

Essai sur les caractères néolibéraux du droit administratif contemporain

Thomas Perroud

*

« Qu'on le veuille ou non, tout nous paraît démontrer que les notions fondamentales qui étaient naguère encore à la base des institutions juridiques, se désagrègent pour faire place à d'autres, que le système sur lesquels nos sociétés modernes avaient jusqu'à présent vécu, se disloque, et qu'un nouveau système s'édifie sur des conceptions tout à fait différentes », Léon Duguit, Les transformations du droit public. Paris : La Mémoire du droit, LGDJ, Bibliothèque Léon Duguit, 1999.

Nous voudrions dans cet essai tenter, d'une part, de donner une clé de lecture permettant de comprendre certaines évolutions du droit administratif contemporain et, d'autre part, de contribuer à la définition d'une idéologie, le néolibéralisme, dont il est difficile de cerner les contours, tellement les approches proposées sont différentes¹. Elle n'est pas « transparente », elle est « ambiguë », écrit en effet Serge Audier dans sa monumentale étude sur le sujet². Comment procéder pour donner une définition d'un tel phénomène pour le droit administratif ? C'est d'abord par rapport aux valeurs du droit administratif « classique » que nous identifierons le nouveau droit administratif qui se met en place dans les années quatre-vingt. Ce droit administratif classique nous semble caractérisé par deux éléments. D'une part,

¹ V. l'exposé de ces approches dans V. Valentin, Les conceptions néo-libérales du droit, *Economica*, Coll. Corpus Série essais, 2002 ; S. Audier, *Néo-libéralisme(s)*, Grasset et Fasquelle, 2012. V. aussi l'ouvrage très intéressant dirigé par Fabien Bottini (*Néolibéralisme et droit public*, Mare et Martin, 2017) avec notamment les très intéressantes contributions de Jacques Caillosse (« Le néolibéralisme, la réforme administrative et son droit ») et Jacques Chevallier. V. aussi J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, Coll. Droit et société Classics. Nous renvoyons aussi au très intéressant dossier de la revue *Law and contemporary problems* dirigé par David Singh Grewal et Jedediah Purdy sur « Law and Neoliberalism » (Volume 77, Number 4, 2014). V. aussi *Neoliberal Legality — Understanding the Role of Law in the Neoliberal Project*, Honor Brabazon (ed.), Routledge, 2016 ; M. B. Steger et R. K. Roy, *Neoliberalism. A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2010. V. aussi les analyses bien connues de Foucault (*Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Seuil-Gallimard, 2004) et Bourdieu (*Contre-feux, Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néolibérale, Raisons d'agir*, 1998).

² S. Audier, *Néo-libéralisme(s)*, préc., p. 31.

il était libéral³ du point de vue de son esprit : la modération du pouvoir administratif était son but (d'où un intérêt à agir entendu largement permettant au citoyen d'accéder facilement au juge pour contester l'action administrative), l'idée de séparation des pouvoirs était centrale dans la structure même de l'Administration, avec des séparations multiples, la plus éloquente et la plus menacée aujourd'hui étant le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, mais on peut penser aussi au principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active ou à la séparation des polices administratives et judiciaires. De même, ce libéralisme se ressentait fortement dans la conception des sphères publiques et privées que forgea le juge administratif en imposant une subsidiarité de l'intervention de l'État. Autrement dit, l'action économique de l'administration devait être contenue, ce n'est plus le cas en jurisprudence. Ce *containment* était aussi visible dans le domaine de la morale : les activités de police n'avaient pas pour vocation d'imposer une morale particulière. Tout ceci a radicalement changé. Du point de vue du contenu des politiques administratives, le principe de concurrence est devenu central et l'intervention de l'État est désormais largement orientée vers la construction de marchés.

D'autre part, le droit administratif classique était caractérisé par la volonté d'assurer la prééminence de la démocratie représentative, à travers la figure de la loi. Le juge en avait assuré la supériorité dans l'ordre juridique interne, aujourd'hui il a assez largement multiplié les possibilités de la neutraliser. Le juge développe une nouvelle légalité en refaisant la hiérarchie des normes. De surcroît l'Administration est depuis les années quatre-vingt affranchie du mécanisme de responsabilité démocratique devant le Parlement avec le développement des autorités administratives indépendantes. Nous développerons moins ce thème, car il est bien connu dans le cadre des études sur le New Public Management, qui a transformé l'administré, le citoyen, en client.

En somme, il nous semble qu'en droit administratif français, le néolibéralisme est caractérisé par deux éléments structurants : il s'agit d'une idéologie antilibérale d'une part et, d'autre part, antidémocratique.

1. Les caractères antilibéraux du droit administratif contemporain

³ Pour un aperçu de l'extraordinaire richesse de la pensée libérale : A. Laurent, V. Valentin, Les penseurs libéraux, Les Belles Lettres, Coll. Bibliothèque classique de la liberté, 2012.

Le libéralisme n'est pas un courant homogène. En droit administratif, il s'est traduit par des structures et des mécanismes dont l'objet était la modération et le contrôle du pouvoir administratif. On verra d'une part que le libéralisme traditionnel s'efface dans les structures et dans le contrôle de l'action administrative.

La modération du pouvoir dans les structures administratives : l'effacement des séparations. L'idéal de modération et d'équilibre des pouvoirs, dont parle si bien Hauriou dans les Principes de droit public⁴, était effectivement au cœur de nos institutions administratives.

D'abord, le principe de **séparation de la juridiction administrative et de l'administration active** connaît un retrait. Ce principe a deux faces : c'est d'une part le principe qui a justifié le transfert du contentieux administratif vers le juge, qui constitue une conquête essentielle, mais c'est aussi, d'autre part, le principe qui implique la retenue du juge vis-à-vis de l'Administration. Jacques Chevallier a bien montré dans sa thèse que ce principe est consacré dans la période allant de 1872 à 1905⁵. Ce principe délimite donc clairement les pouvoirs du juge sur l'Administration et prohibait la substitution ou les injonctions. Le contre-moment 1900⁶ qu'inaugurent les années quatre-vingt, va profondément modifier ce rapport, avec l'introduction de l'injonction, notamment. Mais plus récemment, c'est l'essor du plein contentieux objectif qui constitue la rupture la plus nette. Il s'agit du pouvoir du juge administratif de refaire la décision administrative qui lui est soumise, ce pouvoir est reconnu par la loi dans certains cas et dispose désormais d'un fondement général en jurisprudence dans le domaine de la répression administrative⁷. Le juge se fait ici administrateur, il peut refaire la décision qu'il contrôle. L'essor du plein contentieux objectif fait, davantage encore que l'injonction, exploser ce principe et fait du juge un administrateur.

⁴ M. Hauriou, Principes de droit public, L. Tenin, 2^e éd., 1916 : «

⁵ V. J. Chevallier, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, thèse droit, Paris, LGDJ, BDP, t. 97, 1970 ; pour une étude plus récente de ce principe : L. Clouzot, Recherche sur la substitution en droit administratif français, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2012.

⁶ V. à cet égard le beau colloque sur ce thème dirigé par Olivier Jouanjan : Le « moment 1900 » : critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis, Éditions Panthéon-Assas, 2015.

⁷ V. Conseil d'État, 16 février 2009, Société ATOM. V. sur le sujet la thèse dirigée par Y. Gaudemet : H. Lepetit-Collin, Recherches sur le plein contentieux objectif, LGDJ-Lextenso éd., Collection, Bibliothèque de droit public Tome 269, 2011.

Ensuite, le principe de séparation des **autorités administratives et judiciaires** subit, lui aussi, un changement notable. C'est le principe qui interdit au juge judiciaire de perturber l'action administrative, et qui répartit les compétences entre les deux ordres juridictionnels. Plusieurs éléments sont venus faire bouger cette ligne. L'intervention du législateur d'une part : dans le domaine de la régulation, le contentieux de ces actes a été attribué à l'autorité judiciaire. J'ai avancé dans un article qu'aussi bien dans son principe que dans ses effets, cette attribution doit s'interpréter comme une privatisation du contrôle de l'administration⁸. D'autres éléments plus récents sont encore venus faire bouger ces lignes, mais dans l'autre sens, vers un accroissement de la compétence du juge administratif dans le domaine des libertés publiques. La voie de fait et l'emprise irrégulière, dont l'esprit était bien de redonner compétence au juge judiciaire lorsque l'Administration viole les libertés publiques, sont désormais quasiment privées d'effet par des arrêts importants du tribunal des conflits de 2013⁹. Ces notions couvrent l'hypothèse dans laquelle le juge judiciaire retrouve toute sa compétence pour sanctionner l'administration dans le cas d'une atteinte à une liberté fondamentale. Le juge judiciaire dans la conception française est en effet le protecteur des libertés. Ici encore les lignes ont bougé et le juge administratif a désormais les outils pour défendre les libertés fondamentales, ce qui justifierait ce changement. Mais, au nom de l'efficacité, on perd ici un symbole, celui qui faisait du juge judiciaire le juge des plus graves atteintes de l'administration aux libertés fondamentales. En outre, le juge administratif n'a, lui, pas changé, il reste un juge très proche du gouvernement. L'extension de la compétence du juge administratif dans le domaine des libertés fondamentales est aussi flagrante dans le cadre de l'état d'urgence. La liberté est de plus en plus sous le contrôle d'un juge proche de l'Administration.

Ceci nous amène naturellement à étudier la troisième digue protégeant contre l'arbitraire administratif et qui semble menacée : la fragilisation de la séparation des **polices administratives et judiciaires**. Le droit français a souhaité, afin de contenir le pouvoir de police, la séparer en deux : la police administrative et la police judiciaire. La police

⁸ V. T. Perroud, « La Cour d'appel de Paris est-elle vraiment un juge administratif ? », *Droit administratif*, 2017 n° 5, pp. 23-31.

⁹ Tribunal des conflits, 17 juin 2013, n° 3911, Bergoend c. ERDF Anecy Léman ; Tribunal des conflits, 9 décembre 2013, n° 3931, Époux Panizzon c. Commune de Saint Palais sur mer ; Conseil d'État, ord., 23 janvier 2013, Commune de Chirongui, n° 365262.

administrative visait la prévention, là où la police judiciaire visait la répression. Cette séparation a cédé progressivement : le coup le plus important, et à mon sens le plus inquiétant, est porté par l'affaire Dieudonné. Comme l'explique très bien Jacques Petit¹⁰, ces ordonnances portent atteinte à l'autonomie de l'ordre public en intégrant dans les buts de la police la prévention des infractions¹¹. Le Conseil d'État estime désormais que l'autorité de police est compétente pour prévenir la survenance d'infractions : « Cette formule dessine une ligne au-delà de laquelle le juge administratif, comme a choisi de le faire le Conseil d'État, prend à sa charge une partie de la fonction pénale, et même une fonction de prévention des infractions qui va au-delà des tâches de la justice criminelle », explique Denis Baranger¹². L'évolution la plus sensible en ce sens est l'essor de la répression administrative depuis les années quatre-vingt. En France, le libéralisme avait exclu l'Administration de la répression, si celle-ci voulait faire sanctionner le non-respect de ses règlements, elle devait saisir le juge pénal, qui disposait ainsi d'un monopole en la matière. Une manifestation majeure de la pénalité néolibérale, comme l'appelle Bernard Harcourt, en France, est le recours massif à ce mode de répression¹³.

Ici encore, on le voit, l'Administration sort renforcée de la politique jurisprudentielle du Conseil d'État. Il faudrait ajouter à cette analyse l'essor des autorités administratives indépendantes qui détiennent des pouvoirs qui étaient jadis séparés puisqu'elles peuvent promulguer des règlements et en assurer la sanction. Nous étudierons ces institutions dans la seconde partie.

À ce constat il faut ajouter l'étude de l'amenuisement des contre-pouvoirs. Autrement dit, non seulement l'Administration sort renforcée de la politique du Conseil d'État mais, de surcroît, des freins et contrepoids ont disparu.

¹⁰ V. « Les ordonnances Dieudonné : séparer le bon grain de l'ivraie », AJDA 2014. 866.

¹¹ La position prise dans les ordonnances est confirmée au fond lors de l'examen de la légalité de la circulaire Valls : Conseil d'État, 9 novembre 2015, n° 376107, concl. A. Bretonneau AJDA 2015 p. 2508 ; V. aussi P. Bon, « Le but de la police administrative générale après l'affaire Dieudonné », RFDA 2016 p.791.

¹² V. « Retour sur Dieudonné », RFDA 2014. 525.

¹³ V. Bernard E. Harcourt (Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy, University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 472).

La modération du pouvoir dans l'action administrative. L'intervention publique était contenue par certains freins et par la délimitation d'un champ. Désormais le principe est à l'intervention, mais une intervention avec un contenu spécifique.

La modération du pouvoir passait par la délimitation d'un champ, protégé par un accès large au juge.

Alors même que le Conseil d'État avait construit, autour du moment 1900, le recours pour excès de pouvoir comme un recours d'intérêt général et avait donc ouvert son prétoire largement ; on assiste aujourd'hui à une tendance inverse, tendance qui est une tendance de fond. Dans quel domaine cette évolution a-t-elle commencé ? C'est certainement dans le domaine du droit de l'urbanisme que les techniques ont été les plus raffinées pour refermer l'accès au prétoire, au nom de la sécurité juridique. Cette politique est propulsée par le Conseil d'État lui-même depuis les années quatre-vingt-dix et le rapport Labetoulle¹⁴. On retrouve la même tendance en droit des contrats où les tiers se trouvent désormais exclus de l'accès au juge de l'excès de pouvoir¹⁵, revenant ainsi sur une construction séculaire¹⁶, toujours au nom de la sécurité juridique des relations contractuelles. Ces tendances de fond, à chaque fois au nom de la sécurité juridique, contribuent à diminuer la spécificité de l'action publique et privatisent encore davantage l'État, en ossifiant son action. Mais l'attaque la plus nette reste l'arrêt du 18 mai 2018, Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT (n° 414583), dont Paul Cassia a raison d'affirmer qu'elle porte en elle « une violence symbolique et pratique contre les justiciables »¹⁷, puisqu'elle restreint l'accès au juge pour le requérant qui souhaiterait contester un acte réglementaire par la voie de l'exception, c'est-à-dire au-delà du délai de recours contentieux. Il ne pourra plus contester les conditions de forme et de procédure.

On voit donc à quel point le juge revient sur l'esprit du droit administratif classique. La protection des citoyens passait donc par un accès large du juge. Elle se manifestait aussi par

¹⁴ V. L'urbanisme, pour un droit efficace, La documentation française, 1992. Dernièrement Christine Maugüé, Propositions pour un contentieux de l'urbanisme plus rapide et plus efficace, http://www.cohesion-territoires.gouv.fr/IMG/pdf/2018.01.11_rapport_contentieux_des_autorisations_d_urbanisme.pdf.

¹⁵ V. Conseil d'État, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne.

¹⁶ V. Conseil d'État, 4 août 1905, Martin : Lebon, p. 749.

¹⁷ V. P. Cassia, « Le Conseil d'État abîme les principes de légalité et de sécurité juridique », Le Blog de Paul Cassia, 22 mai 2018.

des principes libéraux visant à contenir d'une part l'action économique de l'administration et, d'autre part, ses velléités d'imposer une morale.

Le lien entre **libéralisme économique** et accès au juge est ancien. On le voit bien dans l'arrêt Casanova¹⁸ qui ouvre le recours pour excès de pouvoir au contribuable local. André Mater a bien montré que c'est dans l'optique de faire barrage au socialisme municipal que le Conseil d'État consacre dans un même arrêt le principe de non-concurrence et l'ouverture du prétoire aux contribuables locaux¹⁹. L'action économique de l'Administration était soumise à un principe de subsidiarité. L'Administration ne pouvait ainsi se substituer à l'initiative privée et créer un service public qu'en cas de carence²⁰. Cette exigence est supprimée en 2006 dans l'arrêt *Ordre des avocats au Barreau de Paris*²¹. De même, dans l'hypothèse où une personne publique souhaite candidater à l'attribution d'un contrat de la commande publique, le Conseil d'État considère depuis un avis de 2000 que la personne publique et la personne privée doivent être placées sur un pied d'égalité²². Le juge a, il est vrai, tempéré cette affirmation ensuite en exigeant la preuve d'un intérêt public²³. Ce dernier arrêt aligne ainsi la jurisprudence relative à la candidature à un marché avec celle concernant la création d'un service public. Mais, dans les deux cas, le Conseil d'État, s'il impose de poursuivre un intérêt public, ne part plus de l'idée qu'il faut protéger l'initiative privée de l'intrusion de la puissance publique. Catherine Bergeal l'exprime ainsi : « le droit de l'intervention économique publique, qui reposait sur un principe de non-concurrence entre les activités publiques et privées, cherche désormais un nouveau fondement dans le principe d'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quel que soit leur statut public ou privé »²⁴. Bertrand Dacosta, dans ses conclusions sous l'arrêt *Société Armor*

¹⁸ V. Conseil d'État, 29 mars 1901, Casanova, n° 94580.

¹⁹ V. A. Mater, « Le municipalisme et le Conseil d'État », *Revue d'économie politique*, 1905, p. 324.

²⁰ V. Conseil d'État, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. Lebon p. 583.

²¹ V. Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531.

²² V. Conseil d'État, Sect., 16 octobre 2000, lecture du 8 novembre 2000, N° 222208, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*.

²³ V. Conseil d'État, 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563. V. aussi Conseil d'État, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n° 324156 : « la simple candidature d'une personne publique, dans le respect des règles de la concurrence, à l'attribution d'un marché public, n'est pas subordonnée à une carence de l'initiative privée, ni, ainsi qu'il a été dit, à l'existence d'un intérêt public ».

²⁴ V. Conclusions sur Conseil d'État, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, RFDA 2001 p. 106.

SNC, ne dit pas autre chose²⁵. Le principe de non-intervention est désormais enterré. Le Conseil d'État a même élaboré un guide de l'action économique des personnes publiques²⁶.

Mais le plus saisissant est certainement la consécration d'un **ordre public immatériel**, c'est-à-dire d'une morale administrative que les autorités de police se doivent donc de faire respecter. Alors que la police administrative libérale avait pour but la sauvegarde de la liberté en ne ciblant que les troubles que l'exercice des libertés pouvait générer, l'intégration de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine dans les buts de la police avec l'arrêt Commune de Morsang-sur-Orge²⁷ change radicalement l'esprit de la police. Les pères fondateurs du droit administratif avaient fait de l'ordre public un ordre matériel et extérieur justement pour assurer la sauvegarde de la liberté et empêcher les autorités de police d'instituer un ordre moral dans chaque commune. Certes, le Conseil d'État n'a jamais été totalement au clair avec la morale dès avant l'arrêt sur le lancer de nain, ce que Pierre-Henri Teitgen montre bien dans sa thèse de 1934 sur la police municipale²⁸. De même, la jurisprudence Société Les films Lutétia²⁹ permettant à aux maires d'interdire la projection de certains films dans leur commune, susceptibles de créer des troubles, manifeste de claires préoccupations morales. Mais ces jurisprudences étaient cantonnées à des domaines spécifiques (le cinéma) ou des cas spécifiques. Désormais, les préoccupations morales font partie intégrante de l'ordre public. Le paternalisme qu'exprime le commissaire du gouvernement Frydman dans ses conclusions, dans lesquelles il n'hésite pas, à propos du lancer de nain, à faire un parallèle avec le nazisme en parlant « d'untersmensch » est symptomatique du nouvel ordre moral né dans l'après-guerre froide avec la chute du mur de Berlin³⁰. De même, la relecture de la loi de 1905 au moment de l'affaire de crèches de Noël,

²⁵ V. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 30 décembre 2014, Société Armor SNC, n° 355563, RFDA 2015 p. 57.

²⁶ V. Conseil d'État, Guide des outils d'action économique, La documentation française, 2018.

²⁷ V. Conseil d'État, Assemblée, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge et Ville d'Aix-en-Provence.

²⁸ V. P.-H. Teitgen, *a Police municipale : étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91,94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, Libr. du Recueil Sirey, 1934.

²⁹ V. Conseil d'État, 18 décembre 1959, Société Les films Lutétia, n° 36385.

³⁰ V. P. Frydman, « L'atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale. À propos des "lancers de nains" », RFDA 1995. 1204

contre la lettre d'un texte parfaitement clair et central dans la tradition républicaine française, implique de revenir sur la neutralité confessionnelle de l'État³¹.

Les bornes qui délimitaient l'action administration ont profondément évolué. Le Conseil d'État renonce à contenir l'intervention de l'État, et même il la promeut (rappelons ici que la protection de l'ordre public n'est pas une faculté mais bien une obligation) et c'est un véritable principe d'intervention qui préside à l'action administrative. **Mais quelle intervention? Le contenu de l'action publique a changé.** Foucault voit dans le néolibéralisme une réponse à cette question : « comment on peut régler l'exercice total du pouvoir politique sur les principes d'une économie de marché »³². Bourdieu n'est pas loin d'avoir la même idée quand il dit que l'objectif ultime du néolibéralisme est de détruire, « toutes les structures collectives capables de faire obstacle à la logique du marché pur »³³. Le théoricien le plus influent et chez lequel l'utilisation de mécanisme de marché pour contrôler les services publics est le plus visible est Julian Le Grand, auteur notamment d'un livre au titre éloquent, « L'autre main invisible, Fournir des Services Publics grâce au Choix et à la Concurrence »³⁴. En 1991, cet auteur définit la notion de quasi-marché pour réunir sous ce terme un certain nombre de politiques publiques dont le but était de reconfigurer l'action publique afin d'imiter les mécanismes de marché afin de discipliner les services publics et leur permettre d'être plus efficaces. L'instauration d'un quasi-marché consiste en un changement du rôle de l'État qui cesse d'être à la fois celui qui finance et celui qui fournit le

³¹ V. Conseil d'État, ass., 9 novembre 2016, Commune de Melun c/ Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne, n° 395122 et Conseil d'État, ass., 9 novembre 2016, Fédération de la libre pensée de Vendée, n° 395223.

³² V. M. Foucault, Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979, Paris, Seuil-Gallimard, 2004, p. 136.

³³ V. P. Bourdieu, « Le néo-libéralisme, utopie (en voie de réalisation) d'une exploitation sans limites », Le Monde diplomatique, mars 1998.

³⁴ V. J. Le Grand, The other invisible hand: delivering public services through choice and competition, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2007. V. aussi J. Dixon, J. Le Grand, P. Smith, Can market forces be used for good?, London, Kings Fund, 2003 ; « Quasi-Markets and Social Policy », The Economic Journal, Vol. 101, No. 408 (Sep., 1991), pp. 1256-1267. Sur la notion de choix dans la pensée de la troisième voie v. J. Tournadre-Plancq, Au-delà de la gauche et de la droite, une troisième voie britannique ?, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses Science politique, tome 6, 2006, spéc. pp. 227 suiv..

service³⁵. L'État se cantonne au rôle de financeur afin de pouvoir mettre en concurrence les différents fournisseurs.

L'action économique des personnes publiques est en effet orientée aujourd'hui vers la construction de marchés. Nous n'avons pas la place ici d'étudier le rôle de la jurisprudence de la Cour de Justice dans l'acclimatation des raisonnements concurrentiels en France, on pourra se reporter à la thèse de Philippe Maddalon³⁶, mais la façon dont les concepts ont pu migrer n'a pas encore été bien étudiée. On se cantonnera à la jurisprudence du Conseil d'État. En droit français, l'évolution qui est venue consacrer la notion de marché en droit administratif est bien connue. L'arrêt qui inaugure ce changement est l'arrêt de 1997, Millions et Marais³⁷, qui sera suivi par la décision Société EDA³⁸ et l'avis Société L et P Publicité SARL³⁹ et Société Jean-Louis Bernard Consultants⁴⁰. Le Conseil d'État soumet désormais l'ensemble de l'activité administrative au respect de l'intégrité du marché : « une fois admise dans son principe, juge la Haute juridiction, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissants sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci »⁴¹.

Le néolibéralisme change donc le contenu de l'action dans le sens de la mise en concurrence. On le voit aussi très bien dans le rôle central joué désormais par le droit de la commande

³⁵ V. cette définition de Julian Le Grand : « All these reforms had a fundamental similarity: the introduction of what might be termed 'quasi-markets' into the delivery of welfare services. In each case, the intention is for the state to stop being both the funder and the provider of services. Instead it is to become primarily a funder, purchasing services from a variety of private, voluntary and public providers, all operating in competition with one another. The method of funding is also to change. Resources are no longer to be allocated directly to providers through a bureaucratic machinery. In some cases the state continues to act as the principal purchaser, but resources are allocated through a bidding process. In other cases, an earmarked budget or 'voucher' is given directly to potential users, or to agents acting on their behalf, who can then allocate the budget as they choose between the competing providers » (« Quasi-Markets and Social Policy », préc., p. 1257).

³⁶ V. P. Maddalon, La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public Tome 253, 2007.

³⁷ Conseil d'Etat, 3 novembre 1997, Société Yonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais, n° 169907 ;

³⁸ Conseil d'Etat, 26 mars 1999, Société EDA, n° 202260.

³⁹ Conseil d'Etat, 22 novembre 2000, Société L et P Publicité SARL, n° 223645.

⁴⁰ Conseil d'Etat, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n° n° 222208.

⁴¹ V. Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, « Ordre des avocats au barreau de Paris », n°275531.

publique. On le voit aussi dans la recherche toujours plus grande de la rentabilité⁴² du domaine public à travers l'exigence de valorisation qu'a intégré le Code général de la propriété des personnes publiques. Les buts de l'action administrative sont donc profondément bouleversés et alignent toujours davantage le régime de l'action publique avec les logiques de l'entreprise⁴³.

La jurisprudence met donc en évidence que le paradigme du droit a changé. L'action des personnes publiques doit intégrer le principe de libre concurrence.

On voit donc que le droit administratif contemporain a renoncé à contenir l'intervention de l'État. C'est un droit interventionniste orienté vers la création et le bon fonctionnement de marchés. Il reste à présent à étudier le caractère antidémocratique de ce droit.

2. Les caractères antidémocratiques du droit administratif contemporain

Le caractère antidémocratique du droit administratif contemporain tient à plusieurs éléments tenant d'une part à la nouvelle légalité et, d'autre part, aux nouveaux modes d'action qui font échapper celle-ci au contrôle démocratique (on évoquera ici le rôle des autorités administratives indépendantes, au phénomène de privatisation et, enfin, à la figure de l'État actionnaire).

Le Conseil d'Etat entreprend donc une réfection de la hiérarchie des normes au détriment du législateur. Le Conseil d'État avait construit sa légitimité, depuis la III^e République, sur la loi. Le recours pour excès de pouvoir avait ainsi pour objet d'assurer la prééminence de la volonté du législateur sur l'action de l'Administration. Tous les outils étaient en place pour assurer le respect de la volonté du Parlement. À partir de la fin des années quatre-vingt, le Conseil d'État a entrepris de multiplier les hypothèses dans lesquels il est possible de neutraliser l'expression de la volonté générale. D'abord, bien sûr, en assurant la prééminence du droit international à partir de l'arrêt Nicolò⁴⁴, et ensuite du droit de l'Union

⁴² S. Bernard, La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 2001.

⁴³ V. J. Chevallier, La juridicisation des préceptes managériaux, Politiques et Management Public, 1993, vol. 11 n° 4, pp. 111-134 ; J. Caillosse, L'État du droit administratif, LGDJ, Coll. Droit et société, 2017 ; La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif, PUF, 2008.

⁴⁴ V. Conseil d'État, 20 octobre 1989, Nicolò, Rec. Lebon p. 190.

européenne. Cet élément de la légalité néolibérale est bien connu. Ce qui n'est en revanche pas assez étudié, c'est la conséquence de cette jurisprudence dans les rapports de pouvoir. La suprématie du traité signifie un renforcement de l'exécutif et de l'administration diplomatique par rapport au législateur qui ne dispose que d'un droit de veto dans le système de l'article 53 de la Constitution. Le législateur est laissé de côté dans les négociations diplomatiques. Ce changement met donc, encore une fois, au centre l'exécutif et renforce encore davantage le pouvoir de l'Administration.

La réfection de la hiérarchie des normes, se traduisant par l'assourdissement de la voix du législateur, se retrouve encore dans le développement du contrôle *in concreto*, inauguré par le Conseil d'État dans l'affaire Mme Gonzalez-Gomez⁴⁵. Cette affaire est intéressante car elle permet au juge, dans le cadre d'un contrôle de conventionalité classique, de neutraliser l'application de la loi dans un cadre concret, car il estime que, dans ce cas particulier, l'application de la loi aurait des effets excessifs au regard des droits fondamentaux. Il s'agissait ici d'une demande adressée à l'Administration française pour pratiquer une insémination *post-mortem* en Espagne. Or, la loi interdisait l'exportation de gamètes pour pratiquer ce type d'insémination, interdite en France. Le juge estime ici qu'il peut écarter l'application dans ce cas. Autrement dit, le contrôle *in concreto* va créer autant de micro-hiérarchies des normes qu'il y a de cas.

Moins connue est la réfection de la hiérarchie des normes par le bas, réfection qui n'est pas que l'œuvre du Conseil d'Etat. Dans certains domaines techniques où les enjeux financiers sont importants, comme le droit de l'urbanisme ou le droit fiscal, en droit du travail, c'est à une véritable réfection de la hiérarchie des normes par le bas à laquelle on aboutit en limitant les effets de la loi vers le bas⁴⁶. En matière fiscale, l'organisation de la neutralisation de la loi est ancienne, puisqu'elle date de 1927, et permet à une prise de position de l'Administration

⁴⁵ Conseil d'État, 31 mai 2016, Mme Gonzalez-Gomez, RFDA, 2016, p. 755.

⁴⁶ En droit de l'urbanisme on parle de la règle de la compatibilité limitée définie ainsi : « La règle de la compatibilité limitée en droit de l'urbanisme est une règle qui gouverne l'articulation des normes d'urbanisme de niveau hiérarchique différent. Elle signifie qu'en cas de superposition de plus de deux normes d'urbanisme sur le même territoire, la norme inférieure ne doit être compatible qu'avec celle qui lui est immédiatement supérieure. Cette règle qui déroge au droit commun de la hiérarchie des normes a son origine dans le rapport du Conseil d'État, L'urbanisme pour un droit plus efficace. » (H. Jacquot, « Sur la règle de la compatibilité limitée en droit de l'urbanisme », Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo, Dalloz, 2009, p. 607). V. aussi J. Trémeau, L'urbanisme et la Palais Royal, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Dalloz, 2008, 1049.

de l'emporter sur la loi⁴⁷. Mais, récemment, la pratique du rescrit⁴⁸ en matière fiscale, sociale et financière qui permet au citoyen de demander à l'Administration de prendre position sur l'interprétation d'une norme, renforce l'emprise des normes inférieures de la hiérarchie des normes sur celles délibérées par la collectivité. C'est le programme de simplification, lancée en 2004⁴⁹, qui a relancé ce mouvement, même si la faveur du rescrit renaît dès les années quatre-vingt-dix⁵⁰.

Le droit du travail a connu aussi récemment un processus d'inversion de la hiérarchie des normes. Le droit du travail connaissant depuis longtemps des règles de conflit spécifiques⁵¹, la réforme El Khomri institue des « micro-hiérarchies », des « micro-ordonnancements » entre les différents types d'actes que l'on trouve dans ce domaine⁵². Dans ce domaine, on peut retrouver l'analyse bourdieusienne qui identifie le néolibéralisme par l'emprise des économistes, car ce sont bien ceux-ci qui ont fourni la justification scientifique de ces bouleversements. Gilbert Cette ou Pierre Cahuc ont même milité pour le bouleversement de la hiérarchie des normes⁵³. Le rapport du conseiller d'État Jean-Denis Combrexelle ratifie cette approche⁵⁴.

⁴⁷ V. F. Grabias, *La tolérance administrative*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 173, 2018, p. 49.

⁴⁸ V. B. Plessix, « Le rescrit en matière administrative », *Revue juridique de l'économie publique* n° 657, Octobre 2008, étude 8.

⁴⁹ V. loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit, habilitant le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure pour « permettre au contribuable de se prévaloir de la doctrine et des décisions de l'administration relatives à l'assiette des droits et taxes perçus et recouverts selon les modalités du code des douanes » (art. 24, 6°) et pour « permettre aux cotisants de se prévaloir des circulaires et instructions ministérielles publiées ; permettre aux cotisants d'invoquer l'interprétation de l'organisme de recouvrement sur leur situation au regard de la législation relative aux cotisations et aux contributions de sécurité sociale » (art. 52, 1° et 2°). V. en matière sociale l'ordonnance du 6 juin 2005. V. P. Deumier, « La “doctrine administrative” : une interprétation opposable », *RTD civ.* 2006. 69

⁵⁰ B. Oppetit, *La résurgence du rescrit*, D. 1991. 105.

⁵¹ Cass. soc., 17 juill. 1996, GADT, 4e éd., no 180 : « en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application ». V. P. Deumier, *Introduction au droit*, LGDJ, Coll. Manuel, 4^e éd., n° 312.

⁵² Les deux expressions sont de Florence Canut et Frédéric Géa « Le droit du travail, entre ordre et désordre (première partie) », *Droit social* 2016. 1038).

⁵³ V. Gilbert Cette : « On n'a pas tout fait contre le chômage de masse », *Le Monde Économie*, 04.03.2017 : « Dans une tribune au “Monde”, l'économiste Gilbert Cette (AFSE, université d'Aix-Marseille) plaide pour la réforme du SMIC et de la formation professionnelle, et l'inversion de la hiérarchie des normes conventionnelles. ». V. le rapport de Pierre Cahuc ici : https://www.tresor.economie.gouv.fr/Ressources/12415_quelle-articulation-des-normes-en-droit-du-travail.

⁵⁴ J.-D. Combrexelle (2015), *La négociation collective, le travail et l'emploi*, Rapport au Premier ministre, France Stratégie, septembre.

Les techniques contemporaines pour priver la loi d'effet sont en réalité légions comme l'illustre la création d'un droit à l'erreur permet ainsi de priver la loi de sanction⁵⁵.

La force de la loi est donc considérablement affaiblie, ce qui diminue donc la possibilité de la communauté nationale de décider de son destin. Ce ne sont pas les seuls aspects antidémocratiques du droit administratif contemporain. L'Administration développe, depuis les années quatre-vingt, des **modes d'action qui échappent au contrôle parlementaire**. On voudrait en citer trois : l'essor des autorités administratives indépendantes, la privatisation des fonctions étatiques et enfin le développement d'un État propriétaire ou contractant.

L'essor des autorités administratives indépendantes dans l'organisation administrative est un élément bien connu. L'objet est bien d'isoler la réglementation d'un secteur des influences des politiques élus pour lui substituer l'influence politique des administrateurs. L'idéologie n'est évidemment pas absente de ces instances, comme l'a montré Bruno Deffains concernant l'ouverture du marché des télécommunications à un quatrième opérateur⁵⁶. L'idéologie pro-concurrentielle est bien visible dans les propos des présidents de ces agences⁵⁷. Récemment le Parlement, et particulièrement le Sénat, a manifesté une volonté de reprendre en main les AAI en édictant un statut, mais sans fondamentalement remettre en question ce mode d'action publique.

La privatisation des fonctions étatiques est aussi un moyen de faire échapper l'exercice de certaines fonctions aux mécanismes de responsabilité démocratique. Après un vague de privatisation dans les années 80, la France reprend ce mouvement mais cette fois dans des domaines qui touchent au cœur de la souveraineté. Les Etats-Unis, eux, ont dû faire face, depuis les années 80 à un phénomène massif : privatisation des prisons, de la police, des

⁵⁵ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance.

⁵⁶ B. Deffains, Choc sur le marché des communications mobiles : l'impact sur l'emploi. ERMES. Panthéon-Assas. Document de recherche, avril 2012 ; Free : quand l'idéologie de la concurrence dessert l'économie, Les Echos, 11/06/2012. (<http://lecercle.lesechos.fr/entreprises-marches/high-tech-medias/autres/221147781/free-quand-lideologie-concurrence-dessert-leco>).

⁵⁷ V. par ex. cet entretien de Philippe de Ladoucette, ancien président de la Commission de régulation de l'énergie : « L'adhésion au marché et à la construction européenne. Je suis venu à la CRE car je crois fondamentalement à une économie de concurrence. C'est un moyen de faire évoluer certains aspects de la société française, trop bloquée sur des mécanismes anciens. » (Philippe de Ladoucette : « La France a un problème avec la concurrence », Contexte Énergie, 3 février 2017, Propos recueillis par Julian Schorpp, Victor Roux-Goeken, Simon Prigent).

armées, des villes, des espaces publics, et des services publics, de la fonction publique et même de la réglementation (avec l'utilisation massive des standards privés). Le Royaume-Uni a suivi un mouvement similaire. La France a longtemps été protégée par une conception des fonctions régaliennes qui permettaient de sanctuariser certaines compétences dans le giron de l'État, même si le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel se sont évertués à neutraliser l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 pour autoriser les privatisations des années 80 et 2000 (notamment des autoroutes, avec le succès que l'on sait). Le Conseil d'État, comme le Conseil constitutionnel, s'assuraient cependant que les fonctions régaliennes restent dans le giron de l'État – même si la jurisprudence du juge constitutionnel est en réalité très fluctuante sur ce point⁵⁸. On peut aujourd'hui sérieusement questionner la permanence de cette jurisprudence à l'heure où les collectivités locales privatisent les parcmètres, la verbalisation du stationnement et des excès de vitesse. À chaque fois, l'argument avancé est celui de l'efficacité : elle fournirait un service de meilleure qualité au meilleur coût – résultat qu'ont fortement remis en cause par des recherches importantes⁵⁹. Dans le cas américain, un ouvrage important de Jon Michaels vient documenter les effets antidémocratiques de ce mouvement⁶⁰. La tendance contemporaine de fusion du marché et de l'État ou, pour reprendre l'expression de Jon Michaels, de faire du gouvernement un « *politicized business* », a pour effet de marginaliser l'expertise des fonctionnaires et le rôle de la société civile dans l'élaboration des politiques publiques, de rendre l'État plus autoritaire. Là est l'apport décisif de Michaels : « le mélange du gouvernement et des forces du marché entraîne un accroissement du pouvoir de l'État au détriment du secteur privé, menaçant de déstabiliser l'ordre démocratique libéral. Plus fondamentalement, ce mélange accroît le pouvoir de l'exécutif aux dépens du Congrès et de la fonction publique, menaçant les séparations constitutionnelle et administrative des pouvoirs »⁶¹. Autrement dit, l'idéal de gouvernement limité est contradictoire avec celle d'un gouvernement privatisé car les fonctions privatisées se retrouvent en dehors des modes de contrôles élaborés par les théories constitutionnelle et administrative traditionnelles. Ces fonctions sont aussi au-delà des mécanismes du droit privé,

⁵⁸ V. Conseil d'Etat, Assemblée, 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary ; Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

⁵⁹ V. Christopher Hood et Ruth Dixon, dans *A Government that Worked Better and Cost Less?* OUP, 2015.

⁶⁰ V. J. Michaels, *Constitutional Coup, Privatization's Threat to the American Republic*, Harvard University Press, 2017.

⁶¹ V. J. Michaels, *Constitutional Coup, Privatization's Threat to the American Republic*, Harvard University Press, 2017, p. 126.

lesquels doivent être pris en compte dans une réflexion sur la lutte contre l'arbitraire privé. La privatisation des fonctions étatiques poursuit l'objectif de priver la société des moyens de contrôler l'État et d'orienter sa politique. Elle rend les citoyens encore davantage étrangers à leur État et révèle donc la véritable nature de ce processus : c'est un processus d'aliénation politique.

Nous voudrions terminer ce panorama en évoquant une figure contemporaine de l'action publique dans le domaine économique : **l'État actionnaire**. Cette figure met au centre de l'action publique le droit de propriété. Depuis les années 2000, l'État a mis en avant ce rôle vis-à-vis des entreprises de service public. L'Agence des participations de l'État est ainsi créée par un décret du 9 septembre 2004⁶². Cette agence prend en charge les intérêts patrimoniaux de l'État. On voit donc se développer un type d'intervention dont le principe est le droit de propriété de l'État et qui impose aux services publics de s'impliquer dans la valorisation patrimoniale de l'État. Ce type d'action est aussi à l'écart des mécanismes de responsabilité traditionnel : le Parlement peut difficilement comprendre l'action quotidienne de cet organisme qui a pourtant un impact décisif dans la stratégie des services publics et ses actions ne sont pas justiciables. Dans l'affaire de l'Aéroport de Toulouse, qui n'est certainement pas indifférente au dédicataire de ces lignes, on a vu ainsi l'Agence des participations de l'État signer un pacte d'actionnaire dans lequel l'État liait sa volonté à celle de l'acquéreur :

« 2.2 Décisions du Conseil de Surveillance

2.2.1 L'État et l'Acquéreur s'engagent à se consulter afin de rechercher une position commune préalablement à toute réunion du Conseil de Surveillance, sur l'ensemble des points à l'ordre du jour de la réunion et feront leurs meilleurs efforts pour parvenir à une position commune.

2.2.2 L'État s'engage d'ores et déjà à ne pas faire obstacle à l'adoption des décisions prises en conformité avec le projet industriel tel que développé par l'Acquéreur dans son Offre et notamment les investissements et budgets conformes avec les lignes directrices de cette Offre.

⁶² V. Décret n°2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'État.

2.2.3 L'État s'engage par ailleurs, sauf motif légitime, à voter au Conseil de Surveillance dans le même sens que l'Acquéreur pour les Décisions Importantes.

2.2.4 Les membres du Conseil de surveillance désignés par les Parties se prononceront toujours dans le respect de l'intérêt de la Société.

2.3 Comité d'investissement

Le Conseil de Surveillance sera doté d'un Comité d'investissement, les Parties s'engageant à voter en faveur du candidat à la fonction de Président de ce Comité proposé par la Communauté Urbaine Toulouse Métropole. La composition et les attributions du Comité d'investissement seront précisées par le Conseil de Surveillance »⁶³.

L'État actionnaire est-il toujours l'État ? La lecture de ce pacte d'actionnaire montre bien comment l'État propriétaire peut lier sa volonté à celle de la personne privée. Il s'engage ici à conformer sa volonté à celle de l'investisseur, c'est une sorte de stade ultime de la privatisation de l'État.

Ce bref essai a donc tenté de comprendre ce que le néolibéralisme pouvait signifier en droit administratif. Notre méthode a consisté à identifier ce qui faisait l'esprit du droit administratif classique pour montrer les évolutions structurelles que l'on connaît aujourd'hui. Il semble que deux traits principaux permettent de caractériser ce droit administratif néolibéral : il est antilibéral, il est antidémocratique. L'administration néolibérale est une administration plus forte et moins contrôlée.

⁶³ V. L. Mauduit, « Aéroport de Toulouse : les preuves du mensonge », Médiapart, 7 décembre 2014 (https://www-mediapart-fr-s.acces-distant.sciences-po.fr/journal/france/071214/aeroport-de-toulouse-les-preuves-du-mensonge?page_article=2).

