires et médailles	C. instr. mon.
Code des juridictions financières	C. jur. fin.
Code de justice administrative	C. just. adm.
Code de justice militaire	C. just. mil.
Code de la légion d'honneur et de la médaille militaire	C. légion d'honneur
Code local des assurances sociales	C. loc. assur.

Code du patrimoine	C. patr.
Code local des professions	C. loc. prof.
Code des marchés d'intérêt national	C. marchés int. nat.
Code des marchés publics	C. marchés publ.
Code minier	C. minier
Code monétaire et financier	C. mon. fin.
Code de la mutualité	C. mut.
Code de la nationalité	C. nat.
Code de l'organisation judiciaire	C. org. jud.
Code pénal	C. pén.
Code des pensions civiles et militaires de retraite	C. pens. retr.
Code des pensions de retraite des marins français de commerce, de pêche ou de plaisance	C. pens. retr. marins
Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre	C. pens. mil.
Code des ports maritimes	C. ports mar.
Code des postes et télécommunications	C. P et T
Code de procédure civile	CPC
Code de procédure civile local	C. pr. civ. loc.
Code de procédure pénale	C. pr. pén.
Code de la propriété intellectuelle	C. propr. intell.
Code de la route	C. route
Code rural	C. rur.
Code rural ancien	C. rur. ancien
Code de la santé publique	C. santé publ.
Code de la sécurité sociale	CSS
Code du service national	C. serv. nat.
Code du travail	C. trav.
Code du travail maritime	C. trav. mar.
Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	C. trib. adm.
Code de l'urbanisme	C. urb.
Code du vin	C. vin
Code de la voirie routière	C. voirie routière
Collection	coll.
Collectivités territoriales - Intercommunalité	Collectivité - Intercommunalité
Comité de réglementation bancaire	CRB
Comité de la réglementation bancaire et financière	CRBF
Comité de la réglementation comptable	CRC
Commissaire	comm.
Commission	comm.
Commissaire du gouvernement	comm. gouv.
Commission d'accès aux documents administratifs	CADA
Commission des clauses abusives	CCA
Commission des Communautés européennes	Comm. CE
Commission de la concurrence	Comm. conc.
Commission européenne des droits de l'homme	Comm. EDH

Commission nationale de l'informatique et des libertés	CNIL
Commission nationale technique de sécurité sociale	Comm. nat. tech. SS
Commission des opérations de bourse	COB
Commission de la première instance de sécurité sociale	Comm. 1re inst. SS
Commission de recours des réfugiés	Comm. recours réfugiés
Commission régionale d'appel de sécurité sociale	CRASS
Communauté économique européenne	CEE
Communauté européenne de l'énergie atomique	EURATOM ou CEEA
Communauté européenne pour le charbon et l'acier	CECA
Communauté européenne	CE
Commune	cne
Communication	communication
Communication - Commerce électronique	Comm. com. électr.
Communiqué ministériel	communiqué min.
Compagnie	Cie
Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur	COFACE
Comparer	comp.
Conclusion	concl.
Conditions générales de vente	CGV
Confer	cf.
Conseil des Communautés européennes	Cons. CE
Conseil des bourses de valeur	CBV
Conseil de la concurrence	Cons. conc.
Conseil constitutionnel	Cons. const.
Conseil d'État	CE
Conseil économique et social	CES
Conseil économique et social des Communautés européennes	CESCE
Conseil économique et social de l'Union européenne	CESUE
Conseil de l'Europe	Cons. Europe
Conseil des marchés financiers	CMF
Conseil national du crédit et du titre	CNCT
Conseil national de la consommation	CNC
Conseil national de la comptabilité	CN compt.
Conseil de l'ordre …	Cons. ordre …
Conseil des prud'hommes	Cons. prud'h.
Conseil de la République	Cons. Rép.
Conseil supérieur de l'audiovisuel	CSA
Conseil supérieur de la magistrature	CSM
Conseil de l'Union européenne	Cons. UE
Considérant	consid.
Consommation	consom.
Consorts	cts
Constitution	Const.

Construction - Urbanisme	Constr.-urb.
Contentieux	cont.
Contra	contra
Contrats, concurrence, consommation	Contrats, conc. consom.
Contrats et marchés publics	Contrats marchés publ.
Contre	c/
Convention	conv.
Convention collective	CC
Convention collective nationale	CCN
Convention européenne des droits de l'homme	Conv. EDH
Convention internationale	conv. int.
Coopérative	coop.
Copropriété	copr.
Correctionnel/le	corr.
Cour	C.
Cour administrative d'appel	CAA
Cour d'appel	CA
Cour d'assises	C. assises
Cour d'assises des mineurs	C. assises mineurs
Cour de cassation	Cass.
Cour des comptes	C. comptes
Cour de discipline budgétaire et financière	CDBF
Cour européenne des droits de l'Homme	CEDH
Cour internationale de justice	CIJ
Cour de justice des Communautés européennes	CJCE
Cour régionale des comptes	C. rég. comptes
Critique	crit.

D	**D**
Dalloz Affaires	D. aff.
Dalloz analytique	DA
Dalloz critique	DC
Dalloz (Encyclopédie)	Rép. civ. Dalloz
Dalloz (hebdomadaire)	DH
Dalloz (Jurisprudence générale)	Dalloz jur. gén.
Dalloz périodique	DP
Dalloz (Recueil)	D.
Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence	Rép. méth. Dalloz
Dalloz, Répertoire pratique	Rép. prat. Dalloz
Décembre	déc.
Décision	déc.
Décision administrative	déc. adm.
Décision ministérielle	déc. min.
Déclaration	décl.
Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen	DUDH
Décret	D.
Décret-loi	D.-L.
Délibération	délib.

Département	dpt
Département d'outre-mer	DOM
Dictionnaire Joly	Joly
Dictionnaire permanent (Éditions législatives)	Dict. perm.
Direction de l'action sanitaire et sociale	DASS
Direction départementale du travail et de l'emploi	DDTE
Direction générale de l'aviation civile	DGAC
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes	DGCCRF
Direction générale des douanes	DG douanes
Direction générale des douanes et des droits indirects	DGDDI
Direction générale des impôts	DGI
Direction régionale des affaires de sécurité sociale	DRASS
Direction des relations du travail	DRT
Directive	dir.
Disciplinaire	disc.
Doctrine	doctr.
Document/Documentation	doc.
Document administratif (série JO)	JO doc. adm.
Document parlementaire - Assemblée nationale	Doc. AN
Document parlementaire - Sénat	Doc. Sénat
DGI, Documentation administrative de base	Doc. adm. DGI
Documentation française	Doc. fr.
Documentation organique	DO
Documents communautaires de la Commission	Doc. Comm. CE
Documents communautaires du Conseil	Doc. Cons. CE
Documents communautaires du Parlement européen	Doc PE
Droit administratif	Dr. adm.
Droit de l'enfance et de la famille	Dr. enfance et fam.
Droit de l'environnement	Dr. env.
Droit européen des transports	Dr. eur. transp.
Droit de la famille	Dr. Famille
Droit fiscal	Dr. fisc.
Droit de l'informatique et des télécommunications	Dr. informatique et télécoms
Droit maritime français	DMF
Droit ouvrier	Dr. ouvrier
Droit et patrimoine	Dr. et patr.
Droit pénal	Dr. pén.
Droit et pratique du commerce international	Dr. prat. com. int.
Droit et procédures	Dr. et procéd.
Droit social	Dr. soc.
Droit des sociétés	Dr. sociétés
Droit et sociétés	Dr. et sociétés

Droit du travail et de la sécurité sociale	Dr. trav.
Droit et ville	Dr. et ville
E	**E**
Échos (Les)	Les Échos
Édition	éd.
Élection/électoral	élect.
Enfance	enf.
Enregistrement	enr.
Enseignement	ens.
Environnement	env.
Environnement (revue)	Environnement
Eodem loco	eod. loc.
Épouse	épse
Époux	épx
Erratum(a)	erratum(a)
Espèce	esp.
Et autre(s)	et a.
Établissements	Ets
Études et documents du Conseil d'État	EDCE
Europe	Europe
Expert	Expert
Expertises des systèmes d'informations	Expertises
F	**F**
Faisant fonction	f.f.
Fascicule	fasc.
Feuillet de documentation pratique fiscal Lefebvre	Doc. fisc. Lefebvre
Feuillet de documentation pratique social Lefebvre	Doc. soc. Lefebvre
Feuillet rapide fiscal-social Francis Lefebvre	FR Lefebvre
Feuillet rapide social Francis Lefebvre	FRS Lefebvre
Février	févr.
Fiduciaire	fid.
Finance/ier/ière	fin.
Fiscal/ité	fisc.
Fluvial	fluv.
Fonction	fonct.
G	**G**
Gazette des communes	Gaz. cnes
Gazette européenne	Gaz. eur.
Gazette du Palais	Gaz. Pal.
Gazette des tribunaux	Gaz. trib.
Gazette des tribunaux du Midi	Gaz. trib. Midi
Général	gén.
Grands arrêts - Droit de l'audiovisuel	GADA
Grands arrêts - Droit des affaires	GAD aff.
Grands arrêts - Droit criminel	GAD crim.
Grands arrêts - Droit de la décentralisation	GADD
Grands arrêts - Droit de l'urbanisme	GADU
Grands arrêts - Jurisprudence administrative	GAJA
Grands arrêts - Jurisprudence civile	GAJ civ.
Grands arrêts - Jurisprudence commerciale	GAJ com.

Grands arrêts - Jurisprudence française de droit international privé	GAJDIP
Grands arrêts du droit de la sécurité sociale	GASS
Guide permanent (Lamy)	Guide perm.
I	**I**
Ibidem	ibid.
Idem	id.
Indicateur de l'enregistrement	Ind. enr.
Industrie/el/elle	ind.
Informations FNAIM	Informations FNAIM
Informations rapides de la copropriété	Inf. rap. copr.
Infra	infra
Institut international pour l'unification du droit privé	UNIDROIT
Institut national des appellations d'origine des vins et des eaux de vie	INAO
Institut national de l'Audiovisuel	INA
Institut national de la consommation	INC
Institut national de propriété industrielle	INPI
Instruction	Instr.
Instruction générale relative à l'État civil	IGEC
Instruction ministérielle	instr. min.
International	int.
Intersocial	Intersocial
J	**J**
Janvier	janv.
Journal des conservateurs d'hypothèques	Journ. conserv. hyp.
Journal du droit international (Clunet)	JDI
Journal de l'enregistrement	Journ. enr.
Journal de la marine marchande	JMM
Journal des notaires et des avocats	Journ. not.
Journal officiel (Comptes rendus) - Assemblée nationale	JOAN CR
Journal officiel (Comptes rendus) - Sénat	JO Sénat CR
Journal officiel (Questions réponses) - Assemblée nationale	JOAN Q
Journal officiel (Questions réponses) - Sénat	JO Sénat Q
Journal officiel (Documents administratifs)	JO doc. adm.
Journal officiel (Lois et décrets)	JO/JORF
Journal officiel (numéro complémentaire)	JONC
Journal officiel des associations	JO assoc.
Journal officiel de la Communauté européenne du charbon et de l'acier	JOCECA
Journal officiel des Communautés européennes	JOCE
Journal officiel du Conseil économique et social	JOCES
Journal officiel de l'Office européen des brevets	JOOEB
Journal officiel de l'Union européenne	JOUE
Journal de la publicité	Journ. publ.
Journal spécial des sociétés	Journ. sociétés

Journal des tribunaux - Droit européen	JTDE
Juge aux affaires familiales	JAF
Juge aux affaires matrimoniales	JAM
Juge de l'application des peines	JAP
Juge de la détention	Juge dét.
Juge des enfants	Juge enfants
Juge de l'exécution	JEX
Juge de l'expropriation	Juge expr.
Juge de la mise en état	JME
Juge des tutelles	Juge tutelle
Juillet	juill.
Juin	juin
JurisClasseur (Encyclopédies)	J.-Cl.
JurisClasseur périodique - Édition Administrations et Collectivité territoriales	JCP A
JurisClasseur périodique - Édition Avoués	JCP A
JurisClasseur périodique - Édition Entreprises et affaires	JCP E
Juris-Classeur périodique - Cahiers de droit de l'entreprise	Cah. dr. entr.
JurisClasseur périodique - Édition générale	JCP G
JurisClasseur périodique - Édition notariale et immobilière	JCP N
Juris-Data	Juris-Data
Juri-social	Juri-soc.
Jurisprudence	Jurispr.
Jurisprudence automobile	Jurispr. auto
Jurisprudence sociale Lamy	JSL

L

Lamy (bulletin d'actualité)	Lamy Droit commercial ou Droit économique…
Lamy (Formulaire)	Lamy Formulaire Droit commercial ou Droit économique…
Lamy (Formulaire commenté)	Lamy Formulaire commenté Droit commercial ou Droit économique…
Lamy (ouvrage à refonte annuelle et feuillets mobiles)	Lamy Droit commercial, Droit économique…
Lebon	*voir* Recueil des décisions du Conseil d'État
Légi social	Légi soc.
Légipresse	Légipresse
Lettre d'actualité des procédures collectives	Act. proc. coll.
Lettre des Associations (La)	Lettre assoc.
Lettre Lamy de l'environnement	Lettre Lamy environnement
Lettre Lamy de la fiscalité	
Lettre Lamy fiscalité	
Lettre Lamy de la paye	
Lettre Lamy paye	
Lettre Lamy du transport international	
Lettre Lamy du transport international	
Lettre ministérielle	
lettre min.	
Liaisons sociales	

Liaisons soc.	
Livre des procédures fiscales	LPF
Loco citato	loc. cit.
Loi	L.
Loi constitutionnelle	L. const.
Loi de finances	L. fin.
Loi de finances rectificative	L. fin. rect.
Loi organique	L. org.
Loi d'orientation des transports intérieurs	LOTI
Loyers et copropriété	Loyers et copr.
M	**M**
Marché à terme des instruments financiers	MATIF
Marché d'options négociables de Paris	MONEP
Mars	mars
Mémento pratique Francis Lefebvre	Mémento Lefebvre (fiscal ou sociétés, etc.)
Ministère public	min. publ.
Ministre	min.
Moniteur du commerce et de l'industrie (Le)	Mon. CI
Moniteur Fiscal social	Mon. FS
Moniteur officiel du commerce international	MOCI
Moniteur des travaux publics et du bâtiment	Mon. TP
N	**N**
Note	note
Notes Bleues (Les)	Notes bleues
Nouveau Code de procédure civile	NCPC
Novembre	nov.
Numéro	n°
O	**O**
Octobre	oct.
Office européen des brevets	OEB
Office national interprofessionnel des céréales	ONIC
Opere citato	op. cit.
Option finance	Option finance
Option qualité	Option qualité
Ordonnance	ord.
Organisation internationale du travail	OIT
Organisation mondiale de la propriété industrielle	OMPI
P	**P**
Page	p.
Parlement européen	PE
Parlement européen - Documents parlementaires	Doc. PE
Particulier (Le)	Le Particulier
Particulier Immobilier (Le)	Particulier Immobilier
Particulier pratique (Le)	Particulier pratique
Petites affiches (Les)	LPA
Plan comptable général	PCG
Plénière	plén.
Premier président	prem. prés.
Président	prés.

Procédures	Procédures
Procès-verbal	PV
Procureur général	proc. gén.
Procureur de la République	proc. Rép.
Projet de loi	projet de loi
Proposition	prop.
Proposition de loi	proposition de loi
Propriété industrielle	Propr. industr.
Propriété industrielle, bulletin de documentation	PIBD
Propriétés intellectuelles	Propr. intell.
Protocole	prot.
Protocole additionnel	prot. add.
Prud'hommes pêcheurs	Prud'h. pêcheurs
Q	**Q**
Questions prud'homales	Quest. prud'h.
Questions de sécurité sociale	Quest. SS
Quotidien juridique (Le)	Quot. jur.
R	**R**
Rapport ou rapporteur	rapp.
Rapprocher	rappr.
Recommandation	recomm.
Rectificatif	rect.
Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice	Rec. CIJ
Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye	Rec. cours La Haye
Recueil de la Cour des comptes	Rec. C. comptes
Recueil de la Cour européenne des droits de l'homme	Rec. CEDH
Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes	Rec. CJCE
Recueil des décisions du Conseil constitutionnel	Rec. Cons. const.
Recueil des décisions du Conseil d'État	Lebon
Recueil juridique de l'Est	Rec. jur. Est
Recueil Lebon	*voir* Recueil des décisions du Conseil d'État
Recueil Pataille	*voir* Annales de la propriété industrielle
Recueil Sirey	S.
Référés	réf.
Règlement	règl.
Règlement d'administration publique	RAP
Répertoire Commaille	Rép. Commaille
Répertoire Dalloz	*voir* Dalloz Encyclopédie
Répertoire du notariat Defrénois	Defrénois
Réponse ministérielle	rép. min.
Responsabilité civile et assurance	Resp. civ. et assur.
Revue administrative	Rev. adm.
Revue administrative de l'Est de la France	Rev. adm. Est-France
Revue des affaires européennes	Rev. aff. eur.
Revue d'Alsace-Moselle	Rev. Alsace-Moselle

Revue de l'arbitrage	Revue de l'arbitrage
Revue des contrats	RDC
Revue critique de droit international privé	Rev. crit. DIP
Revue de droit des affaires internationales	RD aff. int.
Revue de droit bancaire et financier	RD bancaire et fin.
Revue de droit comptable	RD compt.
Revue de droit immobilier	RDI
Revue de droit intellectuel	RD intell.
Revue de droit international privé	RDIP
Revue de droit pénal et de criminologie	RD pén. crim.
Revue du droit de la propriété industrielle	RD propr. ind.
Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger	RDP
Revue de droit rural	RD rur.
Revue de droit sanitaire et social	RDSS
Revue du droit de l'Union européenne	Rev. dr. UE
Revue économique de droit immobilier	Rev. éco. dr. imm.
Revue d'économie financière	Rev. éco. fin.
Revue de l'enregistrement et des impôts	Rev. enr. et imp.
Revue européenne de droit de la consommation	RED consom.
Revue fiduciaire comptable	Rev. fid. comptable
Revue fiscal notariale	RFN
Revue française d'administration publique	RF adm. publ.
Revue française des affaires sociales	RF aff. soc.
Revue française de comptabilité	RF compt.
Revue française de décentralisation	RF décentr.
Revue française du dommage corporel	RF dommage corp.
Revue française de droit administratif	RFDA
Revue française de droit aérien et spatial	RFD aérien
Revue française de droit constitutionnel	RFD const.
Revue française de l'énergie	RF énergie
Revue française des finances publiques	RF fin. publ.
Revue française de gestion	RF gest.
Revue française de science politique	RF sc. pol.
Revue générale de l'air	RG air
Revue générale du droit des assurances	RGDA
Revue générale de droit international public	RGD int. publ.
Revue générale des procédures	RGDP
Revue des huissiers de justice	Rev. huissiers
Revue internationale de la criminologie et de police technique	Rev. crim. et pol. techn.
Revue internationale de la concurrence	RI conc.
Revue internationale du droit d'auteur	RIDA
Revue internationale du droit comparé	RID comp.
Revue internationale de droit économique	RID éco.
Revue internationale de droit maritime	RID mar.
Revue internationale de droit pénal	RID pén.
Revue internationale de la propriété industrielle et artistique	RIPIA
Revue internationale du travail	RI trav.
Revue juridique d'Alsace-Moselle	RJAM

Revue juridique et économique du sport	Rev. jur. éco. sport
Revue juridique de l'environnement	Rev. jur. env.
Revue juridique personne & famille	RJPF
Revue de jurisprudence commerciale	RJ com.
Revue de jurisprudence de droit des affaires	RJDA
Revue de jurisprudence fiscale	RJF
Revue de jurisprudence personnes et famille	RJPF
Revue de jurisprudence sociale	RJS
Revue Lamy droit des affaires	Rev. Lamy dr. aff.
Revue Lamy Droit civil	RLDC
Revue des loyers et des fermages	Rev. loyers
Revue des marchés publics	Rev. marchés publ.
Revue du Marché commun	Rev. Marché commun
Revue du Marché unique européen	Rev. Marché unique eur.
Revue pénitentiaire et de droit pénal	Rev. pénit.
Revue pratique de droit social	RPDS
Revue des procédures collectives	Rev. proc. coll.
Revue de la propriété commerciale	Rev. propr. com.
Revue de propriété intellectuelle	RPI
Revue de recherche juridique et de droit prospectif	RRJ
Revue Risques	Risques
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé	RSC
Revue de sciences et de législation financière	Rev. sc. législ. fin.
Revue des sociétés	Rev. sociétés
Revue trimestrielle de droit civil	RTD civ.
Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique	RTD com.
Revue trimestrielle de droit européen	RTD eur.
Revue trimestrielle des droits de l'homme	RTDH
Revue trimestrielle de droit sanitaire et social	RTD sanit. soc.
Revue universelle des droits de l'homme	RUDH
Revue de l'urbanisme	Rev. urb.
S	**S**
Semaine sociale Lamy	Semaine sociale Lamy
Sentence arbitrale	sent. arb.
Septembre	sept.
Sirey	S.
Sirey chronologique	S. chronol.
Social pratique	Social pratique
Société	sté
Société anonyme	SA
Société des bourses françaises	SBF
Solution	sol.
Sommaire	somm.
Sommaires de sécurité sociale	Somm. SS
Sous	ss
Sous-section	ss-sect.
Stratégie Europe	Stratégie Europe
Substitut	subst.

Suivant	s.
Supplément	suppl.
Supra	supra
T	**T**
Tableau	tabl.
Tome	t.
Traité	traité
Travail et protection sociale	TPS
Tribunal administratif	TA
Tribunal des affaires de sécurité sociale	TASS
Tribunal arbitral	T. arb.
Tribunal arbitral du sport	T. arb. sport
Tribunal aux armées (Landau)	T. armées
Tribunal civil	T. civ.
Tribunal de commerce	T. com.
Tribunal des conflits	T. confl.
Tribunal correctionnel	T. corr.
Tribunal pour enfants	T. enfants
Tribunal des forces armées	T. forces armées
Tribunal de grande instance	TGI
Tribunal d'instance	TI
Tribunal maritime commercial	T. mar. com.
Tribunal militaire aux armées	T. mil. armées
Tribunal paritaire des baux ruraux	T. par. baux rur.
Tribunal pénal international	TPI
Tribunal de police	T. pol.
Tribunal de première instance des Communautés européennes	TPICE
Tribunal prévôtal	T. prévôtal
Tribunal territorial des forces armées	T. terr. forces armées
Tribune de l'assurance	Tribune assur.
U	**U**
Union européenne	UE
V	**V**
Verbis	Vis
Verbo	V°
Versus	v
Veuve	Vve
Vie judiciaire (La)	Vie jud.
Voir	V.
Volume	vol.

INDEX

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Administration (de la justice)

- notion n°185 et s.
- réforme n°652 et s.

Accessibilité (justice) **n°217 et s.** ; n°720 et s.

Accusatoire (recul) n°260 et s.

Acte administratif **n°128 et s** ; n° 374 et s.

Action publique

- finalité n°426 et s.
  - la satisfaction de l'intérêt général n°426 et s
  - maintien de l'ordre public n°440 et s.
- pouvoirs (prérogatives) n°183 ; n°422 ; n°480, 625 et s.

Aide juridictionnelle n°217 ; n°218

Appel (v. degré)

Appréciation

- acte administratif individuel n°375 et s.
- acte administratif règlementaire n°375 et s.

Autonomie

- de la volonté n°66 et s.
- du droit public (v. standardisation)
- des branches du droit n°499 et s.

Astreinte n°281 et s.

Autorité (parentale) **n°324** ; n° 154

C

Catégories (juridiques) n°9 ; **n°36 et s. ; n° 583 et s. ; n°638**

Célérité (du procès) **n°223 et s. ;** 574 et s.

Codification **n°39** ; **n° 310** ; n° 517 ; n° 652 ; n°721

Cohérence **n°284 et s** ; n°552

Collectivisation **n°60 et s.**

Complexité **n°551 et s. ; n°563** ; n°601 ;

Confusion **n°34 ;** n° 565

Concurrence (v. droit de la concurrence)

Conseil Constitutionnel **n°177 et s.** ; n°441 et s ; n°582 et s.

Consommation (v. droit de la consommation)

- clauses abusives : n°71 ; **n°161 ; n°354** ; n°430
- consommateurs n°433 et s.

Contradictoire (principe) n°243 et s.

Contrats n°53 ; **n°66 et s.** ; n° 82 ; n°91 ; **n° 401 et s.**

Contrôle

- des juges n° 524 et s.
- de proportionnalité **n°299 et s.** ; n°342 ; n°451 ; n° 588

Convention de délégation de service public n° 409 et s.

Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales **n°115 et s.** : n°225 ; n°451 ; n°538 ; n°591 ; n°669

Convergences

- typologies n° 285 et s.
- champ d'application n°321 et s.

Cour européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales n°115 et s.

D

Demande

- de justice n°212 et s.
- d'aide juridictionnelle (v. aide juridictionnelle)

Défense (v. interdiction)

Degré (double degré de juridiction) **n°253 et s.**

Délai

- d'action n°460

- décennal n°333, n°437

-de prescription n° 492

-de traitement (v. dématérialisation)

- garantie de parfait achèvement n° 331 et s.

Dématérialisation des procédures n°227 et s.

- juridiction administrative n°229

- juridiction judiciaire n°228

Dérogation (aux règles de répartition des compétences) n°119 et s.

- v. également bonne administration de la justice

Désordres (évolutifs) n°331 et s ; 437 et s

Dialogue n°419 et s. ; n°605 ; n°693 et s.

Discrimination

- risque n°577
- réparation n°679 et s.

Distinction (v. *summa divisio*)

Divergence

- Définition **n° 422 et s.**

- typologies (v. spécificités irréductibles et particularismes)

- Conséquences n°551 et s.

Division (v. *summa divisio*)

Donation n°323

Droit

- administratif n°37 ; n°392 et s. n° 486 ;

- civil n°151 et s ; n°323

- concurrence **n°167** ; n°350 ; **n°527** ; n°541

- consommation n°161

- mixte n°638

- pénal n°157 ; n°337

- public (v. standardisation)

- social n°177 ; n°356 ; n°475 ; n° 511 et s.

Dualité

- juridique n°23

- juridictionnelle

- évolution n°3 et s. ; et n°180

- renouveau n°632 et s.

- suppression (et fusion) n°614 et s.

E

Effectivité (du droit de l'Union européenne) n°139 et s.

Emploi

- salarié protégé n°360 ; n°475 (v. également droit social)

- plan de sauvegarde de l'emploi **n° 176** ; n° 361 (v. également droit social)

Encadrement (v. contrat)

Emprunt (technique) n°286 et s.

État d'urgence n°441

État-civil n°153 ; n° 398

Étranger

- droits des étrangers n°326 et s.

- reclassement à l'étranger n°475 ; n°515 ; n°605

Exception

- d'illégalité n°301 ; **n° 313 et s**.

- d'incompétence n°662

Exorbitance n°51 et s

F

Facteurs

- nationaux n°76

  - politiques n°81
  - juridiques n°77
  - socio-économiques n°89 et s.

- internationaux n°100 et s.

  - globalisation n°102
  - mondialisation n°112

Finalités (v. action administrative)
Formation (de jugement mixte) n°697
Fusion (juridictions) n°614

G

Garantie
- biennale n°336
- décennale n° 333 ; n° 493
- de parfait achèvement n°331 et s.
Gouvernance (mode de gouvernance et de gestion) n°82

H

Halles et marché (contrat) **n°148** ; n°402 et s.
Hospitalisation d'office (v. internement)

I

Impôt **n°146** ; n°476 ; **n°506**
Inamovibilité n°249 et s.
Inégalité n°456 et s.
Indépendance
- entre dualisme juridique et dualisme juridictionnel n°23
- des magistrats n°249 et s.
individualisme n°59 et s.
Injonction (pouvoir d')
- juge judiciaire n°274 et s.
  - injonction de faire n°275
  - injonction de payer n°274
  - injonction de soin n°276

- juge administratif n°278

Imprécision (v. bonne administration de la justice)

Impartialité n°249 et s.

Inquisitoire (procédure) **n°260** ; n° 542

Interdiction (Loi des 16 et 24 août 1790) **n°126 et s.** ; n° 642 et s.

Interprétation (acte administratif) n°131 et s.

- juge civil n° 136
- juge répressif n°131

Intérêt général n°426 et s.

- universel ou communautaire n°427 et s.

Internement (psychiatrique) n°141

Instruction (pouvoirs d') n°260 ; n° 542

Irréductibles (spécificités) n°422 et s.

J

Judiciarisation (v. demande de justice)

Juges

- administratif n°150 et s. ; n° 322 et s. ; n° 455 et s.
- judiciaire n°73 et s. ; n° 365 et s.
    - répressif n°131 ; n° 367 et s.
    - civil n° 136 ; n° 374
- unique n° 231 et s.

Jurisprudence (établie) n° 292

Jurisprudentiel(le)

- référence n°288 et s.
- convergence n°284 et s.

L

Légalité des délits et des peines (principe) n°338

Libertés :

- individuelles n°124 ; **n° 158 et s.** ; n° 584 et s.

- conflit de (v. régulation)
Liberté du commerce et de l'industrie n°429
Libre concurrence n°110 et s. ; n° 170 et s. ; n° 350 et s.
Liberté contractuelle n°66 et s.
Licenciement
- compétence n° 175 et s.
- contrôle n°475 et s ; n°605
Législateur n°657 et s.
Lenteur n°563

M

Mission du juge n°546 ; n° 559 ; **n° 693 et s.**
Modes alternatifs de règlement des conflits :
- conciliation n° 220
- médiation n°221
- recours préalable obligatoire n°461 et s.
Modulation
- des catégories juridiques n°583 et s.
- des pénalités fiscales n°538 et s.

N

Nécessité (principe de) n°339
Nom (v. État-civil)
Non-cumul des peines (principe) n°341

O

Obligation
- de soins n°276

Octrois municipaux (V. halles et marchés)
Office du juge n°482 et s.
Optimisation (du droit public) n° 37 et s.
Oralité (principe) n°246

P

Particularisme n°482 et s.
Patrimoine n°155
Perturbations (rôles des juges) n°119 et s.
Plan de sauvegarde de l'emploi (v. emploi)
Pouvoirs (v. injonction, astreinte, instruction)
Prétoire (v. encombrement)
Prétorien **n°39 et s.** ; n° 303 et s. ; n°486 et s. ; n°517
Preuve
- charge n°263 et s.
- administration **n° 265** ; n°515 ; n°707
Privilège
- du préalable n°266 ; n° 419 ; n°456 et s.
- de juridiction n°56
Proportionnalité (v. principe de nécessité)
Propriété
- privée n°152
- littéraire et artistique n°147 ; n°351
Principes
- généraux du droit n°303 ; n°486 ; n° 517
- structurant du procès n°241 et s.
- proportionnalité (v. nécessité)

Q

Qualification :

- pénale n°297
- acte de n°120

R

Recours administratif

- de pleine juridiction n°526 et s.
- préalable obligatoire n°461
- pour excès de pouvoir **n°526 et s**. 543 et s.

Recouvrement (contentieux du) n°146 ; **n°670 et s.**

Référés (v. urgence)

Régulation n°61

Répartition (des compétences)

- règles n°179 et s.
- réforme n°641 et s.

Responsabilité

- civile n°327 et s.
- pénale n°134 ; **n°404**
- pour fonctionnement défectueux du service public de la justice n°145 ; n° 680
- publique : n°144 et s. ; n°386 et s.

Réserve (de compétence) n°183 et s.

Rétroactivité (principe) n°340

Révision n°687

S

Salariés protégés (v.emploi)

Service public

- public industriel et commercial n°432 et s
- public administratif
- police judiciaire n°383
- état-civil n°396

Soins psychiatriques (v. internement)

Spécificité (v. irréductibles)

Substitution de base légale et de motifs n°463

Summa divisio :

- définition n°9 et s.
- érosion n°34 et s.

Suspensif (recours) n°457 et s.

Standardisation

- du procès n°240 et s.
- du droit public n°37 et s.

Statuts (des magistrats) n°259 et s.

Suprêmes (juridictions) n°693 et s.

T

Tribunal des conflits

- jurisprudence n°190 et s.
- réforme n°718 et s.

U

Unification

- des ordres juridictionnels (v. suppression, fusion)
- des contentieux n°668

Unilatéralité n°51

Unité

- jurisprudence (de la) n°702
- ordre juridique (de l') n°559

V

Vie privée n°151

Voie de fait n°57 ; n°193 ; n°199 et s.

Voies de recours (V degré)

BIBLIOGRAPHIE

1 - Ouvrages

2 - Thèses, mémoires & monographies

3 – Articles

4 - Communications, rapports & documents

A - Documents officiels

B - Actes de colloques

5 – Notes et conclusions

6 - Dictionnaires, recueils et usuels

1- Ouvrages

AUBY, J.-B, La distinction du droit public et du droit privé, in J.-B. Auby (dir.), L'influence du droit européen sur les catégories du droit public français, Dalloz, Paris, 2010, 990 p.

AUBY. J.-B., La distinction du droit public et du droit privé in G. Eckert, Y. Gautier, R. Kovar et D. Ritleng (dir.) Incidences du droit communautaire sur le droit public français, Presse universitaire de Strasbourg, 2007, 464 p.

BAILLEUL. D, L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français, LGDJ, Paris, 2002, 428 p.

BAZEX. M., L'origine et les évolutions du partage des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives, in H. Isaïa et J. Spindler (Dir.), Histoire du droit des finances publiques, Vol. II, Economica, Paris, 1987, 690 p.

BIGOT. G., Introduction historique au droit administratif depuis 1789, PUF, Paris 2002, 389 p.

BIGOT. G., L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, Vicissitudes d'une ambition, 1800-1872, LGDJ, Paris, 1999, 516 p.

BORRAS. P. et GARAY. A., Le contentieux du recouvrement fiscal, LGDJ, Paris, 1994, 168 p.

BOTTINI. F., Les évolutions des modes de financement de l'action publique, L'Harmattan, Paris, 2014, 240 p.

BOULOC. B., Droit pénal général, Dalloz, Paris, 25ème éd., 2015, 1100 p.

BRISSON. J.-F, Le recours pour excès de pouvoir, Ellipses, Paris, 2004, 144 p.

BURDEAU. F., Histoire de l'administration française du XVIIIe au XXe siècle, 2ème éd., Montchrétien, Paris, 1994, 377 p.

CABRILLAC. R., Libertés et droits fondamentaux, 22ème éd., Dalloz, Paris, 1041 p.

CARBONNIER. J, Sociologie juridique, 3ème éd., Puf, Paris, 2016, 416 p.

CASSIA. P., L'impact du droit communautaire sur le contentieux administratif, in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir), Droit administratif européen, 1ère éd., Brulyant, Bruxelles, 2007, p. 1025

CHAINAIS. C, FERRAND. F et GUINCHARD. S., Procédure civile, 4ème éd., Dalloz, Paris, 2015, 860 p.

CHAPUS. R., Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 13ème éd., Montchrétien, 2008, 1560 p.

CHAPUS. R., Droit administratif général, Tome 1 et 2, 15ème éd., Montchestien, Paris, 2001, 1427 p.

CHAPUS. R., Responsabilité publique et responsabilité privée, La mémoire du droit, 2010, 584 p.

CHEVALLIER. J., La séparation des pouvoirs in La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, Economica, Paris, 1990, pp. 113-146

CONDOMINES. A., Guide pratique du droit français de la concurrence, Gualino, 2014, 368 p.

DARCY. G., La preuve et le juge administratif, in La preuve, C. Puigelier (dir.) Economica, Paris, 2004, p. 99

DAVID. C et alii, Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, 5e éd., Dalloz, Paris, 2009, 1136 p.

DRAGO. R., Le code civil et le droit administratif in Le code civil, un passé, un présent, un avenir, 1ère éd., Dalloz, Paris, 2004, p.776 et s.

DELPEUCH. T et alii, Sociologie du droit et de la justice, Armand Colin, Paris, 2014, 320 p.

DUEZ. P., La responsabilité de la puissance publique, 2e éd., Dalloz, Paris 1938, 342 p.

DUGUIT. L, Les transformations du droit public, La mémoire du droit, Paris, 1999, 285 p.

DUPUIS.G. et alii, Droit administratif, 15ème éd., Sirey, Paris, 781 p.

ECKERT. G, Droit administratif et droit civil in P. Gonod (dir), Traité de droit administratif, T. 1, Dalloz, Paris, 2011, p.608

GAUDEMET. Y., Les méthodes du juge administratif, LGDJ, Paris, 2013, 326 p.

GONOD. P. et CADIET. L., Le Tribunal des Conflits. Bilan et perspectives, Dalloz, Paris, 2009, 129 p.

GUETTIER. Ch., La responsabilité pénale des collectivités territoriales en question(s), Mélanges Jacques Moreau, Economica, Paris, 2003, p. 201

GUYOMAR.M. et SEILLER.B., Contentieux administratif, 3ème éd., Dalloz, Paris, 2014, 582 p.

IZORCHE. M.-L., L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, Presse universitaire d'Aix-en-Provence, 1995, 499 p.

JOURDAIN.P., Les principes de la responsabilité civile, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2014, 180 p.

LACHAUME.J.-F. et alii., Droit administratif, les grandes décisions de la jurisprudence, 16ème éd., Puf, Paris, 2015, 962 p.

LAFONT. S, La soumission des personnes publiques au droit de la consommation, Lexis Nexis, Paris, 2009, 376 p.

LOMBARD. M. et DUMONT.G., Droit administratif, 9ème éd., Dalloz, Paris, 2011, 376 p.

LONG.M. et alii., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20ème éd., Dalloz, Paris, 2015, 1004 p.

MAESTRE. J.-L., Introduction historique au droit administratif français, Puf, Paris, 1985, 294 p.

MODERNE. F., La responsabilité décennale des constructeurs en droit public, Dalloz, Paris, 1993, 631 p.

MOREAU-DEFARGES.P., La mondialisation, 10ème éd., Puf, « Que-sais-je ? », Paris, 2016, 128 p.

NICINSKI.S., Droit public de la concurrence, 5ème éd., LGDJ, Paris, 2005, 240 p.

PACTEAU. B., Manuel de contentieux administratif, 3ème éd., Puf, Paris, 2014, 308 p.

POUYAUD. D., La responsabilité administrative, La documentation française, 2011, n°2.05, 80 p.

RENUCCI. J.-F, Droit européen des droits de l'homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH, 6ème éd., LGDJ, Paris, 2015, 512 p.

ROSE. H. et STUILLOU.Y., Droit du licenciement des salariés protégés, 5ème éd., Economica, Paris, 2015, 1656 p.

ROUQUETTE. R., Petit traité du procès administratif, 6ème éd., Dalloz, Paris, 2014, 1516 p.

SID AHMED. K., Droits fondamentaux du contribuable et procédures fiscales, Étude comparative, T. 2, l'Harmattan, Paris, 2008, 330 p.

STIRN. B., Les sources constitutionnelles du droit administratif, 9ème éd., LGDJ, Paris, 2014, 197 p.

SUDRE.F., Droit européen et international des droits de l'homme, 12ème éd., Puf, Paris, 2015, 976 p.

SUDRE.F. et alii., Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 7ème éd., Puf, Paris, 2015, 976 p.

THAVEZ-PIPARD. D., Responsabilité pénale des communes, LexisNexis, Paris, 1999, 350 p.

TROPER. M, La distinction entre et la structure de l'ordre juridique, in Pour une théorie juridique de l'Etat, Puf, Paris, 1995, pp. 183-198.

TRUCHET.D., Droit administratif, 6ème éd., Puf, Paris, 2015, 496 p.

VAN LANG. A. et alii., Le dualisme juridictionnel, limites et mérites, Agathe Van Lang (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, mars 2007

WALINE. J., Droit administratif, 24ème éd., Dalloz, Paris, 760 p.

WEIDENFELD. K., Histoire du droit administratif. Du XIVe siècle à nos jours, Economica, Paris, 2010, 352 p.

2 - Thèses, mémoires & monographies

ANTOINE. A., Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence, LGDJ, Paris, 2009, 560 p.

DESTOURS. S., La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence, LexisNexis, Paris, 2000, 587 p.

GAUDEMET. Y., L'exorbitance du droit administratif en question(s), LGDJ, Paris, 2003, 320 p.

MAETZ. O., Les droits fondamentaux des personnes publiques, Institut universitaire de Varennes, 2011, 442 p.

MAILLOT. J.-M., La théorie administrativiste des principes généraux du droit, Dalloz, Paris, 2003, 766 p.

MBOULI. A., Le dualisme juridictionnel en matière fiscale, Université Jean-Moulin-Lyon 3 : Thèse de doctorat en Finances publiques et fiscalité sous la direction d'Olivier Négrin soutenue publiquement le 2 octobre 2009

PAYEN. P., Les arrêts de règlement du parlement de Paris au XVIIIe siècle. Dimension et doctrine, Puf, Paris, 1997, 526 p.

VAN LANG Agathe, Juge judiciaire et droit administratif, LGDJ, Paris, 1996, 333 p.

3 - Articles

ABIKHZER. F., Le délai raisonnable dans le contentieux administratif : un fruit parvenu à maturité ? AJDA 2005 p. 985

ABRAHAM.R, Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français, RFDA, 1990, p.1053

AGNOTTI. A et MARTINET. F., Conseil d'État et Cour de Cassation, juges de l'impôt : étude comparative premier volet, Droit fiscal, oct. 2012, n°42, p.480

AGNOTTI. A et MARTINET. F., Conseil d'État et Cour de Cassation, juges de l'impôt : étude comparative premier volet, Droit fiscal, sept. 2013, n°39, p.435

AGUILA. Y., La justice administrative, un modèle majoritaire en Europe Le mythe de l'exception française à l'épreuve des faits, AJDA 2007, n°6, p. 290

ALBERT. N., Police administrative et droit de la concurrence : les liaisons dangereuses, Dalloz, 2001, n°26, p.2110

AMSELEK. P., Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle, RDP, 1965, p.801

ANDRIANTSIMBAZOVINA. J., Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ?, RFDA 2003, n°1, p.85

APCHAIN.H., Retour sur la notion de bonne administration de la justice, AJDA, 2012, n°11, p. 587

ARMAND. G., Que reste-t-il de la protection constitutionnelle de la liberté individuelle ?, RDC, 2006, n°65, p.37

ARTUR. E., Séparation des pouvoirs et séparations des fonctions, RDP, 1902, t.1, p.247.

AUBY. J.-B., Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites in Études offertes à Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p.3

AUBY. J.-B, La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, AJDA, 2001, n°11, p. 912

AUBY. J.-B, Le juge administratif et l'enfermement, Droit administratif, 2008, n°12, repère II

AZOULAI. L, sur un sens de la distinction public/ privé dans le droit de l'union européenne, RTD eur., 2010, n°4, p.842

BARBATO. J.-C., Le renouveau de la garde des personnes en droit administratif, RFDA 2007, n°4, p.780

BARBOU DES PLACES, *Summa Divisio* et droit communautaire : dépassement, déplacement ou reconstitution d'une frontière disciplinaire, in X. Bioy (dir.), L'identité du droit public, Institut Fédératif de Recherche "Mutation des normes juridiques", LGDJ, Paris, 2010, p. 82

BAZEX. M., Le droit public de la concurrence, RFDA, 1998, n°4, p.781

BAZEX. M., Le droit public de la concurrence, mythe ou réalité ?, Contrats concurrence et consommation, juill. 2007, n°7, p.2 et s.

BEAUD. O., La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée, AJDA, 2013, n°3, p.137

BEAUD. O, La distinction du droit public et du droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques, in M. Freedland et J.-B. Auby (dir.), The Public Law/Private Law Divide. Une entente assez cordiale ? Editions Panthéon-Assas, Paris, 2004, p. 47

BENOIT. F.-P., Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé, JCP 1957, I, p.1351

BENOÎT. F.-P., Les fondements de la justice administrative, in Mélanges offerts à Marcel Waline : Le juge et le droit public, LGDJ, Paris, 1974, T.2, p. 283.

BÉRANGER. H., Les justiciables doivent pouvoir trouver aisément leur juge qui doit disposer, autant que possible, d'une plénitude de compétence, JCP G, 2014, n°13, p.598

BERGE, J.-S, La summa divisio en droit de l'Union européenne : Une question pour qui ? Une question pour quoi ? in B.Bonnet et P. Deumier (dir.), De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ? (Actes du colloque de St-Etienne, oct. 2009), Dalloz 2010, pp. 45-56.

BERLIN. D., Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence, AJDA 1995, n°4, p.259

BERGERÈS. M-Ch., La contingence et le contentieux fiscal, Droit fiscal, 1999, n°10, p.10095

BEROUJON. F, Le consommateur et le juge administratif. Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif dix ans après l'arrêt Société des eaux du Nord, JCP A 2011, n°9, 2181

BIAGINI-GIRARD. S., La voie de fait : jeu set et match ?, JCP G, 2013, n°41, p. 1849

BOCCARA.V., Stop au juge unique !, LPA, 2006, n°128, p.4 et s.

BOMBLED. M., Responsabilité pénale des personnes morales et délégation de pouvoirs, Dalloz actualité, 30 oct. 2011

BONNEFONT.R., Les limites du référé-liberté en matière d'hospitalisation d'office, LPA, juill. 2010, n°150, p.15

BONICHOT. J.-Cl., La responsabilité pénale des personnes morales de droit public, Gaz. Pal., 10 juin 1999, p.768

BONNOTTE. O., La contestation des décisions de maintien en rétention administrative et en zone d'attente devant le juge judiciaire et le juge administratif, AJDA, 2004, n°13, p.694

BOUCHER. J et BOURGEOIS-MACHAREAU. B., Le juge administratif et le détenu, AJDA, 2008, n°3, p.128

BOURREL. R., Le juge administratif, nouveau gardien de la liberté individuelle ? Revue Administrative, 2010, n°63, p.377, p.455

G. BRAIBANT, Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit in, Mélanges René Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, p. 91.

BRAMERET. S., Accident causé par un équipement d'éclairage public, DA 2009, n°7, comm. 108

BRETONNEAU. A. et LESSI. J., L'emprise irrégulière tire sa révérence, AJDA 2014, p.216

BURDEAU. F., Les crises du principe de dualité de juridictions, RFDA, sept.-oct. 1990, p.725 et s

BURGUBURU. J.-M, Droit public et droit privé au début du XXIe siècle : De la séparation à l'interpénétration, in mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard, Dalloz, 2014, p.22

CAILLOSSE. J., Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel, AJDA 2005, n°32, p.1781

CAILLOSSE. J, Le droit administratif contre la performance publique ? AJDA 1999, n°3, p.195

CAILLOSSE. J, Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique, AJDA 1996, n°12, p.955

CAILLOSSE. J., La réforme administrative et la question du droit, AJDA 1989, n°2, p. 3 et s.

CAPELLE. C., Acte administratif et justice administrative en Europe, RFDA 2008, n°2, p. 258

CASORLA. F., La justice séparée, LPA 2007, n°139 NS, p.4

CASSESE. S, Les transformations du droit administratif du XIX au XXI siècles, DA, n° 10, Octobre 2002, chron. 17

CHOLET. D., Le dualisme juridictionnel évincé par la célérité de la procédure, JCP G 2008, n°38, p.40

COQUELET. M.-L., Recours contre les décisions de l'AMF : la nouvelle partition du dualisme juridictionnel, In MM de Vauplane et J.J. Daigre (dir) Droit bancaire et financier IV, Mélanges A.E.D.B.F, oct. 2004, n°4, p.119 et s.

DANTONEL-COR. N., Le juge judiciaire répressif et l'acte administratif unilatéral depuis la réforme du code pénal, RSC 1999, n°1, p.19 et s.

DEBBASCH. Ch., La charge de la preuve devant le juge administratif, D. 1983, chron., p. 43.

DEBBASCH. C., Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? in Mélanges R. Chapus, Puf, Dalloz, 1992, p. 128 et s.

DE LAUBADERE. A, Réflexions sur la crise du droit administratif français, Dalloz, Chron.,1952, p. 5.

DE BÉCHILLON. D., Le Conseil d'État, le Code civil et le droit de la responsabilité, RJEP/CJEG, 2005, n°618, p.90 et s.

DELVOLVE. P., De la voie de fait à l'emprise : nouvelle réduction de la compétence judiciaire, RFDA 2014, p.61

DEVOLVE.P., Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, in Mélanges R. Chapus, Montchrestien 1992, p.136 et s.

DEVOLVE.P., La cour d'appel de Paris, Juridiction administrative, Etudes offertes à J.-M Auby, Dalloz 1992, p.48

DEVOLVE.P., Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de R. Perrot, Dalloz 1995, p. 83 et s.

DENDONCKER. D., L'information médicale face au dualisme juridictionnel, RA, janv. 2011, n°319, p.68

DEYGAS. S., Une nouvelle définition de la notion de voie de fait, Procédures, 2013, n°8, p.33

DIEU. F, Retour sur la jurisprudence récente relative à la garantie décennale des constructeurs, JCP A n° 23, 3 Juin 2013, p.2167

DRAGO.R., Actualité du principe de la séparation en France et dans les Etats de la CEE, AJDA 1990, n °9, p.581

DRAGO.R., Droits fondamentaux et personnes publiques, AJDA 1998, HS, p.130

DRAGO.R. et FRISON-ROCHE. M-A., Mystère et mirages des ordres de juridictions et de la justice administrative, APD, Dalloz 1997, n°41, p.135

DUBREUIL. Ch.-A., La voie de fait nouvelle est arrivée ! JCP A, oct. 2013, n°42, p.2301

DUPRÈS DE BOULOIS. X., Personnes publiques, droits fondamentaux et CEDH, RDP 2004, n°2, p.546

CHELLE. D, Le licenciement du salarié devant la Cour de cassation et le Conseil d'État, Droit social 1991, n°3, p.211

CHENEDE. F., Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle, AJDA 2009, n°17, p. 923

CHEVALLIER. J., Les droits du consommateur usager du service public, Dr. soc. 1975, n°2, p. 76 et s

CHEVALLIER. J., Réflexions sur l'arrêt Cadot, Revue Droits, 1989, n°9, p. 79

CHEVALLIER. J., Loi et contrat dans l'action publique, Cahiers du Conseil constitutionnel, mars 2005, n° 17

CHEVRIER. G., La distinction du « jus publicum » et du « jus privatum » dans les œuvres des anciens juristes français, ADP, 1952, pp.5-77

CLAMOUR. G, Entre audace jurisprudentielle et confusion des genres : une application directe du droit de la concurrence par le juge administratif, Revue Lamy Droit de la concurrence, 2006, n°6

DANTONEL-COR. N., Le juge judiciaire répressif et l'acte administratif unilatéral depuis la réforme du code pénal, RSC 1999, n°1, p.17

DONETTE. A., L'impact du droit public sur le droit privé du travail, JCP S, 2010, n°45, p.24-29

DREIFUSS. M., L'indemnisation des victimes du SIDA à l'épreuve du dualisme juridictionnel, RDFA 1996, n°3, p.561

DUCOULOUX-FAVARD. C., Les autorités administratives indépendantes et l'article 6 de la convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, LPA 1999, n°206, pp. 4-10

ECKERT.G., Quel est le juge compétent pour connaître de la responsabilité des autorités de régulation ? RDA 2001, n°10, p.89

EISENMANN. C., Droit public, droit privé, RDP 1952, n°68, pp. 904-979.

EISENMANN. C, Sur le degré d'originalité de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, JCP 1949, I, pp 742-751.

EISENMANN.C., Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, in Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz Sirey, 1960, tome II, p. 379-403.

EVEILLARD. G., Le contentieux des droits de place dans les halles et marchés, DA 2013, n° 11, p.73 et s.

EVEILLARD. G., L'attribution au juge judiciaire du contentieux de la propriété littéraire et artistique, DA 2014, n°12, 2014, p.71 et s.

EVEILLARD. G., Les évolutions récentes du contentieux administratif répressif, DA 2014, n°1, p.37 et s.

FAGES. B, Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, RTD civ., 2011, n°1, p.127.

FARINETTI. A., L'unification du contentieux des soins psychiatriques sans consentement par la loi du 5 juillet 2011, RDSS 2012, n°1, p.111.

FAURE. B., Les droits fondamentaux des personnes morales, RDP 2008, n°1, p.233.

FAVRET. J.-M., La bonne administration de la justice administrative, RFDA 2004, n°5, p.943

FÉVROT. O., Définition du domaine public et dualisme juridictionnel, AJDA 2010, n°15, p.841.

FERRARI. B, Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité, AJDA 2006, n°19, p.1021.

FINES. F., L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle, RFDA 1994, n°3, p.594.

FORTIS. E., La responsabilité pénale des personnes morales de droit public, Revue sc. crim. 2004, n°3, pp. 341-343

FLAUSS.J.-F., Dualité des ordres de juridictions et convention européenne des droits de l'homme, in « Gouverner, administrer, juger » Liber amicorum Jean Waline, Dalloz 2002, p. 524 et s.

FRISON-ROCHE. A., La dualité de juridictions appliquée à la régulation, Revue Lamy Concurrence 2005, pp.90-93.

FOUGERES. L., 1790-1990 Deux siècles de dualisme juridictionnel, AJDA 1990, n°9, p.579 et s.

FROMONT. M., La justice administrative en Europe : différences et convergences, RFDA 2008, n°2, p. 267 et s.

FROMONT. M., La place de la justice administrative française en Europe, DA 2008, n°7, p.8.

GABARDA.O., L'intérêt d'une bonne administration de la justice, RDP 2006, n°1 pp.153-184

GALLET. J.-L., Juge judiciaire et droit administratif, AJDA 2013, n°7, p.391 et s.

GALLET. J.-L., Vers une réforme du Tribunal des conflits, Gaz. Pal. 2013, n°342-344, p.9

GARRIGUES. J., le juge judiciaire saisi par le droit public, Gaz. Pal. 2005, n° 284, p. 9

GARTNER. F., L'extension de la répression pénale aux personnes publiques, RFDA, 1994, n°1, p.126.

GAUDEMET.Y., Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction, RFDA 1990 p. 764

GAUDEMET.Y., Conflit de compétence et droit de la concurrence sur une équivoque, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de R. Perrot, Dalloz 1995, p.123 et s

GAUDU. M., Le dualisme juridictionnel au regard du principe communautaire de protection juridictionnelle effective, RRJ, 2007, n°4, p. 1944 et s.

GÉA. F., Les grands licenciements collectifs dans l'ordre administratif, RTD 2013, n°4 p.261.

GEST. G, Dualité de juridictions et unité du droit fiscal, RFDA 1990, n° 5, p. 822.

GILI. J.-P., Le juge judiciaire et le droit de l'urbanisme, AJDA 1993, NS, p.55.

GJIDARA. S, La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles, LPA 2004, n°105 p. 3

GONDOUIN. G., L'oralité dans la procédure de référé, RFDA 2007, n°1, p.68.

GROS. D., La récusation vue par le juge administratif – Rapport d'influence entre contentieux administratif et procédure civile, JCP G 2012, n°8, p. 227.

GUETTIER. C., Responsabilité administrative et responsabilité civile : Destins croisés, RCA 2001, n°6 bis, p. 30-41.

GUETTIER. C., Existe-t-il une responsabilité administrative du fait d'autrui ? RCA 2000, n°11 HS, p.41-51.

GUETTIER. C., Faute civile et faute administrative, RCA 2003, n°6, p.66.

GUGLIELMI. G.J, L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIXe siècle, Annuaire d'histoire administrative européenne, vol. 8, 1996, p. 109.

GUÉVEL. B., Le juge administratif contemporain, Gaz. Pal. 2005, p.167.

GUYOMAR.M., DOMINO.X., Renvois préjudiciels et bonne administration de la justice, AJDA 2012, n°1, p. 27.

HATOUX. B., L'abus de droit devant le juge judiciaire de l'impôt après la réforme de l'article L.64 du LPF, Les nouvelles fiscales 2009, p.1034.

HAURIOU. M., De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII, in Mélanges Garsonnet, pièce XVII, Paris, 1893 (RGA 1892, Tome 2).

HÉBRARD. G., Quand les juges des référés judiciaire et administratif se contredisent sur l'évacuation de campements illicites, La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 08 octobre 2014, consulté le 02 mars 2016. URL : http://revdh.revues.org/888

HECQUARD-THERON. M., La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention, AJDA 1993, n°06, p. 451.

HEERS. M., Le principe *non bis in idem* devant le juge administratif français, RTDH 1996, n°25, p.37 et s.

HOSTIOU. R, Dualisme juridictionnel et contrariété de décisions, AJDI 2006, n°7-8, p.581

HOVASSE. H., Centre des intérêts et exil fiscal, Droit fiscal 2013, n°18, p.273.

IDOT.L, Propos introductifs : la distinction droit public-privé a-t-elle une pertinence en droit de la concurrence, RJC 2014, n°6, p. 434.

IWEINS. P.-A., Le juge unique : je suis pour !,LJA, 1997, n°374, p.1 et s.

JEAN-PIERRE. D., La privatisation du droit de la fonction publique, JCP A 2003, n°29, n°1672, p. 973

JORAT.M., Supprimer la justice administrative... deux siècles de débats, RFDA 2008, n°3, p. 456.

JORDA. J., La responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière de la jurisprudence, Gaz. Pal. 2001, n°44, p.182.

KABA. S., La justice administrative en Europe, Lettre recherche droit et justice, déc. 2006, n°25, p.6.

KALFLÈCHE. G., Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives, LPA 2009, n°46, p.46.

KOVAR. J.-P., La responsabilité des autorités de régulation face au dualisme juridictionnel, Revue droit bancaire et financier, mars-avril 2009, p. 16 et s.

KREINS. Y., Vers un réseau de juges administratifs européens ? Lettre recherche droit et justice déc. 2006, n°25, p.3.

KRIVINE. J et alii., Que peut-on attendre du juge administratif dans le contentieux des plans de sauvegarde de l'emploi ? RDT 2015, n°7-8, p.438.

LABETOULLE.D., L'avenir du dualisme juridictionnel, AJDA 2005, n°32, p.1770.

LABETOULLE. D., Le juge administratif et la jurisprudence, RA 1999, NS p. 59.

LACABARATS. A. et JEAMMAUD. A, Dispersion du contentieux du travail ? RDT 2013, n°9, p.536.

LACHAUME. J.-F., La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif », in « L'exorbitance du droit administratif en question », LGDJ, Paris 2004, p.71 et s.

LAFARGE. F., Le contrôle des décisions de l'administration en Italie, AJDA 1999, n°9, p.678.

LAGET. A., Le rejet de la théorie dite des « dommages intermédiaires » en droit public, AJDA 2005, n°17, p.942.

LAFERRIÈRE. J., La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente, RCDIP 2002, p.555.

LAFERRIÈRE. J., La raison de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire par l'Assemblée constituante, in Mélanges Paul Negulesco, Bucarest, 1935, p. 427-443.

LAFERRIÈRE. F.-J., La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? In L'unité du droit, Mélanges R. Drago, Économica, Paris, 1996, p. 395.

LEGRAND. G et DE LAGARDE. P., Recouvrement de l'impôt et procédure de contestation : vers quelle juridiction ? Les nouvelles fiscales 2012, n°1101, p.22-28.

LANDRY. P., Petit retours sur le concours de compétences pour l'application des règles de concurrence sur le domaine public, Gaz. Pal., 2004, p.3454.

LARDAIS. C., Le placement d'office et ses deux juges, AJDA, 2005, n°22, p.1231.

LARDY-PELISSIER. B., L'obligation de reclassement, Dalloz, 1998, n°42, p.399.

LASSERRE. B., Seize ans après Million et Marais, AJDA 2014, n°2, p.110.

LASSERRE. B., La redécouverte de l'oralité. Propos décousus d'un membre du Conseil d'Etat in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, Paris, 2007, p. 545.

LAUBADERE.A., Réflexions sur la crise du droit administratif français, D. 1952, chron. p.5

LAVAL. N., La bonne administration de la justice, LPA 1999, n°160, p.12

LAVIALE. C., Le juge administratif et l'exception de propriété, RFDA 2004, n°3 p.497 et s.

LE BOT. O., Le juge administratif du référé-liberté compétent en matière de voie de fait, JCP A 2013, n°8, p.2048 et s.

LEMAIRE. C., Les avantages concurrentiels des personnes publiques, RJEP/CJEG 2004, n°613, p. 404 et s.

LESSI. J et alii., Le contrôle du juge administratif sur les plans de sauvegarde de l'emploi, AJDA 2015, n°29, p.1632 et s.

LÉVY. A., 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 2004, pp. 12-14

LEWALLE.P., Les règles non écrites dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir, RA 1999, NS 4, p. 30 et s

LIET-VEAUX.G., La justice administrative au ralenti, D.1948, p.29 et s.

LINDITCH. F., Le contrat et la performance, une rencontre impossible ? RFDA 2014, n°3, p.403 et s.

LLORENS.F., Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ?, in Mélanges Max Cluseau, Presses de l'IEP de Toulouse, 1985, p. 377 et s.

LOISEAU. G., La discutable transmission de l'engagement par volonté unilatérale en droit du travail, D. 2006, p.1867 et s.

LOMBARD.M., Irréductible intérêt général, AJDA 2006, n°33, p.1809 et s.

LUXEMBOURG. F, Le fait du prince : convergence du droit privé et du droit public, JCP G 2008, n°8, I, p.119 .

MAESTRE. J.-L., La signification de la loi des 7-14 octobre 1790, Études et documents du Conseil d'État, 1991, n°43, p.281-298.

MAIRESSE. M., Contrats publics et propriété intellectuelle : la fin du dualisme juridictionnel ?, Contrats publics 2013, n°128, p. 62 et s.

MAUGÜE.C., R. Schwartz, Conditions du licenciement d'un salarié protégé, ADJA 1992, n°5, p.339 et s.

MARC. E., L'application inversée et étendue de la jurisprudence SCEA du chéneau, ADJA, 2012, n°28, p.1582

MARCHESSOU. P., Le poids de la dualité de juridiction sur les sanctions fiscales in Gouverner, administrer, juger, *Liber amicorum* Jean Waline, Dalloz 2002, p. 673 et s.

MARCOU.G., Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale, RFDA 2006, n°1, p. 84 et s.

MASSOT. J., La répartition du contentieux entre les deux ordres, RFDA 2010, n°5, p.907.

MATTHIAS. M., La compétence du juge judiciaire en matière de voie de fait, une peau de chagrin ? JCP G 2014, n°52, p. 2379 et s.

MEKHANTAR. J., Dualisme juridictionnel et déclinatoire de compétence : quelle égalité de garanties ?, AJFP 2012, n°3, p.113.

MEYER. F., Réflexions sur la responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière des premières applications jurisprudentielles, RFDA 1999, n°5, p. 920 et s.

MAZARS. M.-F., Le dualisme juridictionnel en 2005 Point de vue d'un juge judiciaire, AJDA 2005, n°32, p. 1777 et s.

MAZEAU. H., Défense du droit privé, D.1945, chron. V, p.5.

MELLERAY. F, L'exorbitance du droit administratif en question(s), AJDA 2003, n°37, p.1961 et s.

MELLERAY. F, Nouveau recul des questions préjudicielles, DA 2012, n°6, p.24 et s.

MÉSA. R., Les délégations de service public vues par le juge pénal, JCP A 2013, n°9, p.46 et s.

MESTRE. J.-L., Le Conseil d'État de France du consulat au début de la IIIe République, RA 1999, n°8 spécial, p.17 et s.

MESTRE. J.-L., Administration, justice et droit administratif, Annales historiques de la Révolution française 2002, n°328 p.61-75.

MEYNAUD. A., La bonne administration de la justice et le juge administratif, RFDA 2013, n°5, p.1029 et s.

MODERNE. F., L'évolution récente du droit des contrats administratifs. Les conventions entre personnes publiques, RFDA. 1984, n°4, p. 1 et s.

MODERNE. F., 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, Société Alusuisse-Lonza-France) in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice, Dalloz, 2007, p. 641 et s.

MONDOU. Ch., Responsabilité pénale des collectivités territoriales. Commentaires de l'article 121-2 alinéa 2 du nouveau code pénal, AJDA 1993, n°07-08, p.539 et s.

MOREAU. J., De la compétence des juridictions pénales pour apprécier la légalité des actes administratifs. Bilan de dix années de jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, Procédures 2005, n°6, étude 7

MORIN. A, La convergence des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État en droit du travail, Droit social 2008, n°5, p.546 et s ;

MOYEN. L.S., Vers un déclin du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire ? Réflexions sur le nouveau code pénal, Gaz. Pal. 2001, n°209, p.16 et s.

OLSON. T., Justice administrative et Constitution en Europe : état des lieux, Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, Dalloz, 2012, n°37, p.142

PACTEAU.B., La jurisprudence, une chance du droit administratif ?, RA 1999, NS 6, p. 70.

PACTEAU.B., Le contrôle de l'administration, R.A 2000, NS 3, p.91 ets.

PAULIAT. H., Le juge des référés liberté a t-il mis fin aux jours de la folle du logis ?, JCP A 2013, n°8, p.32 et s.

PAULIAT. H., Bonne administration de la justice, bonne justice ?, JCP A 2014, n°4, p.5.

PÉCAUT-RIVOLIER. L. et STRUILLOU. Y., Protection des représentants du personnel, Cour de cassation et Conseil d'État : des marches parallèles à la démarche commune, Rev. dr. soc. Sept-oct. 2010, n°9-10, p.902

PÉCHILLON. E., Contrôle de l'hospitalisation sous contrainte : la cour européenne des droits de l'homme condamne la France du fait des conséquences de son dualisme juridictionnel, AJDP 2011, n°3, p.144

PÉNA. A., Internement psychiatrique, liberté individuelle et dualisme juridictionnel : la nouvelle donne, RFDA 2011, n°5, p.951

PERDU. S., Le juge administratif et la protection des consommateurs, AJDA 2004, p. 481 et s.

PETIT. S., La réparation des accidents scolaires : responsabilité de l'Etat et compétence judiciaire, AJFP 2002, p.43 et s.

PICARD. E., La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, AJDA, 1998, p. 651 et s.

PONTIER. J.-M, L'intérêt général existe-t-il encore ?, D.1998, p.327 et s.

POUJADE. B et MEYER. F, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public, Gaz. Cnes 1998, n°20, p.34 et s.

POULET-GIBOT LECLERC. N., La contractualisation des relations entre les personnes publiques : RFDA 1999, p. 551 et s.

POULET-GIBOT LECLERC. N., La garde des mineurs et la responsabilité administrative personnelle, RDP 2012, n°1, p.67

PRETOT.X. et CHELLE.D., Licenciement d'un délégué syndical pour perte de confiance de la part de son employeur : prise en compte des fonctions de responsabilité exercées, Rec. 1994, p.242 et s.

REBOLLO PUIG. M., Monisme ou dualisme du droit de l'administration et unité ou dualité de juridiction en matière administrative, RA 2000, NS 2, p.28 et s.

RETTERER. S, Juge administratif et droit de la consommation, AJDA 2011, n°36, p.2047 et s.

RICHTER.L., Le juge judiciaire est compétent pour connaître du recours de plein contentieux fondé sur l'illégalité des décisions de la COB, AJDA 1990, p.907 et s.

RICHER. L., Le juge économiste ?, AJDA 2000, n°9, p.703 et s.

RITLENG.D., L'influence du droit communautaire sur les catégories organiques du droit administratif, in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), Droit administratif européen, 1ère éd., Bruylant, Bruxelles, 2007, p.43 et s.

RIVERO.J., Droit public et droit privé : Conquête, ou statu quo ? Rec. D. 1947, T.1, chron. XVIII, p. 18 et s.

RIVERO. J., Le Huron ou Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, D. 1962. 329-334.

RIVERO. J., Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953, p. 279.

ROBERT. J., La bonne administration de la justice, AJDA 1995, NS, p.117 et s.

ROBERT. J.-H., Juridictionnalisation administrative, Rev. dr. pén. crim. 2014, n°6, p.46 et s.

ROBIN-OLIVIER, S., Revisiter la distinction public / privé dans le droit de l'UE, Une invitation au débat, RTDE 2010, n°4, p. 823 et s.

ROBINEAU. Y., Droit administratif et codification, AJDA 1995, NS, p. 110.

ROBINEAU. Y., Regard sur dix années d'activité du Tribunal des conflits, RFDA nov. déc. 2004, 1167

ROLIN.F., « Encore une minute Monsieur le bourreau »... le débat sur le dualisme fonctionnel des cours suprêmes devant la Cour européenne des droits de l'homme continue, AJDA 2003, n°28, p. 1490 et s.

ROUJOU de BOUBEE. G., Le juge unique en matière. Essai d'un bilan provisoire, in Mélanges Bouloc, Dalloz, Paris, 2006, p. 1002 et s.

SAILLARD.A., Le Conseil d'État adapte le principe de légalité des délits et des peines aux sanctions administratives, LPA 2004, n°226, p.13 et s.

SALOMON. R., Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière et les garanties fondamentales, RD banc. fin 2001, n°1, étude n°100004.

SARAMITO.F., L'articulation des compétences administrative et judiciaire en matière de licenciement soumis à autorisation, D.O 1977, p.388 et s.

SARRAZIN. M.-C, Les licenciements économiques collectifs sous le regard du juge administratif, RDT 2014, n°10, p.614 et s.

SARGOS. P., Points communs et divergences des deux ordres de juridiction, AJDA 1990, n°9, p.585 et s.

SACHS. T., Le Conseil d'État et le motif de la cessation d'activités de l'entreprise : emprunt ou travestissement, RDT 2013, p.406 et s.

SAVATIER. R., Droit privé et droit public, Rec. D. 1946, Chron. VII, p.7 et s.

SEILLER. B., La voie de fait, en voie de disparition de fait ? RJEP 2013, n°712, p.17 et s.

SEUBE. J.-B, Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale, LPA 2009, n°46, p.86 et s.

SOLEIL. S., Le modèle juridique français : recherches sur l'origine d'un discours, revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques 2003, n°37, p.83 et s.

SOUBELET. L., Le clivage actes publics/actes privés à la lumière du droit communautaire : l'exemple de la distinction entre contrats publics et contrats privés, LPA 2005, n°54, p.15 et s.

SOUBELET. L et alii., Le droit communautaire et les divisions du droit, LPA 2004, n°169, p.3 et s.

STIRN. B., Ordres de juridiction et nouveaux modes de régulation, AJDA 1990, n°9, p.591 et s.

STIRN. B., Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel, Justices 1996, n°3, p.41 et s.

TERRE.F., Perspective et avenir du dualisme juridictionnel, ADJA 1990, n°9, p.595 et s.

TESTU. F.-X., La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? D. 1998, p.345 et s.

THERON. S, La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi, RFDA 2004, n°2, p.230 et s.

THIBIERGE. C, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité, RTD civ. 1999, p.561 et s.

TRUCHET. D., Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel, AJDA 2005, n°32, p.1767 et s.

TRUCHET. D., Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel, Justices 1996, n°3, p.53 et s.

TRUCHET. D., Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ? Etudes offertes à J.-M Auby, Dalloz, Paris, 1992, p336 et s.

TUNC.A., Réflexions sur la crise du droit administratif français, D.1952, p.2 et s.

VAN LANG. A., Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RDP 2004, n°4, p.1014 et s.

VAN LANG. A, Une résurgence de la jurisprudence Giry... à propos de la responsabilité des officiers d'état civil, AJDA 2008, n°10, p.530 et s.

VAN LANG. A., La garde de se rend pas, mais s'étend aux dommages subis par les usagers du service public, JCP G 2010, n°1, p.32 et s.

VAN LANG. A., et alii., Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel, Dossier AJDA 2005, n°32, p.1760 et s.

VEDEL.G., Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? EDCE, 1979-1980, n° 31, p. 31 et s.

VERPEAUX. M., La notion révolutionnaire de juridiction, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques 1989, n°9, p.33

WALINE. J., Les contrats entre personnes publiques et leur évolution, RFDA 2006, n°2 p. 229 et s.

WALINE. M., A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent, RDP 1961, n°77, p.8 et s.

WAQUET. PH., Regards sur le Tribunal des conflits, D. 2002, n°9, chron. p. 742 et s.

WEBER. A, Le juge administratif unique, nécessaire à l'efficacité de la justice ? RFAP 2008, n° 125, pp. 179-196.

WEIDENFELD. K., Le licenciement des « salariés protégés » dans l'œil du juge administratif, Rev. Droit et société 2003, n°55, p.717 et s.

VELLEY. S., La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs, RDP 1989, n°3, p.767 et s.

VERPEAUX. M., La notion révolutionnaire de juridiction, Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques 1989, n°9, p.33 et s.

VIALA. A., La voie de fait, voie d'eau dans le dualisme juridictionnel, LPA 1998, n°9, p.9 et s.

VICTOR. H., La dualité juridictionnelle et les chausse-trappes de l'indemnisation des désordres couverts par la garantie décennale, Contrats et Marchés publics 2003, n°4, pp.33-36.

VIRET. J., La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit pénal contemporain, AJDA 1995, p.774 et s.

YOLKA. P, La bonne administration de la justice : une notion fonctionnelle ?, ADJA 2005, n°5, p.233 et s.

YOLKA. P, Domaine public et copropriété : une contribution du juge judiciaire, JCP A 2009, n°14, pp. 54-55.

YOLKA. P, Le juge administratif, gardien du domaine public, CJEG 2002, n°586, pp. 217-229.

YOLKA. P, Pavane pour une étoile éteinte, la loi du 28 pluviose an VIII, JCP A 2009, n°29, p.3 et s.

4 - Communications, rapports & documents internes.

A - Documents officiels.

SAUVÉ. J.-M, La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, Allocution lors du colloque du vendredi 13 décembre 2013

Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avril 2012

J. Massot, La responsabilité pénale des décideurs publics, La documentation française, coll. Rapport officiel, 2000.

La responsabilité pénale des élus locaux pour des faits non intentionnels, Sénat, coll. Études de législation comparée, n° LC 66, 1999.

Conseil d'État, Rapport public 1991, « De la sécurité juridique ».

Conseil d'État, Rapport public 2006, « Sécurité juridique et complexité du droit ».

Conseil d'État, Rapport public 1999,« L'intérêt général ».

Rapport annuel du Conseil de la Magistrature, 2007.

Justice et cassation, annuelle des avocats au CE et à la cour de cassation, dossier : l'accès au juge, Dalloz.

Les perspectives de la codification (dossier), AJDA 2004, p. 1849 et s.

B - Actes de colloques

ANCEL.P. et RIVIER. M.-C. (sous la dir. de), Les divergences de jurisprudence, actes du colloque de Saint-Etienne organisé par le CERCRID les 11 et 12 octobre 2001, 2003, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 376 p.

DIBOUT.P et COZIAN P. M. (sous la dir. de), Droits et garanties du contribuable ; abus de droit et autres procédures : les relations entre l'Administration et les contribuables, Litec, Paris, 3 septembre 2008, 200 p.

GUETTIER. S, Disparition, maintien ou réformation de la dualité de juridiction ? Actes du colloque « Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique » organisé au Palais du Luxembourg le 11 et 12 mai 2001. Disponible sur : https://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publique/colloque_responsabilite_publique11.html.

PICARD. E., Dualisme juridictionnel et liberté individuelle, in Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique (colloque du CERAP, Université Paris 1), Economica, Paris, 1991, p.165 et s.

ROUVILLOIS. F (dir.), La société au risque de la judiciarisation, actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique, novembre 2006-avril 2007 Litec, Paris, 2008, 149 p.

La personnalité publique, Travaux de L'AFDA, Litec, Paris, 2007, 256 p.

5 – Notes et conclusions

ANTIPPAS. J., note sous CE, 27 avr. 2011, « Les droits de la personnalité devant le Conseil d'État », JCP G 2011, n°29, p. 872.

BONNEFONT. R., Les limites du référés libertés en matière d'hospitalisation d'office, LPA 2010, n°150, p.15 note sous CE, 1er avril 2010, n°335753.

CHAUVAUX. D. et GIRARDOT. T.-X., note sous CE. Ass., 6 déc. 1996. Société Lambda, AJDA 1997 p.152.

CHEVALIER. E., note sous T. Confl., 19 mars 2007, Préfet Essonne c. CA Paris, « La jurisprudence Septfonds résistera-t-elle encore longtemps ? », JCP A, n°41, oct. 2007, 2251.

CLÉMENT. J.-N., Note sous Cour EDH, 21 févr. 1997, Guillemin c/ France, Gaz. Pal., juill. 1998, n°200, p.23.

ESMEIN.P., note sous Cass. civ. 2e., 23 nov. 1956, Trésor public c. Docteur Giry et Garde des sceaux, JCP *G*, 1956, n° 9681.

DAUMAS. V., concl. sous CE, 16 juill. 2014, n°355201, M. Freddy G.

DECOOPMAN. N., note sous C. Cass, 26 oct. 1993, D. 1994, p.511.

DECOOPMAN. N., note sous CA Paris, 1re ch., 6 avr. 1994, p.514.

DEMICHEL. A ., note sous CA Bordeaux, 9 mars 1967, Issartier, D. 1968, p.335.

DREYFUS. G., note sous TGI de la Seine, 1er ch., 13 mai 1970, Sieur Vavon c./ Etat Français, AJ 1970, n°124.

DEYGAS. S., note sous T. Confl., 12 déc. 2011, SNC Green Yellow c/ EDF, Procédures 2012, n°2, comm. 56.

DOUCOULOUX-FAVARD. C., note sous CA Paris, 1re ch., 15 janvier 1993, D. 1993, p.274

GRAND. R., note sous T. Confl., 17 oct. 2011, « Renvoi préjudiciel : l'érosion de la jurisprudence Septfonds », AJDA 2011, p.2041

GUYOMAR. M. et COLLIN. P., note sous CE, sec. 30 juin 2000, « Qu'est-ce qu'un film pornographique ? », AJDA 2000, p. 609

HOSTIOU. R., note sous Cour EDH, 21 fév. 1997, Guillemin c/ Fr., AJDA 1997, p.399

KELLER . R., concl. sous CE, 23 déc. 2014, n°s 344616 et 363633, M. B.

MAESTRE. J.-C., note sous CA Paris, 3 juin 1964, Papon et agent judiciaire du Trésor c./ Soc. Fermière « libération », D. 1965, p.98

PLESSIX. B., note sous T. Confl., 17 oct. 2011, « Compétence incidente du juge judiciaire en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs », JCP G 2011, n°51, p.1423

SAILLARD. A ., note sous CE, 7 juill. 2004, « Le Conseil d'État adapte le principe de légalité des délits et des peines aux sanctions administratives », LPA 2004, n°227, p.13

SEYFRITZ. M., Précisions sur la compétence du juge judiciaire pour astreindre l'État (à propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 19 mars 2007), RDP 2008, n°1, p.293.

VEDEL. G., note sous CA Douai, 1re ch., 3 janv.1962 Etat Français c./ Lenfant, Trib. Civ. Lyon, 3e ch., 20 nov. 1961, Consorts Baud c./ Ferez et l'Etat Français, JCP G 1962, n° 12559.

7 – Dictionnaires, recueils et usuels

BASTTISTELLA. D. et alii., Dictionnaire des relations internationales, 3 éd., Dalloz, Paris, 584 p.

CORNU. G, Vocabulaire juridique, 11 éd., Dalloz, Paris, 2016, 1152 p.

GUINCHARD. S. et alii., Lexique des termes juridiques, 24 éd., Dalloz, Paris, 2016, 1176 p.

JURISPRUDENCE

I / Jurisprudence nationale

A/ Jurisprudence administrative

1° Conseil d'État

a) Décisions

b) Avis

c) Conclusions

2° Cours administratives d'appel

3° Tribunaux administratifs

B/ Jurisprudence judiciaire

1° Cour de Cassation

2° Cours d'appel

3° Tribunaux

C/ Conseil Constitutionnel

D/ Tribunal des conflits

II / Jurisprudence communautaire

III/ Jurisprudence internationale

IV/ Autres décisions

I/ Jurisprudence nationale

A/ Jurisprudence administrative

1° Conseil d'État

a) Décisions

CE, 20 juin 1913, Téry, n°41854, Rec. 736.

CE, Sect. 9 nov. 1928, Bertrand, Rec. 1149.

CE, 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, n°12045, Rec. 595.

CE, 19 mai 1933, Benjamin, n°s17413, 17520, Rec. 541.

CE, ass. 26 oct. 1945, Aramu, Rec. 213

CE, ass., 17 fev.1950, n°86949, Dame Lamotte, Rec. 110

CE, 5 mars 1954, Banque alsacienne privée et Dupont, Rec. 144

CE, 12 mai 1961, Sté La Huta, n°40674, Rec. 313

CE, ass., 5 mai 1976, n° 98647 et 98820, Rec. 232

CE, sect., 21 mai 1976, n° 94052, Rec. 270.

CE, ass., 13 déc. 1968, Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne, n°71624, Rec.647.

CE, 25 mai 1966, n° 66317, Société anonyme « Société de constructions industrielles publiques et privées », Rec. 364.

CE, 4 oct. 1967, n°60608, Trani, Rec. 352.

CE, 8 déc. 1967, n°69544, Sieur Kayanakis, Rec. 475.

CE, 11 févr. 1970, n° 71987, Bortuzzo et Martin-Bellet, Rec. 107.

CE, 19 mars 1971, n° 79962, Mergui, Rec. 235.

CE, ass., 8 juin 1973, Dame Peynet, n°80232, Rec. 406

CE, 16 janv. 1976, Gate, Dubosc et a., Perrimond et a, n°94150, Rec. 39.

CE, ass., 5 mai 1976, n° 98647 et 98820, Rec. 232.

CE, ass., 12 oct. 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, n°01875, Rec. 370.

CE ass. 18 avr. 1980, Société Maxi-Librati création, n°s 09643, 09644, Rec. 106.

CE, 17 déc. 1980, Ministre des universités c/ Sloan et autres, n°13942, Rec. 478.

CE, 27 fév. 1981, n°15624, Sté Coopérative agricole de Wavignies, Rec. T.

CE, 13 nov. 1981, Ets Louis Langlet, n° 36679, Rec. 104.

CE, ass. 12 mars 1982, Conseil national de l'ordre des médecins, n°11413 11414 11466 11099 11100 11451, Rec. 108.

CE, sect., 23 avr. 1982, Ville de Toulouse c./ Aragnou, n°36851, Rec. 152.

CE, 24 nov. 1982, min. Transports c/ héritiers Malonda, n°32944, Rec. T.

CE, 27 mai 1983, n° 36612, Sté Gervais Danone France, Rec. T.

CE, 2 déc. 1983, Ville de Lille, n°13205, Rec. 470.

CE, 12 déc. 1984, n° 44744, Ministre des PTT c/ Rabinel, Rec. T.

CE, 20 févr. 1985, M. Genet, n°39700, Rec. 185.

CE, 21 juin 1985, Sté Total Cie fr. distribution CFO, n°s 32428 et 32429, Rec. 204.

CE, 24 fév. 1988, n°47991.

CE, ass., 1 avr. 1988, n°85234, Bereciartua Echarru, Rec. 135

CE, ass., 1er juill. 1988, n°66405, Billard et Volle, Rec. 268.

CE, plén., 27 juill. 1988, M. Macchetto, n° 43939, Rec. 54.

CE, 31 oct. 1990, n°82488, SARL Escobois.

CE, 18 mars 1992, n° 105127, SNC Boussac.

CE, sect., 1er avr. 1992, n°112826, Moreau et Syndicat général du livre et des industries connexes de la région parisienne CGT, Rec. 115.

CE, 23 juil. 1993, Cie générale des eaux, n°235398, Rec. T.

CE, 28 juill. 1993, Dupuy, n°134086, Rec. 244.

CE, 29 juin 1994, n° 128313, Cainaud, Rec. T.

CE, 3 nov. 1995, n°152484, District de l'agglomération nancéienne, Rec. 391.

CE, 25 mai 1995, n°157427, Sté Rimoldi France.

CE, 18 oct. 1995, n°142118, Min. du travail c/ Perrin.

CE, 22 mars 1996, Paris et Roignot, n°151719, Rec. 99.

CE, sect. 26 juin 1996, n° 138874, Dpt de l'Yonne, Rec. T.

CE, ass., 10 juil. 1996, Cayzeele, n°138536, Rec. 274

CE, 9 oct. 1996, Sté Prigest, n° 170363, Rec. T.

CE, ass., 6 déc. 1996, Sté Lambda, n°167502, Rec. 466.

CE, ass., 8 nov. 1996, FFSA et autres, n°122644, Rec. 441.

CE, 10 mars 1997, n° 164645, SA applications techniques des plastiques, Rec. T.

CE, 10 mars 1997, no 164645, SA ATP, Rec. T.

CE, 17 mars 1997, n° 124588, Office des migrations internationales, Rec. 86

CE, 18 juin 1997, n°160961, Union des sociétés mutualistes de Lille, Rec. T.

CE, sect., 3 nov. 1997, n° 169907, Sté Million et Marais, Rec. 406.

CE, 8 déc. 1997, n°160996, Rec. T.

CE, 27 févr. 1998, n° 169259, Sté Sogeba, Rec. 66.

CE, 29 juil. 1998, Mme Esclatine, n°179635 et 180208, Rec. 320.

CE, sect., 9 avr. 1999, Sté The Coca-Cola Company, n°201853, Rec. 119.

CE, 26 mars 1999, n°202260, Sté EDA, Rec. 102.

CE sect. 28 juill. 1999, GIE Mumm, n°188973, Rec. 257.

CE, 29 nov. 1999, n°197737.

CE, 6 oct. 2000, Société Pernod-Ricard, n°216645, Rec. 397.

CE, 18 oct. 2000, n°213303, Association Promouvoir, Rec. 425.

CE, 15 déc. 2000, n°212068, Nerzic, Rec. 104.

CE, 29 déc. 2000, Lautier, n°207613, Rec. T.

CE, 29 déc. 2000, n°199320, Mme Arbaud, Rec. 680.

CE, 22 juin 2001, n° 203340, Rec. T.

CE, 11 juill. 2001 n°224586, Rec. 301.

CE ,11 juill. 2001, Société des eaux du nord, n°221458, Rec. 341.

CE, 27 juill. 2001, Syndicat national pénitentiaire force ouvrière, n°s 215550 et 220980, Rec. 383.

CE, 21 déc. 2001, n°224605, B, Rec. 669.

CE, 22 févr. 2002, n°219259, Mutualité de Meurthe et Moselle, Rec. 56.

CE, 28 juin 2002, n°220361, M. Villemain, Rec. 229.

CE, 29 juill. 2002, n° 200886, Société Cogedim, Rec. 280

CE, 27 nov. 2002, n°221871, Wanecque, Rec. 410.

CE, 29 nov. 2002, n°223027, Assistance publique - Hôpitaux Marseille, Rec. 414

CE, ass., 6 déc. 2002, n°249153, Synd. intercommunal des Ets du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses, Rec. 433.

CE, 12 mars 2003, Garde des Sceaux c/ Frérot, n°237437, Rec. 121.

CE, 2 avr. 2003, Sté d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied (APBP), n° 237751, Rec. T.

CE, 25 juin 2003, n°240817, Correia, Rec. 42.

CE, 20 juin 2003, Société Etablissement Lebreton, n°232832, Rec. 273.

CE, 24 sept. 2003, n°237115, Sté éditions Godefroy, Rec. 86.

CE, 2 févr. 2004, n° 260100, Épx Abdallah, Rec. 15.

CE, 4 févr. 2004, n°255956, Société Owens Corning Fiberglass France, Rec. 202.

CE, 17 mars 2004, n°247367, Rec. T.

CE, ass. 19 mai 2004, n°236470, Consorts Bourbon, Rec. 232.

CE, ass. 7 juill. 2004, n°255136, Ministre de l'intérieur c. Benkerrou, Rec. 297.

CE, 29 oct. 2004, n°269814, Sueur, Rec. 393.

CE, 19 nov.2004 n° 254797, 2493558, M. Ramond et Roche, Rec. 432.

CE, 9 fév. 2005, n° 265869, n° 265869, Sté Canal Calédonie, Rec. 35.

CE, 9 fév. 2005 n°264712, Assoc. transparence et moralité marchés publics, Rec. 71.

CE, sect., 11 fév. 2005, n° 252169, GIE Axa courtage, Rec. 45.

CE, 18 mars 2005, n° 238206, Synd. nat. de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital, Rec. 120.

CE, 25 mai 2005, n°274340.

CE, 6 juill. 2005, n°261991, Sté Dodin et Sté Demathieu et Bard, Rec. 309.

CE, ass. 8 juill. 2005, n°247976, Société Alusuisse-Lonza France, Rec. 311.

CE, 27 juil. 2005, n°265340, Stéphane X, Rec. 345.

CE, 5 déc. 2005, n°280097, Min. Int., Sécurité intérieure et Libertés locales c/ Martineau, Rec. 56.

CE, 13 janv. 2006, n°250332.

CE, sect., 1er févr. 2006, Garde des Sceaux, Min. Justice c/ MAIF, n°268147, Rec. T.

CE, 06 fév. 2006 n°259385, Département de la Dordogne, Rec. 57.

CE, 13 févr. 2006, Sté Fiducial informatique et Société Fiducial expertise, n°279180, Rec. 1027.

CE, 8 mars, 2006, n°270857, Mme Moranzoni, Rec. 116.

CE, 29 mars 2006, n°284276, Mlle Paillard et a., Rec. 177.

CE, 17 mai 2006, n°263081.

CE, 5 juil. 2006, n°264750.

CE, 2 oct. 2006, n°264101.

CE, 6 déc. 2006 n°262096.

CE, 11 déc. 2006, n°271029, Marianne. N., Rec. 528.

CE, 6 juin. 2007, n°287176, Garnier, Rec. 653.

CE, 26 nov. 2007, n°266423, Sté les travaux du Midi, Rec. 450.

CE, 30 nov. 2007, Sté Sideme, n°292705, Rec. T.

CE, 16 janv. 2008, n°294629, Bessis, Rec. T.

CE, 30 janv. 2008 n°299675, n°299675, Ville de Paris, Rec. 21.

CE, 26 mai 2008, Sté Norelec, n°288583, Rec. 186.

CE, 2 juill. 2008, n°s 309647, 310174, Devulder, Rec. 259.

CE, 14 nov. 2008, n°315622, M.E.S, Rec. 417.

CE, 5 déc. 2008, n°299166, Société HGP GAT Filatures.

CE, 5 déc. 2008, n°289433, Coette, Rec. T.

CE, 17 déc. 2008, SFOIP, n°293786, Rec. 463.

CE, 28 déc. 2008, n° 296930, OPHLM de Puteaux, Rec. 479.

CE, 6 mars 2009, n°299035, Belrhalia, Rec. 95.

CE, 20 mai 2009, Établissement public de la bibliothèque nationale de France, n°296628.

CE, 24 juill. 2009, n°316014.

CE, 29 oct. 2009, n° 312825.

CE, 30 nov. 2009, Garde des sceaux, Ministre de la justice c/ M. Ali. A., n°318589, Rec. 480.

CE, 28 déc. 2009, n° 304802, Cne de Béziers, Rec. 509.

CE, 5 mai 2010, min. c/ SCI Agora Location, n° 308430, Min. c/ SCI Agora Location.

CE, 31 mai 2010, n° 317006, Cne Parnes, Rec. T.

CE, 7 juin 2010, n° 323372, Sté IOSIS Sud-Ouest.

CE, 23 juill. 2010, n°331940.

CE, 4 oct. 2010, n°341845, Mme Repplinger, Rec. 364.

CE, 28 mars 2011, n°316977, Garde des Sceaux. Min de la justice c/ M.B, Rec. 138.

CE, 27 avr. 2011, n°314577, Cts Fédida, Rec. 176.

CE, 13 juill. 2011, n°318788.

CE, 18 nov. 2011, n°s 335532, 335559, 341983, 342071, 347892, 348079,349647, Association des avocats pour la défense du droit des étrangers, Rec. 568.

CE, 2 déc. 2011, n°342972.

CE, ass., 23 déc. 2011, Danthony, n°335477, Rec. 653.

CE, 27 févr. 2013, n° 350663, Sté armoricaine d'entretien naval (SAEN), Rec. T.

CE, 24 juin 2013, n° 348207, SARL Eldorado, Rec. 201.

CE, 3 juill. 2013, Association des Paralysés de France, n°348099, Rec. T.

CE, 10 juill. 2013, n°360901.

CE, 25 juill. 2013, n°363463.

CE, 6 nov. 2013, n°361837, Rec. T.

CE, 3 avril 2014, n°364146.

CE, 21 mai 2014, Garde des sceaux, Ministre de la justice c/ Mme A., n°359672, Rec. 139.

CE, 23 juin 2014, n°359822.

CE, ass., 7 juill. 2004, n° 25371, Benkerrou, Rec. 298.

CE, sect., 16 juil. 2014, n° 355201, Ganem, Rec. 224.

CE, 17 oct. 2014, n°368270.

CE, 3 nov. 2014, n°366630.

CE, 20 mars 2015, n°374780.

CE, 10 avr. 2015, n°369266 et n°369138.

CE, 15 avr. 2015, n° 365655, Rec. T.

CE, 12 mai 2015, n°373153.

CE, 13 mai 2015, n°368892.

CE, 24 juin 2015, n° 367288, SELAS Pharmacie Reveillon, Rec. 304.

CE, 8 juil. 2015, n°365850.

CE, 22 juill. 2015, Comité central d'entreprise de la société HJ Heinz France, n°385816 (à paraître).

CE, 22 juill. 2015, Syndicat CGT de l'Union locale de Calais et environs, n°383481,(à paraître)

CE, 22 juil. 2015, Société Pages Jaunes, nos 385668, 386496, (à paraître).

b) Avis

CE, avis, sec., 5 avr. 1996, n° 176611, Houdmond, Rec. 116.

CE, avis, 8 juill. 1998, n° 195664, Fattell, Rec. T.

CE, avis, 22 nov. 2000, n°223645, Ordre des avocats au barreau de Paris, Rec. 272.

c) Conclusions

Concl. Dumortier sous CE, 8 avr. 2013, n°348559

Concl. Lallet, sous CE, 14 mai 2014, n°347039, Fédération nationale CGT des personnels des sociétés d'études, de conseil et de prévention.

Concl. Keller sous CE, M. B., 23 déc. 2014, n°s 364616 et 363633.

Concl. Baudoin sous CE, 17 nov. 1965, Épx Planty, Rec. 695.

Concl. Daumas sous CE 16 juill. 2014, M. Freddy G., n° 355201.

Concl. Donnat sous CE, 9 juin 2004,n°254575, Mme Jouve, Rec. T.

Concl. Bonichot sous CE sect. 28 juill. 1999, GIE Mumm, n°188973, Rec. 257.

Concl. Guyomar sous CE, sect., 1er févr. 2006, Garde des Sceaux, Min. Justice c/ MAIF, n°268147, Rec. T.

2° Cours administratives d'appel

CAA Lyon 25 avr. 2002, n°97LY01526.

CAA Nantes, 2 mai 1996, n°94NT00250, Rec. 201.

CAA Nantes, 29 déc. 2006, n°03NT00250.

CAA Bordeaux, 10 juin 2004, n°14BX01084.

CAA Bordeaux, 3 mars 2015, n°12BX00902.

CAA Versailles, 10 nov. 2009, n°08VE02392.

CAA Bordeaux, 16 oct. 2014, n°13BX01990.

CAA Bordeaux, 1er oct. 2009, n°08BX02241.

CAA Lyon, 26 avr. 2012, n°11LY02328.

CAA Marseille, 19 mai 2015, n°13MA00430.

CAA Lyon, 31 janv. 2008, n° 03LY01168.

CAA Lyon, 21 déc. 2000, n°95LY01531.

CAA Nancy, 4 déc. 1997, n°s 94NC01590, 94NC1591.

CAA. Paris, 19 déc. 1989, n°89PA02126, Rec. T.

3° Tribunaux administratifs

TA Montreuil, 28 janv. 2014, n°1310820.

TA Nice 22 août 2016, n°s 1603508 et 1603523, Ligue des droits de l'homme et autres, Association de défense des droits de l'homme-Collectif contre l'islamophobie en France.

TA Bastia, n°1300975, 6 sept. 2016 Association Ligue des droits de l'homme.

B/ Jurisprudence judiciaire

1° Cour de cassation

Cass. civ 2ème, 23 nov. 1956, Trésor public c/ Docteur Giry, n°56-11.871, Bull. civ. n°627, p.427.

Cass. civ. 1er, 20 déc. 1976, n°75-11.898, Bull. civ. II n°182, p.141.

Cass. civ. 2e, 29 nov. 1978, n°76-15.612, Bull. civ. II n°252, p. 193.

Cass. civ 3ème, 19 mars 1986, n°84-15.986, Bull. civ. III n° 3, p. 23.

Cass. com. 12 nov. 1996, n°95-11.080, Bull. civ IV, n° 268, p. 228.

Cass. com. 15 juill. 1987, n°85-16.966, Bull. civ. IV n° 189, p. 139.

Cass. com., 15 déc. 1987, n° 86-15.872, Bull. civ. IV n° 278, p. 207.

Cass. com. 22 mars 1988, n°86-15.264, Bull. civ. IV n° 117 p. 82.

Cass. com. 31 mai 1988, n°87-11.089.

Cass. coc., 22 nov. 1988, n°85-42.007, Bull. civ. V n° 617, p. 395.

Cass. crim. 6 févr. 1990, n° 87-82.316, Bull. crim. n° 65 p. 172

Cass. civ. 3e, 12 juin 1991, n°89-20.140, Bull. civ. III n° 168, p. 99.

Cass. crim., 11 févr. 1992, n° 91-86.067, Bull. crim. n°66, p.166.

Cass. soc., 25 juin 1992, no 90-41.244, Bull. civ. V n° 420, p. 260.

Cass. civ. 3ème, 9 déc. 1992, n° 91-12.097, Bull. civ. III n° 321, p. 198.

Cass. soc. 17 déc. 1992, n° 91-40.944, Bull. civ. V n° 604, p. 381.

Cass. crim., 28 févr. 1994, n° 93-81.252, Bull. crim. n° 78, p. 168.

Cass. crim., 7 juin 1995, n°94-81.416, Bull. crim. n° 208, p. 567.

Cass. civ. 3ème, 12 mars 1997, n° 95-12.727, Bull. civ. III n° 61, p. 39.

Cass. com. 29 avr. 1997, n°95-20.001, Bull. civ. IV n° 110, p. 96.

Cass. com. 24 juin 1997, n° 95-14.780, Bull. civ. IV n° 204, p. 178.

Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-17.689, Bull. civ. IV n° 277, p. 240.

Cass. soc., 2 déc. 1998, n° 96-43.374.

Cass. soc., 23 juin 1999, n°97-42.224.

Cass. soc. 6 déc. 2000, n°98-45.644.

Cass. soc. 31 janv. 2001, n° 98-43.897.

Cass. crim., 17 sept. 2002, n°01-87.839.

Cass. soc. 10 déc. 2002, n° 00-46.518.

Cass. civ. 3ème, 29 janv. 2003, n°01-03.707, Bull. civ. III n° 24, p. 23.

Cass. com., 23 avr. 2003, n° 00-19.539, Bull. civ. IV n° 61, p. 70.

Cass. civ. 3ème, 29 janv. 2003, n°01-13.034, Bull. civ. III n° 18, p. 16.

Cass. crim., 6 avr. 2004, n°03-82.394, Bull. crim. n° 89, p. 338.

Cass. soc. 24 juin. 2004, n°s 06-45.870, 06-45.871, 06-45.872, 06-45.873, 06-45.874 06-45.875, 06-45.876, Bull. civ. V, n° 138.

Cass. com. 12 juill. 2004, n°01-11.403, Bull. civ. IV n° 153, p. 167.

Cass. civ. 1ère, 4 janv. 2005, n°02-18.904, Bull. civ. I n° 4, p. 3.

Cass. soc., 21 sept. 2005, n°03-47.065.

Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 04-41.789.

Cass. civ. 3ème, 18 janv. 2006, n°04-17.400, Bull. civ. III n° 17, p. 14.

Cass. civ. 2ème, 28 juin 2006, n°05-14085.

Cass. crim., 26 sept. 2006, 05-86.636.

Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-17.486, Bull. civ. IV, n° 235, p. 258.

Cass. civ. 1ère, 9 janv. 2007, n°04-11.779, Bull. civ. I n° 4, p. 4.

Cass. civ. 1ère, 6 févr. 2007, n° 06-10.403, I n° 49, p. 43.

Cass. soc. 23 mai 2007 no 05-45.541.

Cass. crim., 30 janv. 2008, n°06-81.027, Bull. crim. n° 27, p. 103.

Cass. crim. 9 déc. 2008, n°08-81.855.

Cass. crim., 4 juin 2009, n°08-86.778, Bull. crim, n° 114.

Cass. civ 3ème, 4 juin 2009, n° 08-13.239, III n° 130.

Cass. civ. 3ème, 21 oct. 2009, n° 08-15.136, III n° 225.

Cass. crim., 21 sept 2010, n°10-81.578.

Cass. crim., 21 sept. 2010, 10-80.354.

Cass. crim. 10 nov. 2010, n°10-82.367.

Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n°s 09-14.316, 09-14.667, Bull. ass. plé. n°1.

Cass. civ.1ère, 6 avr. 2011, n°10-15.094.

Cass. crim, 11 oct. 2011, n°11-87.212.

Cass. crim., 25 oct. 2011, n°11-82.780, Bull. crim. n° 216.

Cass. civ. 3ème, 7 déc. 2011, n° 10-26.726, Bull. civ. III n°206.

Cass, civ., soc., 10 janv. 2012, n°09-16.691, Bull. civ. V, n° 5.

Cass. soc., 30 mai 2012, n°11-16.765, 11-16.766, 11-16.767 11-16.768 11-16.769 11-16.770 11-16.772 11-16.773 11-16.774 11-16.775 11-16.776 11-16.777 11-16.778 11-16.779 11-16.780 11-16.781 11-16.782 11-16.783 11-16.784 11-16.785.

Cass. civ.3ème, 5 juin 2012, n°11-17.919.

Cass. civ 1ère, 26 sept. 2012, n°11-21.284

Cass. civ. 1ère, 14 nov. 2012, n°11-25.103.

Cass., civ., soc., 9 janvier 2013, 11-23.429.

Cass. crim., 12 juin 2013, n°12-87.531.

Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-23.737, Bull. civ. IV, n° 157.

Cass. crim., 4 avril 2013, 12-85.017.

Cass. crim. 24 sept. 2013, n°13-84.808.

Cass. civ 1ère, 4 déc. 2013, n°12-28.361.

Cass. civ. 3ème, 11 déc. 2013, n° 12-11.519, Bull. civ. III n° 162.

Cass., civ., com., 21 janvier 2014, n°12-29.475, Bull. civ. IV n° 10.

Cass. crim, 29 janv. 2014, n°13-83.900.

Cass. crim., 13 mai 2014, n° 13-85.802.

Cass., civ., soc., 29 sept. 2014, n°12-28.679, Bull. civ. V n° 215.

Cass. crim., 4 nov. 2014, n°13-85.381.

Cass. crim., 29 janv. 2014, n°13-83.900.

Cass, civ. 3ème, 12 fév. 2014, n°13-11.972.

Cass. com., 3 juin 2014, n° 13-17.316.

Cass. civ., soc., 9 juill. 2014, n°13-13.491.

Cass., civ., soc., 28 janvier 2015, n°14-15.817.

Cass. civ. 3ème, 11 mars 2015, n°s 13- 28.351, 14-14.275.

Cass., civ., soc., 3 juin 2015, 13-27.596.

Cass. crim., 10 juin 2015, n°14-84.541.

Cass. civ., com., 23 juin 2015, n°13-19.486.

Cass. civ. soc., 1 juill. 2015, n°13-25.976.

Cass. civ 3ème, 22 oct. 2015, n°14-11.776 (à paraître).

2° Cours d'appel

CA Paris, 6 avr. 1994, Mizon c/ Agent judiciaire du Trésor.

CA Paris, 13 janv. 1998, n°s 96/19344 et 96/20592.

CA Versailles, 2 juill. 1999, n° 1999-121059.
CA Toulouse, 5 sept. 2000, n°2000/00180.
CA Amiens, 30 sept. 2003, n°00/04499.
CA, Rennes, 22 janvier 2007, n°05/02371.
CA Reims, 23 janv. 2008, n°06/00756.
CA Poitiers, 26 mai 2015, n°15/00021 .

3° Tribunaux de première instance

T. civ. Lyon, 20 nov. 1961, Baud.
TGI Paris, 17 janv. 1990, Caisse d'épargne de Paris c/ Compagnie générale des eaux.
Trib. prox. Lille, 2 juil. 2013.

C/ Conseil constitutionnel

Cons. Const., déc., n° 80-119 DC du 22 juill. 1980, Rec. CC. 46.
Cons. Const., déc., n° 86-224 DC du 23 janv. 1987, Rec. CC. 8.
Cons. Const., déc., n°89-260 DC du 28 juill. 1989, Rec. CC. 71.
Cons. Const., déc., n°96-379 DC du 23 juill. 1996, Rec. CC. 99.
Cons. Const., déc., n°99-416 DC du 23 juill. 1999, Rec. CC. 100.
Cons. Const., déc., n° DC 2001-451 du 27 nov. 2001, Rec. CC. 145.
Cons. Const., déc., n°2009-595 DC du 3 déc. 2009, Rec. CC. 206.
Cons. Const., déc., n°2010-54 QPC du 14 oct. 2010, Rec. CC. 289.
Cons. Const., déc., n°2010-71 QPC du 26 nov. 2010, Rec. CC. 343.
Cons. Const., déc., n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Rec. CC. 252.
Cons. Const., déc., n°2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, Rec. CC. 272.
Cons. Const., déc., n°2012-261 QPC du 22 juin 2012, Rec. CC. 312.

D/ Tribunal des conflits

T. confl. 8 fév. 1873, n°00012, Blanco, Rec. 61.
T. Confl., 30 juill. 1873, n° 00035, Pelletier, Rec. 117.
T. confl., 22 janvier 1921, n°00706, Société commerciale de l'Ouest africain, Rec. 91.
T. confl., 16 juin 1923, n°00732, Septfonds, Rec. 498.
T. Confl., 14 janv. 1935, n°00820, Thépaz, Rec. 224.

T. Confl., 8 avr.1935, n°00822, Action Française, Rec. 1226.

T. confl, 18 déc. 1943, État français c/ Chouard, Rec. 325.

T. Confl., 17 mars 1949, Hôtel du Vieux Beffroi, n° 01077, Rec. 592.

T. confl., 17 mars 1949, n°01086, Société Rivoli Sébastopol, Rec. 592.

T. confl., 5 juill. 1951, n°01187, Avranches et Desmarets c/ Préfet de la Mayenne, Rec. 636.

T. confl., 27 nov. 1952, Préfet de la Guyane, n°01420, Rec. 642.

T. confl. 26 mai 1954, Moritz, Rec. 708

T. confl., 22 fév. 1960, Fargeau d'Epied, Rec. 855

T. confl., 8 juill. 1963, n°01804, Sté Entreprise Peyrot c/ Sté de l'autoroute Estérel-Côte-d'Azur, Rec. 787.

T. confl. 21 mars 1983, n°022576, Union des assurances de Paris, Rec. 537.

T. confl., 21 mars 1983, n°02256, UAP, Rec. 356.

T. confl., 4 juill. 1983, n°02289, Caillol, Rec. 541.

T. confl., 6 juin 1989, n°02578, Ville de Pamiers, Rec. 293.

T. confl. 22 juin 1992, n°02671, Mizon, Rec. 486.

T. confl. 25 mars 1996, n°03000, Préfet de la région Rhône-Alpes c/ Conseil de prud'hommes de Lyon (Berkani), Rec. 536.

T. confl., 4 nov. 1996, n°03038, Société Datasport, Rec. 551.

T. confl., 16 juin 1997, n°03075, Société « Les Fils de Madame Géraud c/ Commune de Longjumeau.

T. confl., 24 nov. 1997, n°03070, Barrand.

T. confl., 19 oct. 1998, n°03131, Préfet du Tarn, Rec. T.

T. confl., 18 oct. 1999, n°3174, Aéroport de Paris et Air France c/ TAT, Rec. 468.

T. confl., 14 fév. 2000, n°03170, G.I.P. - H.I.S., Rec. 748.

T. confl., 21 mars. 2005, n°C3413, Alberti Scott, Rec. 651.

T. confl. 30 juin 2008, n°3682, Épx Bernadet, Rec. 559.

T. confl., 13 déc. 2010, n°C3800, Sociétés Green Yellow et autres c/ Electricité de France, Rec. 592.

T. confl., 17 oct. 2011, n°C3828-3829, SCEA du chéneau c./ INAPORC, M. Cherel et autres c/CNIEL, Rec. 698.

T. confl., 12 déc. 2011, n°C3841, SNC Green Yellow, Rec. 706.

T. confl., 17 juin 2013, n°C3911 ERDF Annecy Léman, Rec. 370.

T. confl., 9 déc. 2013, n°3931, Époux Panizzon, n° 3931, Rec. 376.

T. confl., 13 oct. 2014, n°C3963, AXA France, Rec. 472.

T. confl., 9 mars 2015, n°C3984, ASF (à paraître).

II / Jurisprudence communautaire

Cour de justice de l'Union européenne, 16 nov. 1977, GB/Inno, n°13/77, Rec. 2115.

III/ Jurisprudence internationale

Cour EDH, 24 févr. 1994, Bendenoun c/ France, req. °12547/86.
Cour EDH, 26 sept. 2000, Guisset c/ France, req. n° 33933/96, Rec. 2000-X.
Cour EDH 21 févr. 1997, Guillemin c/ France, req. n°19632/92, Rec. 1997-I.
Cour EDH, 4 oct. 2007, Vallar c/ France, req. n°50331/99.
Cour EDH, 18 nov. 2010, Baudoin c. France, Req. n°35935/03.
Cour EDH, 20 oct. 2011, Nejdet Şahin et Perihan Şahin c/ Turquie, req. n°13279/05.

IV/ Autres décisions

Cons. conc., avis n° 01-A-18 du 28 déc. 2001
Cons. conc., avis n° 00-DA-02 du 10 mai 2000
Cons. conc., avis n° 07-A-08 du 27 juill. 2007

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

PARTIE I : LA PERTINENCE DE LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE MENACÉE 17

TITRE 1 : L'AFFAIBLISSEMENT DE LA DIVISION ENTRE LE DROIT PUBLIC ET LE DROIT PRIVÉ 18

CHAPITRE 1 : LA CONFUSION PROGRESSIVE DU DROIT PUBLIC ET DU DROIT PRIVÉ ..19

SECTION 1 : L'EFFACEMENT DES ATTRIBUTS PROPRES À CHAQUE CATÉGORIE.....20

Paragraphe 1 : L'optimisation et la standardisation du droit public 20

A/ L'atténuation du caractère spécial du droit public.....20

1° Le déclin du rôle de la jurisprudence dans la construction du droit public 20

2° L'influence et l'utilisation des règles de droit privé 23

B/ L'affaiblissement de l'exorbitance en droit public.....26

1° L'impact des nouveaux modes de gouvernance et de gestion 26

2° Le recul du privilège de juridiction.....28

Paragraphe 2 : Le déclin de la place de l'individu et de ses prérogatives en droit privé.....29

A/ Le recul de l'individualisme 29

1° La collectivisation des rapports privés 29

2° La régulation de l'exercice des droits et libertés individuels.....31

B/ La recherche d'équilibre au sein des rapports privés 32

1° L'encadrement de la liberté contractuelle.....32

2° Le renforcement des pouvoirs du juge 35

SECTION 2 : LES CAUSES DE L'EFFRITEMENT DE LA DIVISION.....36

Paragraphe 1 : Les évolutions nationales.....36

A/ La nature et le contenu de la distinction entre le droit public et le droit privé 36

B/ Les facteurs politiques et socio-économiques 38

1° Les changements politiques....38
2° Le contexte socio-économique....42
Paragraphe 2 : L'influence des ordres juridiques supranationaux....47
A/ Les effets de la globalisation....47
1° La globalisation juridique....47
2° L'exemple du droit de l'Union européenne....49
B/ Les effets de la mondialisation....51
1° La mondialisation juridique....52
2° L'exemple de l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales....53
CONCLUSION DU CHAPITRE I....55
CHAPITRE 2 : LA PERTURBATION DES RÔLES DU JUGE ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE, CONSÉQUENCE DU DÉCLIN DE LA DISTINCTION....56
SECTION 1 : LE DEVELOPPEMENT DES INTERACTIONS ENTRE LES JUGES....59
Paragraphe 1 : La relative défense faite au juge judiciaire de troubler les actes du corps administratif....59
A / Le pouvoir d'interprétation et d'appréciation d'un acte administratif....59
1° Un pouvoir d'interprétation reconnu promptement....60
2° Un pouvoir d'appréciation progressivement élargi....61
a) Le pouvoir d'appréciation du juge répressif....61
b) Le pouvoir d'appréciation du juge civil....63
i. Dérogation et atténuation jurisprudentielles....63
ii. Dérogations législatives....65
B / Le juge judiciaire, le droit de la responsabilité publique et des contrats administratifs....67
Paragraphe 2 : Le juge administratif, juge de droit commun ?....69
A / Juge administratif, droit civil et droit pénal....69

1° Le droit civil et responsabilité civile 69
2° Le droit pénal et libertés individuelles 73
B / Juge administratif, droit économique et social 74
1° Le droit de la consommation et de la concurrence 74
a) Le droit de la consommation 74
b) Le droit de la concurrence 77
2° Le droit social 81
SECTION 2 : LES EFFORTS D'ADAPTATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET DU TRIBUNAL DES CONFLITS 83
Paragraphe 1 La jurisprudence du Conseil Constitutionnel 83
A / La démarche éclairante du Conseil Constitutionnel 83
1° La valeur de la loi des 16 et 24 août 1790 et la réserve constitutionnelle de compétence au profit du juge administratif 84
2° Une jurisprudence aux multiples bénéfices 84
B/ Une conception assouplie et réaliste de la dualité juridictionnelle 85
1° L'instauration d'une réserve constitutionnelle de compétence partielle au profit du juge administratif 86
2° La possibilité de déroger aux règles de répartition des compétences 87
Paragraphe 2 : La jurisprudence du Tribunal des Conflits 89
A / La phase de construction des critères de répartition des compétences 89
B/ La phase d'adaptation et d'ajustement des règles préétablies 91
CONCLUSION DU CHAPITRE II 98
CONCLUSION DU TITRE I 99
TITRE 2 : LA COHÉRENCE PRÉSERVÉE ENTRE LES DEUX ORDRES JURIDICTIONNELS 100
CHAPITRE 1 : L'HARMONISATION PROGRESSIVE DES PROCÈS ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE 101

SECTION 1 : L'EXISTENCE DE CONTRAINTES COMMUNES AUX DEUX ORDRES JURIDICTIONNELS 102

Paragraphe 1 : L'accessibilité à la justice administrative et judiciaire 102

A/ L'intensification de la demande de justice 102

B/ Une réponse concertée face à la problématique de l'accès à la justice 104

Paragraphe 2 : L'exigence de célérité du procès 106

A/ Une préoccupation partagée 107

B/ Des mesures équivalentes en faveur d'une justice efficace et rapide 108

1° La dématérialisation des procédures 108

2° Le développement du juge unique et des procédures d'urgences 110

SECTION 2 : LA CONDUITE PAR LES JUGES D'UN PROCÈS STANDARDISÉ 114

Paragraphe 1 : Une perception identique des principes structurant le procès 114

A/ Le principe du contradictoire et l'oralité du procès 114

1° L'importance réciproque du principe du contradictoire 114

2° La progression de l'oralité devant le juge administratif 116

B / Le statut des magistrats et les voies de recours 117

1° Le statut des magistrats 117

2° L'existence d'un double degré de juridiction 119

Paragraphe 2 : L'accroissement des pouvoirs des juges 120

A/ L'évolution vers une procédure inquisitoire 120

1° L'instruction 120

2° L'administration et la charge de la preuve 122

B/ Le prononcé d'injonctions et d'astreintes 127

1° L'injonction 127

2° L'astreinte 130

CONCLUSION DU CHAPITRE I 132

CHAPITRE 2 : DES CONTENTIEUX COMMUNS À L'ORIGINE D'INTERPRÉTATIONS CONVERGENTES 133
SECTION 1 : UNE COMMUNAUTÉ D'INTERPRÉTATION AUX FORMES VARIÉES 133
Paragraphe 1 : Le mécanisme de l'emprunt 133
A/ Les références à des solutions jurisprudentielles 133
1° La mention de jurisprudences en dehors de la jurisprudence établie 134
2° Le dispositif de la jurisprudence établie 135
B / Le mimétisme des techniques d'interprétation 137
1° L'exemple de la qualification pénale des infractions 137
2° Le contrôle de proportionnalité 138
Paragraphe 2 : La persistance de spécificités entre le juge administratif et judiciaire 139
A/ L'attachement du juge administratif aux principes généraux du droit 140
B/ La difficile adaptation du juge judiciaire aux techniques du contentieux administratif 143
1° La place respective de la loi et de la jurisprudence en droit privé 143
2° L'hésitation des juridictions judiciaires du fond 145
SECTION 2 : LE VASTE CHAMP D'APPLICATION DES SOLUTIONS UNIFORMES 147
Paragraphe 1 : Le juge administratif et le contentieux judiciaire 148
A/ Le contentieux civil et pénal 148
1° Le droit civil et les règles de responsabilité civile 148
2° Le droit pénal 154
a) Le droit pénal général 155
b) Le droit pénal spécial 157
B/ Le contentieux économique et social 160
1° Le contentieux économique 160
2° Le contentieux social 163
Paragraphe 2 : Le juge judiciaire et le contentieux administratif 168

A/ Le juge judiciaire et l'acte administratif 168
1° Le juge répressif 169
2° Le juge civil 172
a) L'interprétation d'un acte administratif 173
b) L'application de la notion de jurisprudence établie 174
B/ Le juge judiciaire, la responsabilité et les contrats administratifs 175
1° Le juge judiciaire et les règles de la responsabilité administrative 175
a) La responsabilité du fait des services de police judiciaire 175
i. La jurisprudence Giry 176
ii. Les prolongements de la jurisprudence Giry 178
b) La responsabilité du fait du service public de l'état civil 181
c) La responsabilité des autorités de régulations 182
2° Le juge judiciaire et le contrat administratif 184
a)Le contentieux relatif aux droits de place perçus dans les halles et marchés 184
b) L'identification des conventions de délégations de service public 186
CONCLUSION DU CHAPITRE II 188
CONCLUSION DU TITRE II 189
CONCLUSION DE LA PARTIE I 190
PARTIE II : L'EXIGENCE D'UNE DUALITÉ JURIDICTIONNELLE RENOUVELÉE 191
TITRE 1 : LE CONSTAT DE DIVERGENCES RÉSIDUELLES 192
CHAPITRE 1 : DES SPÉCIFICITÉS EXTÉRIEURES À LA MISSION DES JUGES 195
Section 1 : Les singularités liées à l'action publique 196
Paragraphe 1 : Les finalités de l'action publique 196
A/ La satisfaction de l'intérêt général 196
B/ Le maintien de l'ordre public 204
Paragraphe 2 : Une procédure administrative contentieuse favorable aux personnes publiques 211

A/ Les conséquences du privilège du préalable en droit public 212
B/ Une procédure administrative guidée par la volonté de ne pas entraver l'action publique 215
Section 2 : Des différences inhérentes à l'objet de la contestation et à la qualité des parties . 217
Paragraphe 1 : L'objet de la contestation 218
A/ L'exemple de la nature de l'impôt dans le cadre du contentieux fiscal 218
B/ L'exemple de la notion de faute dans le cadre du licenciement d'un salarié protégé 219
Paragraphe 2 : La qualité des parties 220
A/ Les effets attachés à la personnalité publique 220
B/ Le statut particulier d'une personne privée 222
CONCLUSION DU CHAPITRE I 226
CHAPITRE 2 : DES PARTICULARISMES LIÉS À L'OFFICE DES JUGES 227
Section 1 : DES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION CONTRASTÉES 228
Paragraphe 1 : Le culte de la différence entretenu par le juge administratif 228
A / L'utilisation parfois abusive des principes généraux du droit 228
B / L'autonomie revendiquée par le juge administratif 232
Paragraphe 2 : Les différentes approches du juge administratif et judiciaire vis-à-vis de la norme écrite 234
A/ Le pragmatisme du juge administratif confronté au formalisme du juge judiciaire .. 234
B/ Le contraste entre la démarche créatrice du juge administratif et l'attachement du juge judiciaire au droit écrit 240
SECTION 2 : LES VARIATIONS DES MODALITES DE CONTRÔLE ET DE L'ÉTENDU DES POUVOIRS 243
Paragraphe 1 : Le contrôle parfois limité du juge administratif 243
A/ Les contraintes liées aux caractéristiques du recours pour excès de pouvoir 244
B/ Un contrôle à faire évoluer ? 247

Paragraphe 2 : L'asymétrie des pouvoirs entre le juge administratif et le juge judiciaire ..250

A / Le refus du juge administratif d'exercer un pouvoir 250

B/ L'insuffisance ou l'inadaptation des pouvoirs du juge administratif à l'égard de certains contentieux 252

CONCLUSION DU CHAPITRE II 256

CONCLUSION DU TITRE I 257

TITRE 2 : L'ADAPTATION DE LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE AU PHÉNOMÈNE DE L'ÉROSION DE LA DISTINCTION ENTRE LE DROIT PUBLIC ET LE DROIT PRIVÉ..... 258

CHAPITRE 1 : UNE ORGANISATION TOUJOURS PERTINENTE MALGRÉ SES IMPERFECTIONS 259

SECTION 1 : L'ACCÈS À LA JUSTICE ET SON FONCTIONNEMENT CONTRARIÉS 260

Paragraphe 1 : La cohérence de l'ordre juridique partiellement altérée 260

A/ La difficulté d'appréhender les règles de répartition des compétences 260

B/ Les incohérences provoquées par les divergences 263

Paragraphe 2 : L'affaiblissement des droits des justiciables 265

A / Une justice complexe et ralentie 265

B / Le risque de discrimination entre les justiciables 273

SECTION 2 : DES FAIBLESSES INAPTES À REMETTRE EN CAUSE LA DUALITÉ JURIDICTIONNELLE 275

Paragraphe 1 : L'assouplissement progressif mais inachevé des règles de répartition des compétences 275

A/ La modulation du contenu des catégories juridiques 276

B/ L'imprécision de la notion de bonne administration de la justice 280

Paragraphe 2 : L'abandon de l'idée de la disparition de la dualité juridictionnelle 283

A / Une organisation toujours pertinente 284

B/ L'utopie des propositions visant à l'unité juridictionnelle 288

1° La difficile fusion des juridictions administratives et judiciaires....288
2° La suppression de la juridiction administrative....289
CONCLUSION DU CHAPITRE I....296
CHAPITRE 2 : PROPOSITIONS EN FAVEUR D'UNE DUALITÉ JURIDICTIONNELLE RENOUVELÉE....297
SECTION 1 : L'ÉVOLUTION DES RÈGLES DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES....297
Paragraphe 1 : L'utilité surévaluée de la distinction entre le droit public et le droit privé 298
A/ La pertinence actuelle de la division en question....298
B/ La nécessaire prise en compte de la réalité d'un droit mixte....301
Paragraphe 2 : La réforme des règles de répartition des compétences....302
A/ La loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 2 septembre 1795....302
1° L'obsolescence partielle de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 2 septembre 1795....302
2 ° Proposition de réécriture de l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 2 septembre 1795....304
B / La définition et l'utilisation de la notion de bonne administration de la justice....306
1° Définir et préciser la notion de bonne administration de la justice....306
2° Organiser l'application de la notion de la bonne administration de la justice....307
SECTION 2 : LA CONSOLIDATION DES RÔLES DU LÉGISLATEUR ET DU JUGE....308
Paragraphe 1 : L'intervention opportune du législateur....309
A / La détermination anticipée des compétences par le législateur....309
1° La désignation des juridictions compétentes par la loi....309
2° Le recours plus fréquent à l'unification des contentieux....313
B/ La réparation des solutions discriminatoires....317
1° La mise en cause de la responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service public de la justice....318
2° Réviser le procès ?....321

Paragraphe 2 : L'adaptation des missions du juge 322

A/ Le renforcement du dialogue et de la mission unificatrice des juridictions suprêmes 322

1° Le développement d'échanges directs 323

2° L'élargissement de la mission unificatrice des juridictions suprêmes 326

B/ La valorisation du Tribunal des conflits 331

1°La saisine du Tribunal des conflits par le justiciable 335

2° La réforme de la saisine du Tribunal des conflits en cas de contrariété de décisions 336

CONCLUSION DU CHAPITRE II 338

CONCLUSION DU TITRE II 339

CONCLUSION DE LA PARTIE II 340

CONCLUSION GENERALE 341

ANNEXES 344

INDEX 362

BIBLIOGRAPHIE 373

JURISPRUDENCE 405

TABLE DES MATIÈRES 419

Résumé

Ce travail est une recherche consacrée à l'érosion entre le droit public et le droit privé ainsi qu'à son impact sur le fonctionnement de la dualité juridictionnelle. La première partie s'attache à la description de cette manifestation ainsi qu'à son principal effet : la multiplication des interconnexions entre les juges administratifs et judiciaires. Le rapprochement entre les deux ordres juridictionnels se caractérise par l'harmonisation des procès et par l'existence d'une cohérence jurisprudentielle concernant les contentieux communs. Pourtant, la seconde partie nous révèle l'existence d'une minorité de divergences ainsi qu'une complexité progressive des règles de répartition des compétences. Si aujourd'hui, la pertinence globale de la dualité juridictionnelle n'est pas menacée, elle nécessite toutefois d'être renouvelée pour résister, par la suite, à l'érosion toujours plus importante entre le droit public et le droit privé.

Abstract

This research deals about the confusion between the public and the private law as well as the impact on the mechanics of two different courts. The first part describes the erosion of both entities and its main effect: the growth of interconnections between the distinct judges. The development of relations between the judges is distinguished by the trial harmonisation and the coherence of court rulings. However the second part demonstrates the reality of points of contention between judges and the complexity of rules of competence. If today the preservation of two kinds of courts is not threatened it is required to renew it to better resist to the erosion development between the public and the private law.