

BRÈVES OBSERVATIONS COMPARATIVES SUR LA CONSIDÉRATION DES SITUATIONS ÉCONOMIQUES DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE, MISE EN REGARD DE LA JURISPRUDENCE JUDICIAIRE

Marie-Anne FRISON-ROCHE*

Les disputes de compétence entre juge administratif et juge judiciaire sont vives en France, particulièrement en matière économique. À la compétence juridictionnelle, se mêlent des arguments substantiels quant à l'aptitude des deux sortes de juges, en raison de leur culture et du droit qu'ils appliquent, à bien remplir leur office. Si l'on prend comme critère la considération efficace des situations économiques, le droit administratif révèle, notamment en matière contractuelle et à propos des expropriations, une proximité plus grande que celle du rapport entre le juge judiciaire et ces situations. L'analyse est plus difficile concernant la question de la régulation des marchés. En effet, la jurisprudence administrative est devenue très offensive. Mais elle demeure dans une certaine logique d'affrontement aux secteurs, le juge judiciaire laissant davantage faire une autorité de régulation intériorisée au marché.

Disputes between administrative and judiciary jurisdictions are strong in France, especially about economic matter. Behind legal competences, argumentation is about the two sorts of judges' ability, by their culture and the law applied, to satisfy their mission. If we take as criteria the efficient consideration of economic situations, administrative cases are more concrete than judiciary cases, particularly about contracts and expropriations. Analysis is more difficult concerning markets regulation. Now, administrative jurisdictions are offensive, but they believe regulation is a confrontation with the markets, while judiciary jurisdictions let the regulation authority work inside and with the sector.

* Professeur à l'Université Paris-Dauphine.

La façon dont le juge procède pour appréhender les litiges qui lui sont soumis et les solutions plus ou moins efficaces qu'il retient, constituent des thèmes classiques de l'analyse économique du droit¹. Par un effet de reflet, la préoccupation devient plus prégnante lorsque le litige se rattache à une matière du droit économique², notamment parce que la notion d'efficacité s'associe plus naturellement à celle-ci³. La principale raison en est que le droit économique donne la primauté aux buts recherchés par la loi par rapport à la teneur technique de la règle⁴, le résultat obtenu par la décision devenant le cœur de celle-ci, et non pas seulement la conformité à la loi ou le suivi d'un syllogisme juridictionnel. Dans ces conditions, on peut penser qu'en droit économique plus que dans d'autres branches du droit, le juge prendra plus directement en compte la dimension économique de la situation dont il est saisi.

Par provision, on peut poser que le juge prend en considération plus ou moins la situation économique afférente au litige particulier qui lui est soumis de deux façons. En premier lieu, il pourra donc donner plus ou moins de pertinence à la dimension économique de la situation, par exemple faire varier son analyse en considération du montant plus ou moins élevé des sommes en jeu, ou prendre en considération les responsabilités économiques dont sont en charge les sujets de droit auxquels il doit appliquer la règle. En second lieu, le juge prendra plus ou moins en considération les effets économiques de la solution juridique qu'il adopte, sur la situation particulière mais aussi sur la situation globale, voire, inversant la chronologie juridique, partira des effets potentiels, particuliers et généraux, des solutions acceptables pour choisir celle dont les effets seront économiquement les plus heureux. Le droit économique se prête particulièrement à cette inversion, voire l'impose à travers un raisonnement téléologique auquel le juge se soumettra.

En outre, l'appréciation de cette considération directe et privilégiée varie bien sûr selon des éléments concrets de la situation en cause et selon la nature des règles juridiques qui ont vocation à régir celle-ci, par exemple s'il s'agit d'une entreprise en difficulté ou bien de l'application du droit pénal⁵. Enfin, elle dépend aussi grandement du juge, et change suivant le juge dont il s'agit, non seulement du fait des variations d'un juge à l'autre, mais encore des distinctions entre des classes de juges. Cette dernière affirmation est moins évidemment fondée que la précédente car si tout opérateur admet que la règle et le fait influent sur les méthodes et les solutions

1. V., par ex., L. Cadiet (dir.), *De l'économie de la justice*, Revue internationale de droit économique, 1999, n° 2. ; Th. Kirat et É. Serverin (dir.), *Le droit dans l'action économique*, C.N.R.S. Éditions, 2000, pp. 77-131 ; B. Deffains, *L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques*, Revue française d'économie, 1997/3.
2. Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice, in *De l'économie de la justice*, préc., pp. 223-234.
3. V., par ex., *L'efficacité des décisions en droit de la concurrence*, n° spécial des Petites Affiches, 28 décembre 2000.
4. G. Farjat, *L'importance d'une analyse substantielle en droit économique*, Revue internationale de droit économique, 1986, p. 9 s.
5. Sur cette question, v. Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice, in *De l'économie de la justice*, préc., pp. 223-234.

particulièrement retenues, la variation selon les juges paraît plus arbitraire, difficile à admettre, et dangereuse par nature. Il faut donc s'efforcer de la fonder. C'est pourquoi il convient d'affiner l'analyse suivant le type de juge dont il s'agit.

La première précaution consiste d'ailleurs à ne pas confondre le juge et la jurisprudence⁶. La façon dont un juge particulier va régler une situation passée et singulière se distingue de la manière dont les principes unifiés d'une jurisprudence vont développer une certaine conception de l'efficacité juridique au regard des situations économiques acquises et espérées. Pour prendre l'exemple des procédures collectives, la perspective n'est pas la même suivant que l'on étudie la manière dont les magistrats vont tenter d'engendrer le redressement d'une entreprise particulière et la manière dont la jurisprudence reconstitue son rôle et son effet à l'égard de la situation économique globale⁷.

Mais de la même façon qu'il ne faut pas confondre le juge et la jurisprudence, il peut arriver que la considération de la spécificité concrète de la situation économique en cause devienne si prégnante que la jurisprudence cesse d'exister comme l'ensemble des principes abstraits et que, pulvérisée par le concret, elle ne soit plus elle-même que l'addition de solutions purement particulières. Dès lors, la considération de la situation économique par le juge finit par détruire le phénomène même de la jurisprudence, par déliter ce pouvoir normatif qui la distingue d'une simple addition des jugements particuliers⁸.

Il est certain que le droit économique s'expose à un tel risque. Il s'agit du choc en retour de l'instrumentalisation bienvenue et assumée du droit économique par rapport à l'économie. Dans un premier temps, l'instrumentalisation signifie que le juge fait ployer la règle jusqu'à ce qu'elle touche chacun des points particuliers de la situation singulière, par un procédé d'imprégnation. Cette instrumentalisation prend la forme technique de la casuistique. La difficulté tient alors d'une double

6. Sur cette distinction, v. Ph. Jestaz, *La jurisprudence, ombre portée du contentieux*, D.1989, chron., p. 149 s. V. aussi M.-A. Frison-Roche et S. Bories, *La jurisprudence massive*, D.1993, chron., p. 287 s.

7. On peut ainsi relever que le juge particulier et concret fait en la matière preuve de pragmatique, tandis que la jurisprudence a une conception plus irénique, voire irréaliste, du pouvoir du droit et du juge de faire renaître le dynamisme des entreprises et des marchés. V. à ce propos et par ex., Y. Chaput, in *Sociologie du droit économique*, L'Année Sociologique, PUF, 2000/2. V. aussi à propos de ce paradoxe de ce droit dont les acteurs prétendent tout à la fois prendre à bras le corps les difficultés concrètes et où l'on « rêve » une situation économique fantasmée, ce qui produit un échec de la règle, *Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites*, D.1994, chron., p. 17 s. ; Le législateur des procédures collectives et ses échecs, in *Le droit des procédures collectives*, Mélanges Adrienne Honorat, Éd. Frison-Roche, 2000, pp. 109-119.

8. La doctrine a pu exprimer cette crainte tant au regard des décisions de la Cour de cassation, la flexibilité des notions devenant telle qu'il devient impossible de se fier à une quelconque définition. Sur cette autodestruction, v., par exemple à propos du contrôle par la Cour de cassation de la notion de cas de force majeure. G. Durry, L'exonération du gardien par le fait de la victime dans le domaine des accidents de la circulation (étude de jurisprudence récente), in *Mélanges A. Weill*, Dalloz, 1983, pp. 217-226 et, à propos du contrôle par le Conseil d'État de la notion d'intérêt général, J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D.1988, chron., pp. 327-333.

attente contradictoire des opérateurs, qui tout à la fois requièrent l'ajustement de la décision mais aussi la sécurité de la règle, la primauté de l'un finissant pourtant par détruire l'autre. Se met alors en place ce que l'on peut désigner comme une « instrumentalisation du second degré », à savoir la préférence par les opérateurs eux-mêmes de l'abstraction de la règle malgré une distance reprise à l'égard des situations économiques particulières, la meilleure façon de servir la situation économique revenant à neutraliser sa spécificité⁹.

Pour prendre un exemple, la confrontation du maniement du principe de non-rétroactivité en matière économique par le juge judiciaire et par le juge administratif est intéressante. En effet, il est remarquable que le juge pénal n'a pas voulu – ou pu – se départir du principe de l'application immédiate des lois plus douces, ce qui anéantit l'effet des réglementations répressives économiques lorsqu'elles sont naturellement temporaires¹⁰, alors que la jurisprudence du Conseil d'État a admis d'une façon casuistique des tempéraments au principe de non-rétroactivité pour que les mesures ponctuelles d'interventionnisme économique soient efficaces¹¹.

Une seconde distinction dans la typologie des juges, et pour n'en faire que simplement mention, est celle du juge anglo-américain et du juge tel que les systèmes de droit romaniste l'ont établi. Cela correspond d'ailleurs à une lacune, ou à tout le moins un tropisme, fréquemment dénoncée à propos de l'analyse économique du droit, à savoir la considération exclusive d'un juge de *Common Law* dans une théorie qui, de ce fait, ne peut rendre compte des raisonnements et la culture spécifique d'un juge de *Civil Law*, nuisant ainsi à la prétention aisément universaliste du courant *Law and Economics*. Ainsi, les questions relatives à l'évaluation, sujet auquel la science économique a vocation à apporter ses bienfaits à l'art du jugement, sont souvent obliérées par les différences de culture des juges anglo-américains et des juges romanistes dans leur rapport aux chiffres et à l'argent.

Si l'on prétend analyser d'une façon plus spécifique, donc plus fine et plus concrète, le rapport que le juge des systèmes romanistes établit par les difficultés économiques qui sont portées devant lui, il faut encore intégrer le fait qu'il existe dans notre culture plusieurs types de juges. Le plus souvent, l'on distingue les juges du fond et les juges du droit. Mais la France a donné une portée supérieure, confinant à l'ontologie, à la distinction entre le juge administratif et le juge judiciaire. Il ne s'agit pas ici de l'étudier en tant que telle, de mesurer sa lente et difficile érosion, de souligner les distorsions de plus en plus grandes entre compétence juridictionnelle et

9. Sur ce mouvement, particulièrement net en ce qui concerne les régulations de réseaux, v. *Internet et nos fondamentaux*, PUF, 2000, spéc. pp. 37-76.

10. Pour une critique de cette jurisprudence, v. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 4^e éd., Cujas, 1981, n° 245, p. 324 s., et les références citées.

11. P. Delvolvé, Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'État, in *Le juge et le droit public*, préc., t. 2, pp. 355-368, qui évoque « une manifestation supplémentaire des altérations que la jurisprudence a dû faire subir aux principes les mieux établis, pour assurer le succès de l'interventionnisme économique » (p. 367).

compétence substantielle¹², ou de souhaiter que le rapprochement favorise une meilleure cohérence et unité du système juridique¹³.

Le propos est ici d'étudier l'aperçu que donne la jurisprudence administrative de la façon dont le juge administratif traite les litiges économiques qui lui sont soumis. L'intérêt est tout d'abord celui qui s'attache au droit comparé, fût-il interne, à savoir l'éclaircissement et l'inspiration de sa propre pratique par la connaissance de celle d'autrui. Cela passe par la réduction de l'ignorance que l'on constate parfois des jurisprudences respectives des deux ordres de juridictions sur des matières analogues, voire communes.

Le second intérêt de la présente étude n'est plus l'art de mieux juger par la connaissance de la façon dont les autres le font mais plus concrètement, et d'une manière plus urgente aussi, le fait que désormais il semble acquis que des branches du droit économique seront partagées entre le juge administratif et le juge judiciaire et qu'aucun ne pourra se réapproprié son contrôle, pas même à titre principal : les compétences sont aujourd'hui partagées en droit de la concurrence comme en droit financier. Il ne doit plus y avoir guerre puisqu'il ne peut plus y avoir de gagnants.

Le juge judiciaire demeure présent puisqu'il est le juge naturel des litiges commerciaux et que la loi lui conserve des compétences en matière de régulation de marché. Ses décisions doivent désormais s'articuler avec une compétence tout aussi naturelle du juge administratif, gardien de la légalité, à travers des jurisprudences administratives fortes¹⁴, décisions que la doctrine a pu désigner comme un « apprentissage des réalités économiques »¹⁵. L'idée même de compétence naturelle perd d'ailleurs son sens lorsqu'il ne s'agit plus seulement de traiter des litiges, plus seulement de veiller au respect de la réglementation, mais d'être dans cet entre-deux, dans cet au-delà qu'est la régulation d'un secteur.

Cette importance accrue de la jurisprudence administrative est particulièrement nette en droit de la concurrence, depuis que le Conseil d'État a décidé d'associer à la compétence juridictionnelle du juge administratif la compétence *ratione materiae*.

12. R. Drago et M.-A. Frison-Roche, *Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative*, in *Privé, Public*, Archives de philosophie du droit, t. 41, Sirey, 1997, p. 135.
13. Les droits de l'homme et le droit économique sont les deux piliers de cette réunification. V. spéc. la perspective globale et comparatiste de John Bell, *Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'État de droit*, in *L'État de droit*, Mélanges G. Braibant, Dalloz, 1996, pp. 15-28, spéc. « le penchant pour le concret », p. 23. V. aussi G. Vedel, Introduction, in *L'unité du droit*, Mélanges R. Drago, *Economica*, pp. 1-8, spéc. p. 4 s. sur la question de la cohérence normative et d'une méthodologie commune. Ces réflexions générales sont à mettre au regard de l'étude faite par l'auteur de l'autonomie du droit économique (*Le droit économique existe-t-il ? in Mélanges Vigreux*, Université de Toulouse, 1981, p. 767).
14. Sur la revendication de légitimité du juge administratif en matière économique, v. Ch. Bréchon-Moulènes, *La place du juge administratif dans le contentieux économique public*, in *Le juge administratif et le contentieux économique*, A.J.D.A. sept. 2000, pp. 679-686.
15. Lettre Juris-Classeur du *Droit public des affaires*, janvier 2001.

Principalement depuis les arrêts du 3 novembre 1997, *Million et Marais*¹⁶, pour les comportements anticoncurrentiels et depuis l'arrêt du 9 avril 1999, *Société The Coca Cola Compagny*¹⁷, pour le contrôle des concentrations, le Conseil d'État a étendu notablement son emprise sur le droit de la régulation économique¹⁸. De la même façon, la loi, en soustrayant du droit commun de la concurrence, soumis au juge judiciaire, des droits de régulation sectorielle, restitués en partie au Conseil d'État (la loi du 21 juillet 1996 pour le secteur de la téléphonie, la loi du 10 février 2000 pour le secteur de l'électricité), a remis la jurisprudence administrative au premier plan. Cette reconquête de compétence a pu être comparée à une « marée haute »¹⁹.

Il devient alors primordial que la considération des situations économiques, particulières et globales, soit menée d'une façon unifiée qu'il s'agisse du juge administratif ou du juge judiciaire, car s'il est acquis pour l'instant que nous resterons en matière économique tributaires de la distinction des deux ordres de juridictions, le droit économique ne doit pas s'en trouver écartelé pour autant²⁰. Or, l'unité et l'autonomie d'un corps de règles est avant tout le résultat d'une unité de méthode d'appréciation des situations soumises et l'on observe que, plus la structuration institutionnelle est difficile ou éclatée, et plus l'unité méthodologique est requise et puissante²¹. Cela est encore plus important en droit économique qu'en d'autres matières car le droit économique n'est pas tant un corps de règles spécifiques qu'une façon spécifique de concevoir et d'appliquer des règles.

Terminons cette introduction par une question de méthode, qui a partie liée avec les observations précédentes. En effet, l'ignorance plus ou moins élevée des jurisprudences et raisonnements respectifs est facteur de ce qui en France a parfois pris la dimension d'une guerre de religion autour de l'aptitude et de la légitimité respectives du juge administratif ou du juge judiciaire en matière économique. Mais Descartes

16. A.J.D.A. 1977, p. 945, Th.-X. Girardot et F. Raynaud ; R.F.D.A. 1997, p. 1228, concl. J.-H. Stahl ; A.J.D.A. 1998, p. 2471, note O. Guézou.

17. A.J.D.A. 1999, p. 611, note M. Bazex et B. Thiry ; R.F.D.A. 1999, p. 777, concl. J.-H. Stahl.

18. V., par ex., J. Caillosse, *Le droit administratif français saisi par la concurrence ?*, A.J.D.A. février 2000, pp. 99-103. Ce recours au verbe « saisir », évoquant à la fois la nouveauté et l'agression, se retrouve dans d'autres types de monographies : v. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Les délégations de service public saisies par la concurrence*, Revue Contrats et marchés publics, Éditions du juriste, mars 2001, p. 3.

19. N. Charbit, *Marée haute et écueils de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de concurrence*, Petites Affiches du 21 février 2001.

20. Comme le dit très justement Christine Bréchon-Moulènes : « dans le procès économique, avec l'éclatement des contentieux, chaque juge ne détient qu'une part de la vérité. [...] si l'autorité du juge administratif s'est construite sur son autonomie, ne devrait-elle pas désormais s'affirmer sur sa capacité à co-opérer, notamment, avec les juges judiciaires ? » (préc., p. 684).

21. C'est notamment le cas dans l'ordre économique international, à propos de la *Lex Mercatoria*. V., par ex., Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1455 s., p. 825 s. Sur cette importance de la méthode, v. J.-Y. Chérot, Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, in *Le juge administratif et le contentieux économique*, préc., pp. 687-696, spéc. à propos de l'analyse économique, p. 693 s.

insistait sur le fait que l'esprit d'analyse s'identifie à l'esprit de bienveillance parce que celle-ci restitue au mieux l'objet étudié. En la matière, l'esprit de bienveillance a de quoi s'appliquer, en ce que la jurisprudence administrative, sur certaines questions, a de très longue date considéré plus directement les situations économiques, pour traduire leur spécificité et pour leur associer une solution adéquate que ne l'a fait le juge judiciaire.

Mais l'on peut opérer une distinction, voire une césure, dans les aperçus qui vont suivre. En effet, le terme de « situation juridique » peut revêtir trois ampleurs différentes. Il peut s'agir, soit de la situation particulière soumise au juge – la seule qu'il connaisse dans la conception classique de l'office romaniste du juge –, soit de la situation générale de l'état d'un pays, ce que l'on recouvre volontiers du vocable de l'intérêt général. Le droit administratif prétorien a été dès l'origine particulièrement sensible à ces deux dimensions (1). En cela, la jurisprudence administrative a anticipé ce que l'on décrit aujourd'hui en droit privé comme étant une concrétisation du droit. Mais il existe un entre-deux entre la situation particulière et la situation générale, entre-deux constitué par la situation de marché, au sens concret et au sens abstrait du terme. Ainsi, les contours d'un marché et l'intérêt de celui-ci ne peuvent se réduire ni au particulier ni au général. Or, la conception que le juge développe de l'usage du droit dans la régulation des marchés semble varier suivant qu'est saisi le juge judiciaire ou le juge administratif, ce qui est un souci pour l'impératif d'unité du droit économique issu du contentieux (2).

1 LA PRISE EN CONSIDÉRATION PRÉCOCE DE L'ÉCONOMIE PARTICULIÈRE ET DE L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE PAR LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

Reprenant cette distinction entre la situation particulière et la situation générale, on peut observer le souci du juge administratif en matière d'équilibre contractuel, d'une part, et la façon dont il apprécie avec pondération le respect de l'intérêt public, d'autre part.

1.1 La sensibilité de la jurisprudence administrative à l'économie particulière du contrat

Il apparaît que la notion, si récente en jurisprudence judiciaire, d'« économie générale du contrat »²², qui incite le juge à prendre en considération la façon dont l'accord peut concrètement s'exécuter, est familière au droit administratif. En effet, l'économie générale du contrat est non seulement une directive d'interprétation mais

22. Civ., 1^{re}, 15 février 2000, JCP, 15 novembre 2000, p. 2069, A. Constantin. L'évolution est d'ailleurs en général mal accueillie par la doctrine privatiste, si ce n'est vilipendée.

encore peut produire soit l'anéantissement d'une obligation, parce que contraire à cette économie, soit l'engendrement d'une obligation non prévue par les parties mais objectivement nécessaire à la bonne exécution du contrat.

Ces aménagements objectifs du contrat ont été faits d'une façon progressive, timide et récente par le juge judiciaire, qu'il s'agisse du recours à la notion de « suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » de l'article 1135 du Code civil, ou des derniers avatars de la théorie de la cause partielle.

Mais une considération directe de la situation économique en elle-même consisterait à poser que le souci d'une exécution praticable et satisfaisante des engagements contractuels doit conduire à changer les termes du contrat lorsque le contexte économique a été modifié entre le temps de la formation et le temps de l'exécution. Or, si l'arbitre international admet sans difficulté le principe, exprimé comme un usage du commerce international²³, le juge judiciaire interne s'en tient au respect littéral de l'article 1134, al.2 du Code civil : l'obligation exécutée doit être la réplique de l'obligation souscrite, sauf à ce que les deux parties joignent de nouveau leur volonté pour qu'il en soit autrement²⁴.

Cette rigidité, qui certes peut trouver une justification du côté de la sécurité juridique, n'a jamais eu lieu d'être dans la jurisprudence administrative²⁵. Deux solutions prétoriennes fameuses l'illustrent. En premier lieu, la jurisprudence symbolique *Compagnie du Gaz de Bordeaux* a posé le principe d'accueil de l'imprévision dans l'économie du contrat administratif²⁶ : si le contexte économique du contrat se modifie²⁷, le contrat doit être adapté, afin qu'économiquement son équilibre demeure inchangé²⁸. Pour que rien ne change, il faut modifier. En deuxième lieu, le souci premier de l'exécution justifie que l'administration dispose par nature²⁹ de moyens

23. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, préc., n° 1459, p. 831.

24. Est ainsi particulièrement exemplaire un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 1^{er} février 1993, qui interdit au juge d'utiliser l'article 1135 pour ajouter au contrat un cas de rémunération non prévu (doc. Juris-data n° 021660). V. encore l'arrêt du 24 octobre 1997 par lequel la Cour affirme que « l'article 1135 ne peut être utilisé pour échapper aux rigueurs des conditions contractuelles acceptées » (doc. Juris-data n° 023143).

25. La question technique des critères distinctifs aptes à déterminer si le contrat en cause est de droit public ou de droit privé ne sera pas traitée ici. V., par exemple, l'étude récente de C. Bonichot et É. Froment, *Qualification du contrat administratif. Remarques sur les limites du critère organique*, Defrénois, n° 7, 2001, n° 37335, pp. 399-404.

26. C.E., 30 mars 1916, S. 1916, 3, 17, concl. Chardenet, note Hauriou. V., par la suite et par ex., C.E., 10 mars 1948, *Hospice de Vienne*, Rec., 124 ; C.E., 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées*, A.J.D.A. 1976, concl. D. Labetoulle, p. 528 et p. 552.

27. L'aléa économique est visé en tant que tel par la jurisprudence, notamment à travers la notion de « crise économique ». V. C.E., 25 novembre 1921, *Compagnie des automobiles postales*, Rec. p. 501, concl. Corneille.

28. Sur ce fondement du maintien de l'équilibre financier de l'opération, v. A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 1, 15^e éd., L.G.D.J., 1999, n° 1076, p. 843.

29. Ce qui rend inutile toute stipulation dans ce sens, C.E., 31 mai 1907, *Deplanque*, R.D.P. 1907, p. 684, concl. Romieu ; S.1907, 3, 113, note Hauriou.

de coercition et de sanction sur son cocontractant, que le droit privé n'offre pas d'ordinaire.

En troisième lieu, le principe d'adaptabilité des contrats administratifs fonde le pouvoir unilatéral de l'administration de modifier les contraintes imposées au cocontractant afin que l'objectif poursuivi par l'instrument contractuel reste satisfait³⁰. L'autonomie du droit du contrat administratif prend souvent cette règle comme illustration³¹. Elle est la considération directe de l'efficacité économique du droit au regard de la situation existant au moment de l'exécution des obligations. Cela revient à fonder l'autonomie du contrat administratif par rapport au contrat de droit civil sur la considération des effets du contrat, ce qui revient à l'affirmation très classique que Gaston Jèze avait faite à ce propos³².

Comment expliquer cette souplesse de la jurisprudence administrative là où le juge judiciaire s'en est tenu à une conception plus formaliste d'un contrat figé par l'échange des consentements ? On peut trouver une ligne explicative dans la conception même du contrat en droit administratif. En effet, le droit privé conçoit le contrat comme une organisation bilatérale et autarcique construite définitivement par deux volontés souveraines et égales, tandis que le contrat administratif est présenté comme une modalité de l'action administrative³³. Comme l'a démontré Jacques Chevallier, l'unilatéral est encore à l'œuvre à travers le contrat administratif³⁴. La doctrine administrativiste a pu se demander si pour l'administration, le contrat tient lieu de loi³⁵, répondant à cette question plutôt par la négative : c'est nier l'idée même de contrat obligatoire, le contrat étant alors l'instrument toujours disponible à l'administration pour exécuter ses missions de service public³⁶.

C'est donc parce que le but du contrat est premier, que les effets recherchés par le contrat sont en son cœur, que l'adaptation s'impose, pour que les effets obtenus et les effets recherchés coïncident, au besoin par la modification des engagements³⁷, et dans la limite où le but de service public l'implique³⁸. C'est pourquoi, paradoxale-

30. V., par ex., C.E., 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, R.D.P. 1984, p. 212, note J.-M. Auby ; R.F.D.A. 1984, p. 45, note F. Llorens.

31. A. de Laubadère, *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, R.D.P. 1954, p. 36 s.

32. *Principes*, t. III, p. 299, cité par A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. I, 15^e éd., L.G.D.J., 1999, n° 1000, p. 792.

33. C'est par exemple de cette façon qu'il est classé dans le traité de droit administratif d'A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia et Y. Gaudemet, préc.

34. L'obligation en droit public, in *L'obligation*, Archives de philosophie du droit, t. 44, Dalloz, 2000, pp. 179-194.

35. L'Huillier, *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ?* D.1953, chron., p. 87 s.

36. Sur cette question, v. J.-M. Rainaud, *Le contrat administratif : volonté des parties ou lois de service public ?*, R.D.P. 1985, p. 1183.

37. V., par exemple, A. de Laubadère, J.-Cl. Venezia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, préc., n° 1039 s., p. 820 s.

38. C.E., 7 août 1891, *Morelli*, D.1893, 3, 18.

ment, ce que l'on appelle la contractualisation de l'action publique³⁹ pourra éloigner le droit administratif de cette capacité d'adaptation qu'engendrait l'unilatéralisme du pouvoir public⁴⁰.

1.2 La sensibilité de la jurisprudence administrative à l'économie générale

Le droit administratif a développé plus précocement que le droit privé le souci de l'intérêt général, le pouvoir de l'administration y trouvant à la fois son fondement et sa limite. C'est ainsi qu'en matière d'expropriation, par une sorte de partage naturel des choses⁴¹, c'est le juge judiciaire qui contrôle l'indemnisation consécutive, c'est-à-dire la protection de l'intérêt particulier légitime, tandis que le juge administratif contrôle l'effectivité même de l'utilité publique⁴².

Or, à côté de la définition même de l'utilité publique et une évolution jurisprudentielle souvent critiquée en ce qu'elle finit par assimiler intérêt pécuniaire de la personne publique, intérêt économique général et utilité publique⁴³, il demeure que le contrôle que le juge administratif assure sur l'existence d'un intérêt public justifiant l'expropriation, loin d'être simplement formel ou même procédural⁴⁴, prend la forme d'une analyse économique des intérêts en présence et en opposition.

Le Conseil procède à un examen complet et concret des divers éléments, ne se contentant pas d'une satisfaction abstraite d'un but incontestable d'utilité publique, l'arrêt de principe du 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*⁴⁵, imposant la « théorie du bilan », c'est-à-dire la confrontation concrète de l'intérêt public poursuivi et des coûts financiers et sociaux endurés pour cela. Dès lors, la jurisprudence administrative adopte ce qui est désormais la règle dans l'art des décisions publiques proportionnées, à savoir le procédé d'étude d'impact, anticipant en cela aussi bien le droit

39. V., par ex., J. Chevallier, Vers un droit postmoderne ? in *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et société », L.G.D.J., 1998, pp. 21-46.

40. Est particulièrement explicite l'étude de Jean-François Sestier, *Gestion contractuelle des services publics et bouleversement de l'économie du contrat*, Bulletin juridique des contrats publics, 2000, pp. 574-582, montrant notamment que l'obligation de mise en concurrence vient contrarier ce principe d'adaptation du contrat.

41. V. la dialectique et intéressante analyse de M.-J. Domestici-Met, *Utilité publique et utilité privée dans le droit de l'expropriation*, D.1981, chron., p. 231-240. V. aussi R. Hostiou, *Utilité publique du projet et utilisation privée du bien exproprié*, Petites Affiches du 20 juin 1992, p. 21.

42. Pour une présentation de l'articulation entre les deux phases, v. R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, Précis Domat, Montchrestien, 12^e éd., 1999, n° 850 s., p. 672 s.

43. V. particulièrement, sous l'angle qui nous intéresse ici, R. Savy, *La notion de droit économique en droit français*, A.J.D.A. 1971, p. 134.

44. Comme l'est encore actuellement le contrôle des prix contractuels par le juge civil.

45. Rec., p. 409, concl. G. Braibant, R.D.P. 1972, p. 454, note M. Waline, A.J.D.A. 1971, p. 405, chron., D. Labetoulle et P. Cabanes.

de l'environnement⁴⁶ que le droit de l'urbanisme⁴⁷. On en retrouvera une application analogue dans l'appréciation des bienfaits ou des méfaits des concentrations.

Cette évolution exprime si forcément une nouvelle conception de l'office du juge en matière économique qu'on a pu y voir un nouveau principe général⁴⁸, dès l'instant qu'on admet que ce qui fait principe et unité, c'est la méthode. Il s'agira donc d'une appréciation au cas par cas, le même type d'opération immobilière pouvant être considéré comme d'intérêt public dans un cas et non dans un autre. Comme a pu le souligner un auteur, c'est avant tout l'examen des faits – donc de la situation économique – qui fonde le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation⁴⁹, le contrôle du juge « confinant à l'opportunité sans cependant y pénétrer »⁵⁰. De cette façon, le droit public économique exprime l'intérêt général sous la forme d'un équilibre des intérêts en cause⁵¹.

Puisqu'il s'agit toujours ici d'étudier cette façon de faire mise au point par la jurisprudence administrative par rapport à la jurisprudence judiciaire, il faut remarquer que cette technique du bilan a été longtemps inconnue du juge judiciaire, avant que ne se développe le droit de la concurrence. Cela tient à plusieurs raisons : en premier lieu, le juge judiciaire n'a guère l'occasion de contrôler des décisions unilatéralement prises, ce qui le conduit moins à peser le pour et le contre. Il s'en remet à la contrariété des volontés, celles des contractants par exemple, contrariété que relayera la dispute du débat contradictoire, pour que la solution protectrice des différents intérêts soit acquise. Le juge n'opère alors qu'un contrôle à la marge. Si l'on prend les décisions les plus proches des décisions administratives, celles adoptées par le parent, le chef d'entreprise, le mandataire social, on observe que le juge interfère relativement peu pour que soient considérés les intérêts des enfants, des salariés, des actionnaires, ou qu'à tout le moins il ne substitue pas sa conception de leurs intérêts.

On peut cependant noter une évolution. Ainsi, dans le droit du travail, le contrôle que le juge opère en matière de plans sociaux, contrôle qui va au-delà du texte de la loi, contrôle qui, pour reprendre une expression précédente, confine à l'opportunité, prend la forme d'un contrôle des motifs objectivement évocables de part et d'autre.

46. V. Brisset, *Le bilan coût-avantage et la protection de l'environnement. La jurisprudence du Conseil d'État en matière d'expropriation en 1990 et 1991*, Petites Affiches, 8 mars 1993, p. 4.

47. J. Waline, Le rôle du juge administratif dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation, in *Le juge et le droit public*, Mélanges M. Waline, L.G.D.J., 1974, t. 2, pp. 811-830.

48. J. Lemasurier, Vers un nouveau principe général du Droit ? Le principe « Bilan – coût – avantages », in *Le juge et le droit public*, préc., t. 2, pp. 551-562.

49. J. Raux, *L'examen des faits par le juge administratif dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation*, A.J.D.A. 1967, p. 197.

50. J. Waline, préc., p. 824.

51. R. Savy, *La notion de droit économique en droit français*, A.J.D.A. 1971, pp. 132-138, l'auteur développant par ailleurs une conception aujourd'hui datée du droit économique comme le droit de l'intervention de l'État dans l'économie. V., pour un cas très particulier, celui du réseau Transpac, G. Bonnetblanc, *Le droit public économique : point de rencontre des intérêts publics et privés*, A.J.D.A. 1983, pp. 462-465.

De la même façon, pour prendre le droit des sociétés, après s'en être tenu à une conception purement formelle et procédurale du contrôle que le juge peut opérer sur les décisions sociétaires, le juge cherche à contrôler l'opportunité, les effets plus ou moins heureux, pour les uns et pour les autres, des décisions adoptées. C'est l'objet de la théorie des abus de majorité et des abus de minorité, hypothèse dans laquelle une décision pourtant régulièrement prise sera sanctionnée parce qu'elle favorise un intérêt dans l'indifférence fautive des autres intérêts. Il y a implicitement de la technique du bilan dans cette théorie judiciaire-là.

Ainsi, le mépris des intérêts de la société et des intérêts du minoritaire pour le seul souci de l'intérêt du majoritaire justifie l'annulation de la délibération sociétaire. À travers la sanction de la rupture d'égalité entre les associés, c'est le déséquilibre de la préservation des intérêts divers, voire contraires, qui est considéré. *Mutatis mutandis*, le juge judiciaire, même s'il lui a été rappelé à ce propos qu'il ne pouvait, ni apprécier l'opportunité économique des décisions du chef d'entreprise, ni se substituer aux organes sociaux eux-mêmes⁵², ni contrôler la valeur économique des projets de l'initiateur d'une offre sur la société-cible⁵³, procède bien à une sorte de bilan, une balance des intérêts. La loi sur les Nouvelles Régulations Économiques accentue cette sorte de reconversion du droit des sociétés vers un ensemble de règles qui préserve les équilibres des intérêts⁵⁴, mettant alors le juge au cœur du système.

L'évolution du contrôle du juge rapproche ainsi la jurisprudence administrative concernant les décisions d'expropriation et la jurisprudence judiciaire sur les décisions sociétaires et les décisions du chef d'entreprise : sans se substituer à la personne titulaire du pouvoir de décider, le juge opère un contrôle, basé sur la comparaison des avantages et des inconvénients de la décision au regard des différents intérêts en présence, et anéantit la décision en cas de déséquilibre trop marqué entre les différentes utilités considérées. On est très loin de la conception classique de l'office du juge telle qu'on la trouve encore exprimée dans le Code civil.

Ce faisant, par ce contrôle semi-substantiel qu'opèrent ainsi les juges, d'abord le juge administratif, aujourd'hui le juge judiciaire, sur l'usage des pouvoirs unilatéraux⁵⁵, ceux-ci peuvent prendre une ampleur accrue, se débrider. Cela n'a rien de paradoxal : plus un contrôle est associé à un pouvoir et plus ce pouvoir peut être grand. Cela est aussi vrai pour le pouvoir d'expropriation, que l'administration manie

52. Com., 9 mars 1993, *Flandin*, JCP, éd. E, 1993, II, 448, note A. Viandier. V. aussi Com., 5 mai 1998, Bull. Joly 1998, n° 245, p. 755, note L. Godon.

53. Paris, 17 juin 1999, *S.A. Paribas et autre c. BNP*, Bull. Joly Bourse, 1999, §96, p. 494, note N. Rontchevsky.

54. Les travaux de Dominique Schmidt ont été déterminants dans cette évolution. V., en dernier lieu, D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly, 1999.

55. C'est aussi parce que les pouvoirs unilatéraux se multiplient en droit privé que les raisonnements naguère propres au juge administratif sont aujourd'hui empruntés par le juge judiciaire. Pour apprécier ce mouvement, on se référera à la thèse de droit privé de Philippe Neau-Leduc, *La réglementation de droit privé* (Litec, 1998) et à la thèse de droit public de Xavier Dupré de Boulois, *La puissance privée. Contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatérale* (thèse Paris II, 2000).

de plus en plus largement, y compris pour son propre intérêt, que pour les pouvoirs des mandataires sociaux qui s'accroissent, que pour les pouvoirs des chefs d'entreprise, à propos desquels on a pu même parler de réversibilité du droit du travail tant leur pouvoir de disposer a pris de l'ampleur.

Cela correspond à un nouveau type de raisonnement, qui a pour effet de mettre en premier plan le juge. Il est le suivant. Le pouvoir est toujours un danger, mais comme des décisions doivent être prises, le pouvoir est un nécessaire danger. Comment tenir l'équilibre entre la nécessité et le danger ? On peut tout d'abord concevoir la restriction formelle et *a priori* du pouvoir, par une série d'interdictions, celles qui frappent le chef d'entreprise dans son pouvoir de disposer des salariés par exemple. Mais l'on peut aussi concevoir un contrôle *a posteriori* et substantiel par le juge, *a posteriori* mais substantiel. Dans ce cas et à cette condition, le pouvoir est *a priori* peu limité. On peut estimer que cette articulation est celle des pouvoirs de l'administration et du contrôle opéré par le juge administratif. Elle est en train d'advenir en ce qui concerne les pouvoirs unilatéraux privés et le contrôle dont se charge désormais le juge judiciaire⁵⁶.

À travers cette première analyse de droit comparé mais en prenant soin de relativiser un propos qui ne tient que sur quelques cas techniques, et pour chacun de ceux-ci sur des exemples de quelques décisions, il apparaît que l'évolution de l'office du juge judiciaire à l'égard des situations économiques qui lui sont soumises le rapproche de la façon dont le juge administratif a classiquement conçu ce rapport. Cette même observation peut-elle être faite à propos de la régulation des marchés ?

2 L'INTÉGRATION PAR LA JURISPRUDENCE DES DONNÉES DU MARCHÉ ET DES IMPÉRATIFS DE LA RÉGULATION

En matière de régulation de marché, le juge administratif est passé de ce que Christine Bréchon-Moulènes désigne comme un « travail discret d'annexion des activités économiques »⁵⁷ à une entrée en force dans la matière de régulation de marché. On retiendra par provision la définition d'une régulation juridique d'un marché lorsqu'il s'agit de maintenir ou de construire un équilibre préservant la concurrence sur une situation qui ne l'établit pas spontanément, qu'il s'agisse d'un marché pur et simple ou d'un secteur dont la construction se partage entre de la concurrence et autre chose que de la concurrence⁵⁸.

56. Sur ce mouvement, v. d'une façon plus générale Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété, in *Mélanges Pierre Catala*, 2001, Litec, pp. 759-770.

57. Préc., p. 680.

58. Il ne s'agit que d'une définition provisionnelle, pour le seul besoin de cette étude, car la définition juridique de la régulation est un champ d'étude à part entière. V., par ex. et pour ne prendre que les

Il est fréquemment relevé que le juge administratif a quitté ce que certains avaient qualifié d'attitude de frilosité, pour exercer désormais d'une façon à la fois plus offensive et plus économique l'office qu'il assure dans les droits de marché⁵⁹ (2.1). Parfois, mais sans doute est-ce le propre de toute évolution rapide, la considération des impératifs de régulation peut conduire le juge administratif à un zèle excessif, délaissant des principes juridiques dont le juge judiciaire ne s'est pas quant à lui départi (2.2).

2.1 La pénétration de l'analyse économique des marchés dans la jurisprudence administrative

Dans les faits, l'évolution la plus pertinente est celle du droit de la concurrence et l'étude en est d'autant plus cruciale que juge judiciaire et juge administratif jouent dans la même cour. On dépasse alors l'hypothèse du droit comparé pour aller vers la situation d'un droit fait à plusieurs mains.

Pour s'en tenir à la question de la considération directe des situations économiques soumises à l'un et à l'autre type de juge, il est pertinent de comparer le contrôle que le juge judiciaire et le juge administratif opèrent sur la détermination par les autorités compétentes du marché pertinent, qu'il s'agisse de sanctionner un comportement anticoncurrentiel, comme dans l'affaire *France Loisir*⁶⁰, ou d'opérer un contrôle des concentrations comme dans l'affaire *The Coca-Cola Compagny*⁶¹.

Si l'on cherche à mesurer l'ampleur du contrôle que la Cour de cassation opère sur la détermination du marché pertinent, même si à l'époque on a pu s'étonner qu'elle s'en mêla même d'une quelconque façon parce qu'il s'agirait d'un pur fait, il ne s'agit pas d'une reprise des observations économiques elles-mêmes mais d'un contrôle probatoire, opéré par le moyen de manque de base légale⁶². Cette même distance était celle du Conseil d'État sur la décision ministérielle en matière de concentration. Dans l'arrêt *Coca-Cola*, le Conseil d'État opère une nette évolution, voire un revirement, pas dans l'interprétation de la règle mais dans la méthode, dans l'essentiel donc, en appréciant une à une les observations économiques faites, alors

dernières études, J. Gallot, *Qu'est-ce que la régulation ? Contribution pour une définition*, Revue de la concurrence et de la consommation, janvier 2001, pp. 5-6 ; M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, D.2001, chron., pp. 610-616 ; S. Braconnier, *La régulation des services publics*, R.F.D.A. 2001, pp. 43-57 ; Rapport public du Conseil d'État 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, Études et Documents n° 52, Doc. franç. 2001, pp. 253-385, spéc. p. 278 s.

59. V., par ex., M. Bazex, *L'analyse économique, nouvel instrument du contrôle juridictionnel des interventions publiques des personnes publiques*, Petites Affiches, 4 avril 1997, pp. 4-16.

60. Com., 10 mars 1992, D.1993, note Ch. Gavalda ; Petites Affiches, 22 janvier 1993, note N. Dreffuss-Netter. Sur renvoi, Paris, 11 mars 1993, B.O.C.C. 26 mars 1993, p. 104.

61. C.E., 9 avril 1998, A.J.D.A. 1999, p. 611, note M. Bazex et B. Thiry ; R.F.D.A. 1999, p. 777, concl. J.-H. Stahl.

62. Au sens où l'entendait Henri Motulsky (*Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique*, JCP 1948, I, 690).

que la Cour de cassation semble se contenter de la suffisance de l'articulation entre celles-ci.

Il faut faire deux observations qui relativisent et ce mouvement, et cette différence. En premier lieu, si le Conseil d'État montre tout à coup de l'audace, cela tient aussi au fait que les décisions ministérielles sont désormais plus amplement motivées, que l'avis du Conseil de la concurrence est sollicité et publié. Dès lors, s'il y a contrôle plus fort, c'est tout simplement parce qu'il y a désormais de quoi contrôler. En second lieu, la Cour de cassation et le Conseil d'État ne sont pas de même niveau. En effet, le Conseil d'État intervient sur premier recours, avec une plénitude d'appréciation du droit mais aussi des faits, tandis que le cheminement judiciaire intercale la Cour d'appel de Paris entre l'autorité de concurrence et la Cour de cassation. Juge du droit, la Cour de cassation a nécessairement plus de distance par rapport aux faits⁶³.

Il demeure que par l'appréciation argument par argument, puis par la balance que le Conseil d'État opère lui-même entre les différentes considérations économiques, il reprend la technique du bilan qui lui est familière, dans la version désormais dynamique du contrôle de l'utilité publique. Ce dynamisme explique que le juge administratif, qui s'effaçait en matière économique, mouvement facilité par l'affirmation idéologique selon laquelle le juge judiciaire serait le juge naturel du libéralisme économique, est revenu au premier plan, alors même qu'on ne peut plus réduire la régulation juridique des marchés à un simple mécanisme de police administrative.

2.2 La nature paradoxale du contrôle exercé par le juge administratif sur l'exercice par les autorités de leur pouvoir de régulation

Ce qui peut paraître plus paradoxal, c'est l'alliance que l'on peut percevoir dans les décisions du juge administratif entre d'une part une flexibilité très grande et une considération directe des impératifs de régulation du marché, au besoin en passant au-dessus des règles juridiques, et d'autre part un contrôle sur les décisions économiques qui demeure de nature hiérarchique.

Commençons par ce dernier. En économie, il a été montré que le système de marché est antinomique de considération hiérarchique. Or, c'est très souvent par un rappel à l'ordre hiérarchique que le Conseil d'État exerce son contrôle sur des situations ou des règles de marché. Ainsi, l'arrêt qui a imposé une traduction intégrale – et non seulement par extraits – des documents boursiers rédigés initialement en

63. Cela explique qu'en matière de régulation, où la considération directe du marché est si forte, c'est vers la Cour d'appel de Paris bien plus que vers la Cour de cassation que les opérateurs se tournent. Sur ce phénomène à la fois technique et sociologique, v. Esquisse d'une sociologie du droit boursier, in *Sociologie du droit économique*, L'Année sociologique, 1999, 49, n° 2, pp. 457-494.

anglais a surpris⁶⁴, en ce qu'il a fait prévaloir une conception très rigoriste de la portée de la loi Toubon sur une pratique du marché financier qui a adopté l'anglais comme Espéranto.

Mais c'est ici qu'interfère la différence de nature entre le juge administratif et le juge judiciaire. Si l'on en revient à l'élémentaire, et même s'il est vrai que chacun a un peu de l'office de l'autre, le juge judiciaire a pour objet le litige concret qu'il s'agit de trancher et la situation particulière pour laquelle il faut trouver une solution adéquate⁶⁵, tandis que le juge administratif est davantage institué comme gardien de la légalité. C'est pourquoi le juge administratif ne peut effacer la considération de la hiérarchie des normes parce qu'il a été fondé à en être le garant, principalement à travers le recours pour excès de pouvoir dont la technique enchâsse son office⁶⁶. C'est pourquoi Christine Bréchon-Moulènes évoque la qualification d'un véritable détournement lorsqu'il s'agit de passer d'un « contrôle de légalité vers un contrôle de régulation »⁶⁷.

Dès lors, lorsque la hiérarchie des normes est en cause, il semble que le juge administratif se limite à un contrôle de conformité légale des décisions des autorités administratives, auquel s'articule un contrôle procédural. Sur ce point, alors que le Conseil d'État a d'une façon marquée résisté au principe de soumission des autorités de régulation à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et, même en en admettant le principe, par une analyse *a minima* du statut du rapporteur au regard du principe d'impartialité⁶⁸, il a fait preuve d'une exigence supérieure à celle affirmée par le juge judiciaire quant à l'impartialité dont doit faire preuve l'autorité qui exerce le droit d'action⁶⁹.

À cette garde de la hiérarchie des normes, qui peut rencontrer plus ou moins bien l'intérêt des marchés concernés, on peut confronter l'évolution de la jurisprudence administrative dans le pouvoir d'appréciation et les marges dans l'exercice des pouvoirs qu'elle admet au bénéfice des autorités de régulation, dans l'interprétation que le juge administratif donne des textes organisant celles-ci. Tout d'abord, la Cour

64. C.E., 20 décembre 2000, *Géniteau*, Revue de droit bancaire et financier, 2001, n° 81, p. 101.

65. V., par ex., Le juge et son objet, in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, pp. 21-27.

66. V., not., R. Drago, Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique, in *Mélanges Van der Mesh*, t. 3, Bruylant, 1972, p. 455.

67. Préc., p. 682. C'est dans des termes aussi radicaux que Michel Bazex pose la question, évoquant la fin du contrôle juridictionnel des interventions publiques sous sa forme classique (*L'analyse économique, nouvel instrument du contrôle juridictionnel des interventions publiques des personnes publiques*, préc., p. 15).

68. C.E., 3 décembre 1999, *Didier*, R.J.D.A. mars 2000, n° 282. La jurisprudence ultérieure a d'ailleurs restreint encore l'applicabilité de l'article 6, excluant du champ de celui-ci la matière civile (C.E., 22 juin 2001, *Société Athis*, Revue de droit bancaire et financier, à paraître).

69. C.E., 20 octobre 2000, *Habib Bank*, concl. F. Lamy, JCP 2001, I, 10459 ; Bull. Joly Bourse 2001, §4, p. 39 s., note J.-M. Moulin. Cela doit notamment être confronté à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 7 mars 2000, *KPMG*, qui rappelle le principe de division fonctionnelle des fonctions de poursuite par rapport aux autres fonctions (Bull. Joly Bourse, 2000, §51, p. 244, note N. Rontchevsky).

administrative d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 mars 1999, *El Shikh*⁷⁰, a posé qu'il n'était plus requis de démontrer une faute lourde à la charge de la Commission Bancaire pour que la responsabilité de l'État puisse être engagée à ce titre. Comment apprécier cette jurisprudence au regard de ce qu'est la régulation, dans l'attente de ce qu'en dira le Conseil d'État saisi d'un recours contre un autre arrêt de la Cour administrative d'appel ayant retenu une solution analogue ? À tout le moins, que le juge administratif veut contraindre les autorités de régulation à exercer effectivement le pouvoir qui leur est conféré, car même si c'est l'État qui endure l'obligation de payer, c'est bien l'autorité de régulation qui supporte l'opprobre au terme de la condamnation en responsabilité.

Or, ce que l'on reprochait en l'espèce à la Commission, c'est son inaction. Ainsi, le contrôle de l'exercice du pouvoir de sanction n'est pas seulement de type procédural, dans une double contrainte judiciaire et administrative⁷¹, mais exprime un principe de fond. Certes, ce Conseil d'État n'a pas hésité antérieurement à poser que certains cas d'inaction peuvent tout aussi bien que certaines actions constituer une faute lourde. Au regard des normes de comportements, la similitude de l'action et de l'inaction est acquise dans le droit de la responsabilité. Mais si l'on réfléchit en terme de régulation, une autorité qui n'agit pas ne commet-elle pas une faute de régulation plus grave encore que dans l'hypothèse où elle agit mal ? En d'autres termes, la régulation d'un secteur ne supporte-t-elle pas mieux une autorité de régulation qui se trompe dans son action qu'une autorité qui demeure immobile, soit par ignorance, soit par crainte ? Cette conception est aujourd'hui relayée par un mouvement du droit pénal économique, qui sanctionne désormais plus aisément les inactions que les actions⁷².

En outre, si la solution sévère de la suffisance d'une faute simple se confirmait, il s'agirait donc d'une exigence nouvellement formulée pour que les autorités exercent effectivement, efficacement et à temps les pouvoirs dont le système juridique leur impose l'exercice. Cela rejoint l'idée que la puissance des autorités de régulation est une charge ; l'État doit en répondre.

Mais il est toujours très difficile d'apprécier non seulement l'ampleur des évolutions mais encore leurs nouvelles lignes de partage. En effet, si en quelque sorte l'approche de la jurisprudence du Conseil d'État apparaît comme à la fois plus substantielle et plus sévère à l'égard des autorités de régulation, il faut mesurer l'approbation qu'on en fait. En premier lieu, cette approche substantielle a pour effet de limiter les marges de liberté d'action de l'autorité, ce que l'on désigne parfois

70. A.J.D.A. 1999, p. 883, obs. M.H. ; JCP 2000, I, 10.276, concl. M. Heers.

71. V., par ex., M.-A. Lafortune, *Les autorités indépendantes de régulation à l'épreuve des principes procéduraux fondamentaux dans l'exercice de leur pouvoir de sanction des manquements aux règlements du marché économique, financier et boursier*, Gaz. Pal. du 23 septembre 2001.

72. Sur ce renversement de perspective, v. J.-H. Robert, *L'obligation de faire pénalement sanctionnée*, in *L'obligation*, Archives de Philosophie du Droit, t. 44, Dalloz, 2000, pp. 153-161.

comme sa marge nécessaire de discrétion, davantage ménagée par le juge judiciaire⁷³. En second lieu, la sévérité à l'égard des autorités de régulation semble davantage s'exercer lorsqu'il s'agit de reprocher au régulateur d'avoir trop aisément suivi les besoins du secteur, comme dans l'affaire *Géniteau* précitée, et moins lorsqu'il s'agit de valider les contraintes hétérogènes que l'autorité exerce sur le secteur. Cela révèle alors une conception de la régulation plus proche de la police des grains que d'une régulation au service du secteur, une régulation perçue comme un nouveau moyen d'imposer des ordres par la contrainte à un secteur supposé récalcitrant⁷⁴.

C'est sans doute dans ce même mouvement d'une active incitative du juge administratif à l'exercice plein des pouvoirs de régulation lorsqu'il s'agit de contraindre, que l'on peut ranger l'arrêt du Conseil d'État du 22 novembre 2000, *Crédit Agricole Indosuez*⁷⁵. Celui-ci conforte la condamnation disciplinaire infligée par le Conseil des Marchés Financiers à une personne morale pour des agissements commis par une société qu'elle a absorbée. Ce faisant, le Conseil valide implicitement la conception d'une régulation par la répression et la contrainte, ce à quoi on peut opposer une conception plus consensuelle et plus instrumentalisée de la régulation. Ainsi, à une conception de la régulation intériorisée au secteur et non radicalement hétérogène à lui, conception que l'on peut détecter dans la jurisprudence judiciaire, la jurisprudence administrative maintient davantage une conception extériorisée et hétérogène de la régulation⁷⁶.

Mais de toute façon, là s'arrêtent les vertus de l'exercice. En effet, cette transmission de l'aptitude à être sanctionnée de la société absorbée à la société absorbante est contraire au principe juridique de la personnalité des délits et des peines, applicable en matière disciplinaire. La solution inverse a été retenue par le juge judiciaire⁷⁷, celui-ci préférant la rigidité des principes juridiques essentielle aux libertés individuelles à l'impératif d'efficacité de la régulation, évoquée par le Conseil d'État. Sans doute la conception dynamique de la régulation pousse-t-elle à une mise à l'écart du droit, mais cela n'est jamais sans dommage.

73. Sur cette marge de discrétion qui devrait être préservée au bénéfice des autorités, sans que le juge y porte atteinte, v. S. Souam, L'efficacité préventive des décisions en matière de concentration, in *L'efficacité du droit de la concurrence*, n° spéc. des Petites Affiches, 28 décembre 2000 ; v. aussi Ch. Bellamy, Le juge contrôleur du régulateur, in *Régulateurs et juge*, Forum de la Régulation, à paraître.

74. Dans ce type de conception impérieuse de la régulation, v. P. Delvolvé, Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge, in *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, n° spéc. Petites Affiches, 17 septembre 2001, pp. 18-28.

75. R.J.D.A. mars 2001, conclusions contraires A. Seban, pp. 242-248 ; Revue de droit bancaire et financier, 2001, n° 32, p. 28.

76. V. d'une façon plus générale, *La puissance publique, l'organisation et le contrôle du marché*, préc.

77. Com., 15 juin 1999, *Compagnie générale d'immobilier George-V*, Revue de droit bancaire et financier, 1999, p. 123.