



COLLOQUE



ÉDITIONS

PANTHÉON-ASSAS

## L'Internationalisation du droit administratif



Sous la direction de  
**Philippe Cossalter**  
& **Gilles J. Guglielmi**

# L'INTERNATIONALISATION DU DROIT ADMINISTRATIF

sous la direction de  
**Philippe Cossalter et Gilles J. Guglielmi**

Ouvrage issu du 6<sup>e</sup> colloque international du Centre de droit  
public comparé de l'université Paris II Panthéon-Assas  
organisé les 24 et 25 mai 2018 sous la direction scientifique  
de Philippe Cossalter et Gilles J. Guglielmi

Tiré à part  
Ne peut être vendu

Mise en page d'Emmanuel Marc Dubois/3 d2s (Issigeac/Paris)

Éditions Panthéon-Assas  
12 place du Panthéon  
75231 Paris Cedex 05  
ISBN : 978-2-37651-020-8  
© Éditions Panthéon-Assas, 2020

<https://www.u-paris2.fr/fr/recherche/les-editions-pantheon-assas>  
[epa@u-paris2.fr](mailto:epa@u-paris2.fr)

# Table des matières

Liste des auteurs.....	7
Préface	
Gilles J. Guglielmi.....	9

## Première partie ORIGINES SUR L'IDÉE D'INTERNATIONALISATION

L'internationalisation du droit administratif: un point de vue français Philippe Cossalter.....	15
The transnationalization of domestic law: a perspective from the United States Alfred C. Aman Jr.....	37
Global administrative law: where do we stand? Sabino Cassese.....	53
Le droit administratif transnational: un programme de réflexion Jean-Bernard Auby.....	59
Existe-t-il un droit international administratif? Anne-Marie Thévenot-Werner.....	79

## Deuxième partie INFLUENCES LES DIVERSES FORMES D'INFLUENCES EXTERNES SUR LES DROITS ADMINISTRATIFS INTERNES

European administrative law and comparative administrative law: fierce rivals or reciprocal friends? Giulio Napolitano.....	99
L'influence du droit européen sur l'exercice des compétences en Allemagne ( <i>Europäisierung der Kompetenzordnung</i> ) Jan Henrik Klement.....	113
El derecho público global y el arbitraje de inversiones Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.....	123
L'arbitre et l'internationalisation des contrats administratifs Malik Laazouzi.....	135

## Troisième partie

## RÉSISTANCES

LES FORMES DE RÉSISTANCE DES DROITS ADMINISTRATIFS INTERNES  
AUX INFLUENCES EXTÉRIEURES

De l'application du droit international à sa parfaite exécution:  
à propos de la doctrine de l'effet direct

Carlo Santulli ..... 153

L'incompatibilité du principe d'*accountability* du droit administratif global avec l'identité  
administrative latino-américaine

Grenfieth de Jesus Sierra Cadena ..... 171

Le Conseil d'État et le droit international

Bernard Stirn ..... 201

## Quatrième partie

## PERSPECTIVES

L'ÉVOLUTION DU DROIT ADMINISTRATIF INTERNE  
SOUS LES INFLUENCES EXTÉRIEURES

Les rapports du droit administratif britannique avec le droit européen

Aurélie Duffy-Meunier ..... 217

Pour une adaptation de la méthode conflictuelle à la matière administrative

Maxence Chambon ..... 237

Les principes généraux paneuropéens de bonne administration – Présentation d'un projet

Ulrich Stelkens ..... 259

Questions théoriques relatives à l'extension du recours à l'arbitrage en droit public français

Elie Lenglard ..... 289

# Pour une adaptation de la méthode conflictuelle à la matière administrative

**Maxence Chambon**

*Maître de conférences en droit public à l'université de Cergy-Pontoise*

Si l'évolution du droit et des sociétés contemporaines impose au droit administratif de sortir de son autarcie traditionnelle pour être toujours davantage soumis à des influences extérieures, l'internationalisation dont il est question dans le cadre de la présente contribution brille néanmoins par sa spécificité. Bien qu'il soit aussi légitime que pertinent de rassembler toutes les formes d'internationalisation du droit administratif comme le font les organisateurs de ce colloque, auxquels nous exprimons notre reconnaissance pour nous avoir invité à y participer, il semble néanmoins nécessaire de ne pas négliger les différences qui en séparent les diverses manifestations.

Portant sur la problématique de l'extranéité dont l'activité administrative peut être revêtue dans des litiges l'opposant, comme en droit interne, à des particuliers, le droit administratif que nous étudierons ici est essentiellement extraterritorial. L'extraterritorialité consiste en la projection unilatérale d'une compétence normative d'un État à l'extérieur de ses frontières<sup>1</sup>. Nationale par son origine, transnationale par sa portée, l'activité administrative extraterritoriale – exclusivement française dans le cadre de cette contribution – suppose d'en déterminer la surface, l'aire en quelque sorte.

Il n'est cependant pas question de nier l'évidence des liens unissant cette extension spatiale de l'activité administrative et les différentes formes d'internationalisation dont elle fait l'objet. N'ayant pas vocation à susciter une sorte de droit administratif commun, le droit administratif extraterritorial se démarque du droit administratif global<sup>2</sup>, ce qui ne l'empêche pas d'être profondément influencé par le phénomène

<sup>1</sup> H. RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », *APD*, 1999, p. 187.

<sup>2</sup> Dans le cadre du présent colloque, S. CASSESE, « Global Administrative Law: where do we stand? ». Plus généralement, J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Coll. « Systèmes

de la globalisation. Ne portant qu'indirectement sur les effets extraterritoriaux d'une réglementation nationale mais davantage sur la résolution des litiges nés de la réalisation d'une activité quotidienne, de nature essentiellement contractuelle, le droit administratif extraterritorial ne se confond pas parfaitement avec le droit administratif transnational<sup>3</sup> dont il est seulement l'un des rameaux.

L'extranéité de l'activité administrative se démarque néanmoins par les problématiques qu'elle pose et par une contingence dont elle ne peut totalement se départir.

Franchissant les frontières nationales, l'activité administrative entre nécessairement en contact avec des ordres juridiques étrangers. Concernés sinon affectés par le déploiement de cette activité, ces ordres juridiques peuvent prétendre la régir en tout ou partie. « Instrument de gestion de la diversité des droits »<sup>4</sup>, le droit international privé est alors naturellement sollicité pour régler la question du droit – national – applicable, lequel pourra être l'un des droits étrangers avec lequel l'activité extraterritoriale entre en contact.

Cependant, le droit administratif ne se confondant pas avec le droit de l'administration, il est l'un des rares exemples de droit ne se définissant pas par son objet mais par son régime<sup>5</sup>. Une action de l'administration française, fût-elle pourvue d'un élément d'extranéité, ne pourra donc valablement être qualifiée d'administrative que dans la mesure où elle est régie par le droit administratif. Or, bien que s'inscrivant « au-delà de l'État »<sup>6</sup>, le droit administratif extraterritorial n'en cesse pas moins d'être un droit de l'État. C'est pourquoi, le Conseil d'État estime que la qualification administrative d'un litige est corrélée à l'application au moins partielle du droit français.

La surface de l'activité administrative dépend donc *in fine* de la mobilité du droit administratif, de sa capacité à la suivre par-delà les frontières, d'une part, et à intégrer la problématique des rapports de systèmes horizontaux, d'autre part.

Droit », LGDJ, 2010 ; S. CASSESE, « The Globalization of Law », *International Law and Politics*, 2006, vol. 37, p. 973 ; M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Textuel, 2005 ; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, « The emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005 ; C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? A global Administrative Law ?*, Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011, coll. Cahiers internationaux, Pedone, 2012.

3 Dans le cadre du présent colloque, J.-B. AUBY, « Sur l'émergence d'un droit administratif transnational ».

4 D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., coll. « Thémis », PUF, 2017, t. I, p. 19.

5 Par-delà la présence systématique de cette affirmation dans les manuels, voir plus précisément, P. AMSELEK, « Le service public et la puissance publique, réflexions autour d'une étude récente », *AJDA* 1968, p. 493 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2001, p. 1 ; J.-F. LACHAUME, « La définition du droit administratif », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, Sirey, 2011, t. I, p. 108.

6 S. CASSESE, *Au-delà de l'État*, Bruylant, 2011.

Concernant la capacité du droit administratif à enjamber les frontières nationales, le droit international public encadre de manière libérale les compétences des États<sup>7</sup>. Seule la coercition est revêtue d'une portée strictement territoriale, tandis que la compétence normative est par principe considérée comme extraterritoriale<sup>8</sup>. Par-delà l'objet sur lequel il porte, le champ spatial du pouvoir de commandement dépend dès lors des vecteurs – matériels ou normatifs – qu'il emprunte<sup>9</sup>. Le droit administratif est donc globalement susceptible de viser une situation comportant un élément d'extranéité.

Concernant la capacité du droit administratif à être pris en considération dans les mécanismes permettant de départager les vocations des divers ordres juridiques susceptibles de régir un litige extraterritorial de l'administration, le droit international privé a été forgé dans le seul but de coordonner les expressions normatives des divers ordres juridiques nationaux<sup>10</sup>, mais en aucun cas pour prendre en charge la question – existentielle en droit administratif français – du régime de l'activité litigieuse. Quel que soit leur degré de sophistication, les méthodes du droit international privé sont nécessairement conduites à négliger la question de l'implication de la puissance publique dans un litige extraterritorial.

Ainsi, bien que l'administration puisse prétendre entrer dans le commerce juridique extraterritorial, la matière administrative y semble tendanciellement frappée de relativité<sup>11</sup>.

Cette remarque est d'autant plus inquiétante que cette relativité semble s'accroître sous l'influence de la globalisation. Elle se traduit notamment par l'euphémisation des règles de conflit et par l'effacement progressif des entraves à la circulation des jugements. Tandis que le caractère commun des premières ne peut que brouiller encore la perception de la dimension potentiellement administrative d'un litige, la permissivité croissante des secondes mine la possibilité pour le juge français de garantir *a posteriori* l'intégrité de la matière administrative qui aurait été négligée par le juge étranger.

7 H. RUIZ FABRI, *op. cit.* ; B. STIRN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *AFDI* 1986, p. 11 ; P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 340.

8 CPJI, *Affaire du Lotus*, 7 septembre 1927, série I, n° 10.

9 Dans le même sens, E. ROBERT, *Éléments d'une théorie de la frontière appliqués au droit fiscal*, Thèse, Paris II, 2011.

10 Sur ce point, H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse dactyl., Paris, 1985 ; P. MAYER, « Le phénomène de coordination des ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 2007-II, vol. 327, p. 9.

11 M. AUDIT, « La compétence territoriale du droit administratif », in AFDA, *La compétence – Actes du 2<sup>e</sup> colloque de l'Association Française de Droit Administratif*, Litec, coll. « Colloques et Débats », 2008, p. 69.



Pourtant, le droit administratif demeure, en raison d'une coloration politique dont il ne peut se départir, un droit singulier qui, bien que ne pouvant prétendre agir à l'extérieur comme à l'intérieur des frontières nationales, suppose néanmoins une adaptation des méthodes de détermination de la loi applicable, sous peine d'une banalisation et d'une dissipation de l'activité administrative extraterritoriale. Si la détermination de la surface de l'activité administrative dépend de la faculté du droit administratif à circuler, elle pose *in fine* la question de l'identité de l'ordre juridique français dans la sphère internationale, de son contenu, de sa légitimité et de sa permanence. Fort de ce constat, certains auteurs ont depuis longtemps plaidé pour le développement d'un « *droit administratif international* »<sup>12</sup> avant de tomber dans l'oubli. Nous souhaiterions reprendre ici le flambeau et poser les jalons de ce qu'un tel droit pourrait être.

Une telle tentative semble d'autant plus nécessaire que la relativité potentielle de la matière administrative extraterritoriale n'est pas seulement dictée par des éléments objectifs ou, semble-t-il, irrésistibles comme la globalisation mais découle principalement du fait que le vecteur privilégié par l'administration pour exercer son activité à l'extérieur des frontières nationales est le procédé contractuel. Or, la dimension fortement subjective de la règle de conflit en la matière suscite une exacerbation du consensualisme et renforce la relativité dont est grevée la matière administrative dans la sphère internationale. Cette configuration particulière conduit en effet à abandonner la question de l'applicabilité du droit administratif à l'administration elle-même. Elle est dès lors susceptible de disposer de son propre régime.

Bien que le destin de l'activité administrative extraterritoriale puisse ce faisant paraître funeste, il n'est toutefois pas une fatalité. Si la méthode conflictuelle n'a pas été conçue pour répondre à la spécificité de la problématique posée par cette activité spécifique, le droit international privé n'est pas monolithique. Il est suffisamment varié pour contenir des mécanismes de détermination de la loi applicable heurtant moins frontalement cette singularité du droit administratif. Ainsi, la faculté d'affranchissement dont dispose l'administration à l'égard de l'ordre juridique français dans la sphère internationale, d'une part, (I) doit être tempérée par la détermination des modalités permettant d'assurer son rattachement, d'autre part (II).

12 K. NEUMAYER, « Le droit administratif international », *RGDIP* 1911, p. 492. Sur ce point, voir plus généralement, C. BORIES, « Histoire des phénomènes administratifs au-delà de la sphère étatique : tâtonnements et hésitations du droit et/ou de la doctrine », Rapport introductif in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? A global Administrative Law ?*, op. cit., p. 25, spéc., p. 28 et s. ; P. COSSALTER, Préface in S. CASSESE, *Au-delà de l'État*, op. cit.

## I. LA FACULTÉ D'AFFRANCHISSEMENT DE L'ADMINISTRATION À L'ÉGARD DE L'ORDRE JURIDIQUE FRANÇAIS

Conséquence de la rencontre entre le droit international privé et le droit administratif, la détermination de la nature administrative d'un litige possédant un élément d'extranéité dépend principalement de la volonté de l'administration. Cette situation en soi choquante peut être qualifiée d'accidentelle en ce qu'elle est fortuite, d'une part, et préjudiciable, d'autre part.

Fortuite, elle l'est en ce qu'elle découle, en premier lieu, de la collision des spécificités contradictoires caractérisant la méthode conflictuelle et la matière administrative engendrant la disponibilité accentuée de la seconde (§1). Préjudiciable, elle l'est, en second lieu, en ce que la mise en œuvre de la méthode conflictuelle ne peut que contrarier l'extraterritorialité pourtant structurelle du droit administratif (§2).

### §1. La disponibilité accentuée de la matière administrative

Un tel intitulé révèle par lui-même le bouleversement induit par l'application de la méthode conflictuelle aux litiges de l'administration comportant un élément d'extranéité. La méthode conflictuelle étant caractérisée par sa neutralité délibérée et la règle de conflit en matière contractuelle par son consensualisme exacerbé<sup>13</sup>, elles ne peuvent conduire qu'à l'altération de la dimension objective du droit administratif symbolisée par le principe d'indisponibilité des compétences.

Ayant été forgée en contemplation des litiges extraterritoriaux des personnes privées, dont la propension à enjamber les ordres juridiques est plus ancienne et plus évidente, la méthode conflictuelle d'inspiration savignienne<sup>14</sup> se caractérise par sa neutralité découlant de sa dimension mécanique. C'est la principale raison de son succès quasi universel. Norme secondaire au sens hartien, cette règle de conflit a pour finalité de désigner l'ordre juridique qui sera sollicité pour livrer sa loi afin de trancher un litige possédant des liens avec plusieurs ordres juridiques. Elle est, d'une part, susceptible de désigner tout autant la loi du for que la loi étrangère et se

13 Certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que la règle de conflit européenne repose en la matière sur une « logique de l'autonomie de la volonté poussée à l'extrême », É. LOQUIN et L. RAVILLON, « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », in É. LOQUIN et C. KESSEJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Litec, 2000, p. 43, spéc., p. 131.

14 S'il est incontestable que la méthode conflictuelle ou bilatérale a été forgée par Savigny, il n'en demeure pas moins qu'elle a fait l'objet de diverses adaptations et a connu divers glissements au point que la méthode aujourd'hui appliquée n'est plus tout à fait la même. Sur ce point, P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », *Mélanges Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthode*, 2005, p. 343.

désintéresse, d'autre part, tant du contenu des lois en conflit que du résultat concret auquel elle conduit<sup>15</sup>.

Son but étant seulement de désigner l'ordre juridique possédant « objectivement » la plus grande proximité avec le litige, elle se fonde sur une analyse du rapport de droit afin d'en déterminer le siège<sup>16</sup>. Appliquée à un litige extraterritorial, elle commencera par le classer dans des catégories volontairement générales – comme le contrat, la forme de l'acte ou les successions – et appliquera les critères de rattachement qu'elle aura forgé préalablement – en matière contractuelle, la loi désignée par les parties ou à défaut la loi du lieu d'exécution du contrat dans le dernier état du droit de l'Union<sup>17</sup>.

La neutralité mécanique de la méthode conflictuelle lui permet de disposer d'une adaptabilité remarquable en ce qu'elle peut s'appliquer à tout ordre et à toute institution juridique quelle qu'en soit la singularité. Cette plasticité repose néanmoins sur un postulat selon lequel « il existe entre les droits en question une certaine fongibilité »<sup>18</sup>. Or il est permis de douter d'une telle fongibilité entre le droit administratif français, d'une part, et un quelconque droit privé étranger, d'autre part. Le juge administratif est d'ailleurs loin d'en être convaincu.

Ayant pourtant tenté de s'approprier ce postulat durant une phase jurisprudentielle précédente, le juge administratif saisi d'un litige de l'administration comportant un élément d'extranéité commençait par qualifier matériellement le litige afin d'asseoir sa compétence puis mettait en œuvre la règle de conflit. Dans l'hypothèse où les parties avaient désigné le droit – nécessairement privé – étranger, il tranchait un litige initialement administratif sur le fondement d'un droit privé étranger<sup>19</sup>. L'incohérence d'un contrat administratif sans droit administratif, qui n'aurait donc « d'administratif que l'étiquette »<sup>20</sup>, rejaillit toutefois avec éclat. Une telle situation laisse d'ailleurs Bernard Audit pensif lorsqu'il remarque qu'il est « surprenant [...] que les rapports avec des personnes qualifiées d'agents publics puissent être également soumis à une loi étrangère » car « la notion de contrat administratif est largement

15 Voir notamment, P. GOTHOT, P. LAGARDE, « Conflits de lois : principes généraux », *Rép. Dalloz dr. int.*, n° 42 et s. ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : Vers un changement de paradigme ? », *RCADI* 2018, vol. 387, p. 9, spéc., pp. 110-111.

16 « Il faut montrer le lien qui rattache les rapports de droit à un lieu déterminé, [...] assigner à chaque classe de rapports de droit un siège déterminé [...] d'après sa nature », F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, §348.

17 Art. 3 et 4 Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

18 Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 111.

19 CE, 28 janvier 1983, *Dame Johnston*, *Rec.* p. 28 ; *RCDIP* 1985, p. 316, concl. FRANC et p. 322, note P. RODIÈRE ; CE, 7 janvier 1987, *Dame Félicien*, *Rec.*, p. 805 ; *D* 1987, somm., p. 350, obs. B. AUDIT ; *RCDIP* 1988, p. 687, note P. RODIÈRE ; CE, 10 mars 1997, *Madame de Waele*, *Rec.*, 741 ; *RCDIP* 1997, p. 695, note P. COURSIER.

20 J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. sur CE Sect., 19 novembre 1999, *Tegos*, *RFDA* 2000, p. 833.

spécifique au droit français »<sup>21</sup>. Elle s'explique selon Eisenmann par le fait que, par-delà la similitude apparente des problématiques posées par le droit international privé et le droit administratif – compétence juridictionnelle, d'une part, droit applicable, d'autre part – ces deux matières divergent radicalement, d'une part, en ce que les deux corps de juridictions ou de règles, soit proviennent d'un seul et même ordre juridique, soit d'ordres juridiques étrangers et souverains et, d'autre part, en ce la question litigieuse demeure intangible en droit international privé alors qu'elle est susceptible de muter en droit administratif<sup>22</sup>.

Conscient des conséquences de la mise en œuvre brute de la méthode conflictuelle à la matière administrative, le Conseil d'État aurait logiquement dû y renoncer. Tel était d'ailleurs l'état précédent de sa jurisprudence consistant à déduire de la qualification administrative du litige l'applicabilité du seul droit français<sup>23</sup>.

Toutefois, les règles de conflit ayant depuis lors été pleinement communautarisées<sup>24</sup>, le juge administratif, bien qu'étant désormais convaincu de leur inadaptation aux litiges administratifs, ne semble plus enclin à les abandonner<sup>25</sup>. Dès lors, s'il souhaitait assurer la cohérence de la matière administrative dans un tel environnement conflictuel, il ne lui restait plus qu'à prendre acte de la désignation par les parties du droit applicable à leur contrat et à en déduire la qualification matérielle en fonction de la nationalité du droit choisi.

C'est ce qu'il n'a pas hésité à faire à l'occasion d'un litige relatif au non renouvellement du contrat de travail d'un citoyen grec exerçant en qualité de professeur à l'Institut français d'Athènes en affirmant que « le juge administratif français n'est pas compétent pour connaître d'un litige né de l'exécution d'un contrat

21 B. AUDIT, obs. sous CE, 7 janvier 1987, *Dame Félicien*, précité.

22 C. EISENMANN, « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », *Mélanges J. MAURY*, t. 2, Dalloz, 1960, p. 379.

23 CE Sect. 11 janvier 1952, *Habib Bechara, Rec.*, p. 30 ; *Rev. jur. pol. Union fr.*, 1952, p. 292, concl. BARBET.

24 Après une première phase encore internationale figurée par la Convention de Rome du 19 juin 1980, les règles de conflit relatives aux obligations contractuelles ont été européennes avec le Règlement Rome I précité. Sur ce mouvement, voir pour une critique, Y. LEQUETTE, « De Bruxelles à La Haye (acte III) », *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 503.

25 Certains auteurs ont justement souligné que le juge administratif s'estime contraint de mettre en œuvre la règle de conflit européenne ou, à tout le moins de s'en inspirer, puisque le Règlement Rome I précise dès son article 1<sup>er</sup> qu'il ne s'étend pas à « la matière administrative », M. LAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Economica, 2008, p. 248 et s. ; « La nature des contrats administratifs internationaux. L'emprise du droit national applicable », *AJDA* 2012, p. 2420. Nous pensons toutefois que cette analyse du juge administratif est pertinente car, quand bien même la Cour de Justice ne s'est encore jamais prononcée pour déterminer si les contrats administratifs entrent ou non dans l'orbite du Règlement, la conception européenne de la matière administrative telle qu'elle s'évince de la jurisprudence de la Cour semble faire de l'unilatéralité le pivot de cette matière. Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre thèse, *Le conflit de lois dans l'espace et le droit administratif*, Mare et Martin, 2015, p. 346 et s.

qui n'est en aucune façon régi par le droit français »<sup>26</sup>. Seulement, en considérant ainsi, à juste titre selon nous, qu'« un contrat entièrement soumis au droit étranger n'est pas un contrat administratif »<sup>27</sup> tout en acceptant le consensualisme exacerbé de la règle de conflit en matière contractuelle, le Conseil d'État aboutit à abandonner aux parties – et à l'administration en dernière analyse – la détermination de la nature de la matière litigieuse par le vecteur du droit applicable.

Cette solution est d'autant moins satisfaisante que, suivi en cela par le Tribunal des conflits<sup>28</sup>, le Conseil d'État indexe au surplus la question de la compétence juridictionnelle à celle du droit applicable. Soulignant sa qualité de juge d'attribution en matière extraterritoriale, le juge administratif déduit de l'impossibilité de qualifier le contrat litigieux de contrat administratif, du fait de la désignation exclusive du droit étranger, son incompétence.

L'application de la méthode conflictuelle à la matière administrative, possible en raison de sa plasticité, suppose néanmoins de traiter les litiges extraterritoriaux de l'administration comme s'il s'agissait de simples litiges de droit commun. La nature administrative de ces litiges ne pourra alors resurgir que fortuitement, à la faveur de la méthode conflictuelle et de la volonté des parties. Discutable, une telle solution heurte en outre l'extraterritorialité en quelque sorte ontologique d'une partie du droit administratif.

## §2. L'extraterritorialité contrariée du droit administratif

Le droit administratif est un droit de buts et de compétences. Il possède dès lors un ressort national et une portée extraterritoriale.

Il existe cependant une équivoque dans la manière de concevoir le champ spatial du droit administratif. En effet, s'il semble traditionnel d'affirmer l'inapplicabilité des règles de conflit au droit public<sup>29</sup>, il l'est tout autant de considérer que le droit public possède un champ strictement territorial<sup>30</sup>. Cette seconde affirmation

26 CE Sect., 19 novembre 1999, *Tegos, Rec.*, p. 356 ; *RFDA* 2000, p. 833, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *JDI* 2000, p. 742, note Jean-François FLAUSS ; *RCDIP* 2000, p. 409, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA et note S. LEMAIRE ; *JCP* 2000, IV, 1439, obs. M.-C. ROUAULT ; *RDP*, 2000, p. 378, obs. C. GUETTIER.

27 J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl., précitées

28 TC, 22 octobre 2001, *Mme Issa c/ Lycée Jean Mermoz à Dakar*, req. n° 3236, *D* 2001, p. 3396 ; *AJFP* 2002, p. 15.

29 Et ce quelles que soient ces règles. Voir malgré l'originalité du système qu'il promeut et sur lequel nous reviendrons, A. PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », *RCADI* 1924, t. II, p. 449, spéc., p. 471. Plus généralement, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 1993, p. 416 ; P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*

30 Tel est, parmi d'autres, le point de vue de Mancini, « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les États, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de

découle toutefois d'une conception datée du droit public qui était essentiellement celui d'un État gendarme dont les compétences étaient, certes exorbitantes, mais quantitativement limitées et aisément identifiables. Or le droit public a largement étendu son emprise depuis plus d'un siècle sans que le mouvement de reflux actuel ne parvienne à remettre véritablement cette expansion en cause<sup>31</sup>.

Creuset de cette évolution, le droit administratif recèle, par-delà sa profonde unité, des règles dont l'objet et la portée diffèrent néanmoins. Il convient selon nous de distinguer, du point de vue de la problématique de l'extranéité, entre les règles relatives à l'organisation de la société et les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'appareil administratif.

Visant originellement à organiser le corps social et à garantir pour ce faire l'ordre public, l'activité de police, et en grande partie celle de réglementation qui ne lui est pas étrangère, possède un ressort essentiellement territorial. On voit mal en effet un Préfet interdire une manifestation se déroulant dans une ville allemande. Le principe d'égalité souveraine des États interdit à l'un d'eux de prétendre déterminer l'organisation de la société constituant le socle de l'un de ses pairs<sup>32</sup>.

Mais le droit administratif est loin d'être composé de règles de ce seul type. L'activité administrative n'est-elle pas tout autant une activité de prestation figurée par les services publics et empruntant toujours davantage le procédé contractuel ? Plus fondamentalement, certains auteurs cherchant à caractériser, dans l'absolu, ce en quoi consiste *un* droit administratif, estiment, sans même aborder le pouvoir de police, qu'un tel droit est essentiellement « finalisé », qu'il dispose d'un « corpus de procédés » et repose sur un « système d'allocation et de vérification des compétences »<sup>33</sup>.

En d'autres termes, le droit administratif constitue structurellement, quel que soit l'objet de l'activité de l'administration, un droit de l'État, c'est-à-dire un droit régissant l'*Institution* dont s'est doté un corps social déterminé afin de présider à sa destinée. Il est donc structurellement composé d'habilitations, de compétences et de procédures de contrôle permettant d'en assurer l'intégrité. Ce sont ces règles, parmi

droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874, p. 220 et voir plus précisément sur ce point de vue de l'auteur, B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 442 et s. C'est un autre auteur italien qui a sonné le glas de cette conception du droit public, P. FEDOZZI, « De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public », *RCADI* 1929, vol. II, t. 27, p. 145.

31 Sur ce reflux, voir notamment J. CHEVALLIER, *L'État postmoderne*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 2017 ; Jacques CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 2017.

32 Sur ce constat, P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.*

33 F. ROLIN, « Qu'est ce qu'un droit administratif ? », in C. BORIES (dir.), *Un droit administratif global ? A global Administrative Law ?*, *op. cit.*, p. 108.

lesquelles le principe directeur d'indisponibilité des compétences, que le doyen Vedel désignait comme cette « frange d'ordre public »<sup>34</sup> incompressible et nécessairement plus importante qu'en d'autres matières parce qu'essentielles en droit administratif.

Ce constat ne peut être sans conséquence sur les problématiques de droit international privé. Régissant une entité dont l'activité est réalisée au nom et pour le compte d'un corps social déterminé, le droit administratif est, comme tout droit public, un droit ontologiquement *situé*. La finalité poursuivie par l'administration et les compétences dont elle dispose pour l'atteindre possèdent une origine et un ressort nécessairement *national*. Contrairement aux règles de droit privé dont l'autonomie des sujets et l'interchangeabilité des institutions permettent de postuler l'équivalence des divers droits nationaux, l'inéluctable sujétion de l'administration à l'ordre juridique dont elle est un instrument et une manifestation interdit une telle assimilation<sup>35</sup>. Non pas qu'il ne soit pas possible de dégager des invariants en droit public comme en droit privé – l'intérêt général voire le service public ne sont-ils pas des concepts universels comme le mariage ou le délit ? – mais ces concepts *s'adressent* en droit public nécessairement à une institution nationale donnée<sup>36</sup>. De même qu'il était difficile d'imaginer un Préfet français interdisant une manifestation se déroulant en Allemagne, il l'est tout autant de considérer que la manière dont l'ordre juridique allemand conçoit l'intérêt général ou le caractère subjectif des droits des administrés puisse valoir pour l'administration française.

Or, si le droit administratif possède bien un tel *ressort national*, il doit en être déduit qu'il possède une *portée extraterritoriale*. Certes, l'application de la règle de conflit à un litige extraterritorial de l'administration permettra en toute hypothèse de trancher *in fine* le litige sur le fondement, outre du droit français, de n'importe quel droit – privé – étranger et d'éviter ainsi en principe tout déni de justice. Seulement, ce sera au prix d'une banalisation et d'un appauvrissement potentiel de la perception de la situation litigieuse. Dans un tel litige soumis à un droit étranger, l'éventuelle question relative à l'indisponibilité des deniers publics ou à la renonciation aux pouvoirs de modification ou de résiliation unilatérale par l'administration n'affleurera même pas. Comme l'envisageait Eisenmann, l'application de règles « extrinsèques [...]

34 G. VEDEL, « Rapport devant le congrès international de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1961, p. 116.

35 P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *op. cit.* ; « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC* 1986, p. 467.

36 Certains auteurs ont précisé à cet égard dans une optique normativiste que, contrairement aux lois de droit privé qui sont susceptibles d'englober « toutes les hypothèses, quelle que soit leur localisation », l'effet juridique des lois de droit public « ne peut être déclenché que par les organes de l'ordre juridique dont elles émanent ». De telles règles ne sont dès lors plus susceptibles de résoudre tout problème potentiel, « mais seulement les questions liées au fonctionnement de leurs propres organes face à tous les problèmes », D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008.



venant limiter le champ d'application géographique »<sup>37</sup>, c'est-à-dire de règles de conflit, au droit administratif est susceptible de conduire à sa dissipation. Elle peut même conduire à des aberrations. Que pensez, en effet, de la situation dans laquelle le Conseil d'État, amené à trancher un litige opposant la région Alsace et l'État français relatif à la responsabilité contractuelle de ce dernier, a estimé que le contrat à l'origine du litige, étant relatif à la coopération transfrontalière et faisant intervenir des acteurs tant publics que privés et français qu'étrangers, était passible de la règle de conflit et a déduit eu égard à la volonté des parties qu'il était entièrement soumis au droit allemand avant de décliner sa compétence<sup>38</sup> ? La mise en œuvre de la règle de conflit conduit *in fine* la région requérante à saisir le juge allemand alors même que, compte tenu de la configuration du litige, il y a de fortes chances pour qu'il se déclare incompétent.

Cette incompatibilité manifeste entre la règle de conflit et le droit administratif traduit selon nous le caractère « spatialement illimité »<sup>39</sup> de ce dernier, ou plutôt sa dimension généralement extraterritoriale, éclairant certaines affirmations d'auteurs classiques selon lesquels « il n'y a pas à considérer le lieu dans lequel s'exécute l'activité administrative »<sup>40</sup>.

Une telle indifférence à l'espace peut enfin trouver certains appuis dans la doctrine privatiste ancienne. Pillet estimait en effet que toute loi se veut à la fois générale – applicable sur tout le territoire – et permanente – suivant ses sujets où qu'ils se trouvent<sup>41</sup>. Il considérait toutefois que le rattachement d'un litige avec plusieurs ordres juridiques provoquait la collision de telles prétentions équivalentes et dès lors contradictoires. Il convenait alors pour résoudre ces conflits de manière à privilégier « la loi du moindre sacrifice » que chaque loi renonce – de manière coordonnée – à l'une ou l'autre de ces prétentions en vertu du « but social » poursuivi<sup>42</sup>. Bien qu'il estimait comme tout homme de son temps que le droit public se voulait d'application générale, nous pensons au contraire que le droit administratif se veut dans une certaine mesure nécessairement permanent. Si le droit pénal ou le droit fiscal<sup>43</sup> sont

37 M. AUDIT, « La compétence extraterritoriale du droit administratif », *op. cit.*

38 CE, 5 juillet 2013, n° 348050, mentionné T. Largement passé inaperçu, nous nous permettons de renvoyer à notre étude, « La compétence du juge allemand pour trancher un litige opposant deux collectivités publiques françaises », *Civitas Europa* 2015/1 (n° 34), p. 191.

39 M. AUDIT, *op. cit.* De même, le Professeur MAYER affirme que « dès lors que la relation juridique à propos de laquelle on s'interroge met en présence non seulement un ou plusieurs individus, mais un État déterminé – impliqué soit comme sujet, soit à un autre titre – seule la loi de cet État est applicable, et ce *sans aucune limitation spatiale* », « Le rôle du droit public en droit international privé », *op. cit.*, p. 478. C'est nous qui soulignons.

40 J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1984, t. I, n° 48.

41 A. PILLET, « Théorie continentale des conflits de lois », *op. cit.*, p. 467 et s.

42 A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, vol. 239.

43 De même, en toute logique, que le droit applicable à la police administrative.



logiquement généraux en ce qu'ils tendent à s'appliquer à toute personne – national et étranger – présente sur le territoire, tel n'est pas le cas du droit administratif relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'administration. Il vise alors, comme nous l'avons vu, la seule administration française. N'ayant pas, ici, de prétention à la généralité, sa vocation à la permanence est légitimée d'autant qu'il est le seul à contenir la réponse à un certain nombre de questions ; celles *formulées* en termes administratifs.

Venant apposer des limites spatiales à un droit qui en est, en principe, dépourvu, l'appropriation de la méthode conflictuelle par le juge administratif conduit à l'aberration consistant en la faculté pour l'administration de s'affranchir à bon compte de l'ordre juridique dont elle puise son existence et sa raison d'être. Il est vrai néanmoins que la marge de manœuvre laissée au juge administratif s'amenuise à mesure du succès et de l'europanisation de cette méthode. Elle n'est pourtant pas totalement abolie.

## II. LES MODALITÉS DE RATTACHEMENT DE L'ADMINISTRATION À L'ORDRE JURIDIQUE FRANÇAIS

Les développements précédents n'ont, malgré les apparences, pas pour but de militer en faveur d'une application conquérante du droit administratif à l'ensemble des litiges extraterritoriaux de l'administration. Le fait que ces litiges comportent un élément d'extranéité impose au juge administratif de prendre en considération certaines prétentions des ordres juridiques étrangers. Le problème fondamental de la méthode conflictuelle consiste toutefois à postuler l'équivalence de ces prétentions. Or tel ne peut être le cas dans un litige administratif – sauf s'il s'agit d'un litige opposant deux administrations cas de figure que nous écartons ici<sup>44</sup>. Il convient donc de privilégier sinon de construire les techniques de droit international privé susceptibles de prendre en compte cet éventuel déséquilibre. Une alternative se présente alors : se borner, en premier lieu, à infléchir la méthode conflictuelle (§1), l'investir, en second lieu, afin d'assurer son adaptation à ces litiges (§2).

### §1. Infléchir la méthode conflictuelle

Force de la méthode conflictuelle, sa neutralité est susceptible de constituer sa faiblesse. Comme nous l'avons observé précédemment, la désignation de la loi

<sup>44</sup> Sur cette question, voir notamment M. AUDIT, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, LGDJ, 2002 ; R. GUEGUEN, *L'action internationale des collectivités territoriales françaises dans le cadre de l'État unitaire*, PUAM, 2015 ; P. COSSALTER (dir.), *La coopération transfrontalière en Grande Région : état des lieux*, EJFA, 2016.

applicable au moyen de la seule localisation géographique du rapport de droit n'est possible qu'en vertu d'une certaine fongibilité des droits. Il convient en d'autres termes qu'une communauté de droit puisse, sans être nécessairement tangible, être au moins postulée ; c'est précisément ce qui est impossible en droit administratif. Conscient des limites de ce postulat, le père de la méthode bilatérale avait lui-même envisagé des hypothèses de rupture ou d'absence d'une telle communauté et forgé un correctif à sa méthode principale. Reste à déterminer si ce correctif est susceptible de prendre en charge la spécificité de la matière administrative.

Savigny affirmait en effet que, face à des lois qui sont « dictées par un motif d'intérêt général [...] [et] revêtent un caractère politique, de police ou d'économie politique »<sup>45</sup>, « le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l'application du droit étranger »<sup>46</sup>. Il précise en outre que pour déterminer quelles sont ces lois, il convient « avant tout de rechercher l'intention du législateur »<sup>47</sup>. À la lecture de ces lignes, frappantes par leur modernité, la cause serait entendue. Cette méthode supplétive désormais rangée sous la bannière des lois de police serait être taillée pour le droit administratif.

C'est d'autant plus l'impression qui domine que ce correctif grève expressément la règle de conflit européenne en matière contractuelle. En effet, tandis que l'article 3 du Règlement Rome I consacre le principe de la liberté de choix des parties de la loi applicable au contrat, l'article 9 prévoit l'existence de lois de police « disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

Constituant le « complément nécessaire » sans lequel le recours à la loi d'autonomie ne serait pas justifié »<sup>48</sup>, les lois de police dérogent au jeu normal de la règle de conflit, à son résultat, voire à sa mise en œuvre même. Contrairement aux lois ordinaires, les lois de police ressortissent à la mise en œuvre d'une méthode statutaire consistant à fixer leur applicabilité, non pas en analysant objectivement le rapport de droit, mais à déterminer unilatéralement leur champ d'application dans l'espace en vertu du but politique poursuivi par le législateur<sup>49</sup>. La technique des lois de police apparaît alors comme une aubaine pour le juge administratif lui permettant de restaurer l'extraterritorialité d'une part du droit administratif dans le respect du cadre conflictuel européen qu'il estime ne pouvoir contester.

45 F. C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, § 349.

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

48 P. MAYER, « Les lois de police », *Trav. Com.fr. DIP, journée du cinquantenaire*, 1985, p. 105.

49 P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, p. 207.

Le juge administratif ne s'y est d'ailleurs pas trompé. Il applique ce correctif de la méthode conflictuelle depuis qu'il la met en œuvre. Seulement, il semble qu'il l'applique de manière variable en s'inscrivant dans la dépendance de la volonté de l'administration et d'une conception tendancielle territoriale du droit administratif.

Il lui arrive parfois de qualifier de loi de police certaines règles de sa propre autorité. Tel est le cas de la prescription quadriennale des dettes des personnes publiques qui lui a permis de faire partiellement échec au droit du travail mexicain désigné par les parties<sup>50</sup>. Il a de même estimé que les règles relatives aux tarifs et à la protection des données personnelles dans le domaine des visas étaient des lois de police, lui permettant cette fois de déduire l'applicabilité globale du droit français au contrat conclu entre un Consulat français et une société privée étrangère afin de collecter les dossiers de demandeurs de visas pour la France, en l'absence de désignation du droit applicable par les parties<sup>51</sup>.

Par-delà ces hypothèses, le juge administratif semble toutefois davantage enclin à qualifier de lois de police des règles françaises affirmant expressément leur extraterritorialité. Peuvent être citées à cet égard les dispositions du décret du 18 juin 1969 déterminant le statut des agents contractuels de l'État de nationalité française en service à l'étranger et l'article R. 6134-1 du Code de la santé publique relatif aux actions de coopération « y compris internationales »<sup>52</sup>. Naturellement rares, de telles dispositions placent une fois encore le juge administratif dans la dépendance de la volonté de l'administration – autorité normatrice ici. En effet, si le juge administratif a pu affirmer sur ce fondement l'applicabilité du droit français et assurer ainsi la qualification administrative du litige en vertu de la jurisprudence *Berkani* sans même s'interroger sur la volonté des parties au contrat<sup>53</sup>, il suffit que l'administration n'ait

50 CE, 7 janv. 1987, *Dame Félicien*, précité.

51 CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, *Rec.*, p. 2013, p. 258; *RJEP* décembre 2012, p. 15 concl. Nicolas BOULOUIS; *AJDA* 2012, p. 1314 et p. 2420, note M. LAZOUZI; *RDI* 2012, p. 560, note S. BRACONNIER.

52 TC, 24 avr. 2006, *SCP de médecins Reichheld et Stürtzer*, *Rec.*, p. 629; *RFDA* 2006, p. 1077; *AJDA* 2006, p. 2456, concl. D. CHAUVAUX. Il en va de même en matière de marchés publics. Le Conseil d'État considère que, quand bien même un contrat extraterritorial de l'administration remplissant tous les critères du marché public, il ne se voit appliquer les règles françaises qui y sont relatives que si la personne public a opté pour leur application, CE, 3 juil. 1968, *Sieurs Lavigne et Le Mée*, *T.*, p. 884; *AJDA* 1969, p. 253, concl. G. BRAIBANT; CE, 28 sept. 2001, *Entreprise de construction et de prestations de services*, *Rec.*, p. 442; CE, 4 juil. 2008, *Société Colas Djibouti*, *AJDA* 2009, p. 430, note S. HUL; *RDI* 2008, p. 497, obs. S. BRACONNIER; *RFDA* 2008, p. 1123, étude F. MELLERAY. Sont en revanche considérés comme d'application impérative et donc ici potentiellement extraterritoriale, les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ainsi que le règle de transparence des procédures qui en découle, CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, précité; CAA Bordeaux, 17 déc. 2015, n° 13BX03486, *AJDA* 2016, p. 863, concl. N. NORMAND.

53 CE Sect., 7 juin 1991, *Troquet*, *Rec.*, p. 222; *D* 1992, somm., p. 148, obs. P. BON et P. TERNEYRE; *Quot. Jur.*, 28 septembre 1991, p. 11, note M. DEGUERGUE; CE, 21 juin 2002, *Laurent Delabouglise*,

pas édicté d'arrêté d'application dudit décret dans le domaine professionnel concerné pour que le juge s'en remette à l'autorité de la règle de conflit et à travers elle à la volonté des parties<sup>54</sup>.

Une telle solution est à la fois discutable et compréhensible. Elle est discutable puisqu'en privilégiant un critère spatial, le juge administratif dénature la catégorie des lois de police. Transposition dans l'environnement conflictuel de la méthode américaine des intérêts gouvernementaux des États<sup>55</sup>, les lois de police fonde leur impérativité sur le but social qu'elle poursuit, la politique législative et finalement l'intérêt général éminent qui les motivent ; c'est-à-dire sur un critère matériel. Cette solution est toutefois compréhensible en ce que les lois de police possèdent traditionnellement, en droit privé, une portée territoriale. Le juge du for fait généralement échec à la désignation, par sa règle de conflit, de la loi étrangère afin de garantir l'application d'une règle nationale à une situation, certes grevée d'un élément d'extranéité, mais se déroulant sur le territoire national. Il en va ainsi, par exemple, de certaines règles françaises relatives à la représentation du personnel s'appliquant aux filiales de sociétés dont le siège social est fixé à l'étranger<sup>56</sup>, ou encore de règles visant à réguler l'évolution des loyers dans les contrats de bail d'habitation dans un but de justice sociale quand bien même le bailleur est étranger<sup>57</sup>.

Il semble donc que la technique des lois de police soit plutôt utilisée dans le but d'assurer la *généralité* des lois nationales alors que c'est bien la *permanence* de certaines règles qu'il convient de favoriser en droit administratif. Un tel basculement quant au ressort traditionnel des lois de police peut néanmoins être envisagé s'il est justifié.

Fondant l'applicabilité nécessaire de certaines règles dans un litige donné, les lois de police sont destinées à relayer, dans la sphère internationale, le caractère indérogable de certaines règles nationales.

Il convient alors d'abandonner l'idée selon laquelle l'ensemble des règles composant le droit administratif pourraient être considérées comme des lois de police. Bien que la structure institutionnelle et la finalité politique caractérisant l'administration restreignent drastiquement le champ de son autonomie, elle n'en est pas pour autant totalement dépourvue. En témoigne notamment l'extension récente

*AJDA* 2002, p. 877, note M. DEGUERGUE.

54 CE, 9 fév. 2000, *Mme Boyer, Rec.*, p. 892 ; CAA Paris, 7 déc. 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Mme Gire, T.*, p. 893 ; *RFDA* 2000, p. 505 ; *Dr. ad.* 2001, n° 4, p. 30, note V.H. ; CE, 30 mai 2007, *Mme Motta*, req. n° 268682.

55 B. CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Law*, 1963 ; D. EVRIGENIS, « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI* 1966, vol. 118.

56 CE Ass., 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits, GAJDIP* n° 53 ; *RCDIP* 1974, p. 344, concl., N. QUESTIAUX et p. 273, note PH. FRANCESCakis ; *JDI* 1975, p. 538, note M. SIMON-DEPITRE ; *Dr. soc.* 1976, p. 50, obs., J. SAVATIER ; *R.S.*, 1976, p. 663, note BISMUTH.

57 Cass. soc., 16 janv. 1953, *RCDIP* 1953, p. 581.

du principe de liberté contractuelle à son profit<sup>58</sup>. Il convient donc de déterminer avec davantage de précision les règles auxquelles l'administration ne peut en aucun cas déroger. L'étude de sa capacité de renonciation peut nous y aider<sup>59</sup>.

Cette capacité découle, d'une part, du type d'aptitude à laquelle l'administration entend renoncer et, pour certaines d'entre elles, d'autre part, de la nature subjective ou objective de la situation litigieuse. Il convient avant tout de distinguer les droits, en premier lieu, et les compétences et privilèges dont l'administration est titulaire, en second lieu. Les droits sont le « résultat d'une situation juridique particulière et subjective »<sup>60</sup>, tandis que la compétence est un « pouvoir objectif reconnu par la loi à une personne publique déterminée »<sup>61</sup>. Bien qu'accordant généralement « un avantage exorbitant aux personnes publiques »<sup>62</sup> contrairement à la compétence qui constitue davantage une obligation, une sujétion à l'égard de l'administration, les privilèges se détachent des droits et se rapprochent des compétences en ce qu'ils découlent, eux aussi, d'une norme générale et impersonnelle<sup>63</sup>.

Ainsi, tandis que le régime des compétences est univoque en ce qu'il est absolument interdit à l'administration d'y renoncer<sup>64</sup>, tel n'est pas le cas des droits ni des privilèges. Concernant les droits, l'administration est susceptible d'y renoncer sous la réserve, comme en droit privé, de l'ordre public. Seulement cette frange d'ordre public est plus dense qu'en droit privé. Elle est notamment influencée par l'intérêt général que poursuit l'administration et qu'elle ne saurait mettre en péril en renonçant aussi librement à ses droits qu'une personne privée<sup>65</sup>. C'est notamment ce qui explique l'interdiction pour elle de procéder à des libéralités<sup>66</sup>. Concernant les privilèges, l'administration n'est de même susceptible d'y renoncer que dans la mesure où cela ne la conduirait pas à négliger les objectifs en vertu desquels ils lui ont été attribués<sup>67</sup>. Il en va ainsi, par exemple, de l'interdiction pour elle de renoncer au privilège de juridiction<sup>68</sup> qui ne peut malheureusement être qualifiée de loi de police puisque la faculté d'y renoncer en matière extraterritoriale provient comme nous l'avons

58 Cons. Const., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *Rec. Cons. Const.*, p. 120 ; *RDP* 2007, p. 845, note P.-Y. GADHOUN.

59 Cl. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, LGDJ, 1974.

60 *Op. cit.*, p. 203.

61 *Ibid.*

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*

64 On peut citer à cet égard l'interdiction d'aliéner le domaine public, *op. cit.*, p. 240.

65 *Op. cit.*, p. 208.

66 CE Sect., 19 mars 1971, *Sieur Mergui*, *Rec.*, p. 235, concl. ROUGEVIN-BAVILLE ; *AJDA*, 1971, p. 274, chron., D. LABETOUILLE et P. CABANES ; *RDP*, 1972, p. 234, note M. WALINE.

67 Cl. BLUMANN, *op. cit.*, p. 287 et s.

68 Cass., 5 janv. 1953, *Époux Gagneux*, *Bull. civ.* III, n° 3, p. 2 ; CE, 25 oct. 1961, *Geromini*, *Rec.*, p. 592 ; TC, 16 janv. 1967, *Société du Vélodrome du Parc des Princes*, *Rec.*, p. 562.

observé, non pas de la seule décision de l'administration, mais des effets qui lui sont attachés par le juge lui-même.

Vecteur permettant de transposer le caractère indérogeable d'une norme nationale dans la sphère internationale, les lois de police devraient selon nous correspondre – en droit administratif – au principe d'indisponibilité des compétences tel qu'il est conçu en droit interne étant donné que seul l'ordre juridique français a vocation à déterminer le contenu et l'étendue de la structure juridique objective dans laquelle l'administration française est destinée à s'inscrire. Telle est d'ailleurs la solution récemment et solennellement consacrée par le Conseil d'État en matière d'arbitrage commercial international<sup>69</sup> qu'il s'agirait seulement d'étendre en l'adaptant à la problématique des litiges administratifs extraterritoriaux dont le juge administratif est saisi. Cette solution n'est toutefois peut-être pas la mieux adaptée.

## §2. Investir la méthode conflictuelle

Par-delà l'aubaine qu'elles représentent aux yeux du juge administratif, il n'est toutefois pas certain que les lois de police puissent s'étendre aux règles de droit public<sup>70</sup>. La discussion semble pourtant désormais close en ce que la définition européenne des lois de police est suffisamment large pour les accueillir<sup>71</sup>. Toutefois, si cette difficulté d'ordre notionnelle semble levée, il n'en va pas de même d'une difficulté fonctionnelle dont la persistance laisse intact le doute quant à la compatibilité des lois de police avec les problématiques propres aux litiges extraterritoriaux de l'administration.

« S'opérant à l'occasion de la résolution d'une opposition d'intérêts privés »<sup>72</sup>, l'intervention des lois de police ne peut « jouer que là où la prépondérance de

69 CE Ass., 9 nov. 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806 ; *RFDA* 2016, p. 1154, concl. G. PELLISSIER ; *AJDA* 2016, p. 2133 et p. 2368, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *D* 2016, p. 2343, obs., J.-M. PASTOR.

70 Les auteurs les plus éminents rejettent cette idée en considérant que, bien qu'étant d'application nécessaire, les lois de police reposant sur la mise en œuvre d'un critère de rattachement, s'inscrivent dans un environnement conflictuel. À l'inverse, des règles de droit public dont la singularité empêche l'émergence même d'un conflit de lois et ne modifie pas seulement sa résolution. Voir notamment, P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277 ; J.-M. JACQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI* 1985, p. 366 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006, n° 53. D'autres auteurs, non moins éminents, ne sont cependant pas opposés à cette assimilation, Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP* 1966, p. 1 ; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1968, p. 165.

71 Sur ce point, voir notamment, P. MAYER, « Lois de police », *Rep. Dalloz, Dr. int.*, n° 22.

72 Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : Vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, p. 117.

l'intérêt général est avérée et manifeste, en sorte qu'on ne peut lui reconnaître qu'un rôle exceptionnel »<sup>73</sup>. Dérégulation au jeu *normal* de la règle de conflit, les lois de police sont les marques d'une rupture de la communauté de droit qui, formant le socle d'un environnement conflictuel postulé, ne peut souffrir qu'un nombre limité d'exceptions ponctuelles. C'est la raison pour laquelle le caractère impératif ou indérogable d'une règle ne suffit pas à la qualifier de loi de police. En effet, pour qu'une règle soit qualifiée comme telle, il doit être démontré au surplus que l'application de la règle de conflit traditionnelle conduirait *effectivement* à mettre en péril l'intérêt public en cause dans le cadre du litige<sup>74</sup>. En outre, même si une norme accède à la dignité de loi de police, cette qualification permet de garantir la seule application de la règle qu'elle contient et ne permet en aucun cas de désigner l'applicabilité d'une loi nationale dans son ensemble.

Ces limites de la technique des lois de police sont très bien illustrées par l'arrêt *Société Pro 2C* que nous avons déjà évoqué<sup>75</sup>. Saisi d'une demande d'annulation de la procédure d'appel à candidatures et, par extension, du contrat lui-même liant un Consulat français à une société privée étrangère dans le but qu'elle collecte les dossiers de demandeurs de visas, le juge observe d'abord que les parties n'ont pas choisi le droit applicable au contrat. Il affirme ensuite le caractère de loi de police des règles relatives aux tarifs des visas<sup>76</sup> et à la protection des données personnelles pour en déduire que « ce contrat est, par suite, régi par la loi française ». Certains commentateurs vigilants ont pu alors faire remarquer qu'il s'agissait là « d'un bien maigre support pour justifier l'entière soumission du contrat au droit français »<sup>77</sup>.

Un tel constat évoque la limite structurelle des lois de police. Or, en les utilisant comme prétexte d'une qualification matérielle du litige, le Conseil d'État dénature ces lois de police dans le but de rattacher, fût-ce artificiellement, certains litiges à l'ordre juridique français.

L'inadaptation de la technique des lois de police aux problématiques posées par les litiges extraterritoriaux de l'administration, bien que partielle, est néanmoins patente. D'autres pistes peuvent toutefois être empruntées. La difficulté devant être surmontée consiste alors à déceler en droit international privé des procédés permettant de réserver la question de la qualification matérielle du litige avant l'intervention des techniques qui, pour la plupart, se borne à coordonner spatialement les ordres juridiques. Cette difficulté est d'autant plus grande que la méthode conflictuelle apparaît désormais

73 *Op. cit.*, p. 119

74 P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 21

75 CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, précité.

76 Décret n° 81-778 du 13 août 1981 modifié par le décret n° 97-165 du 24 fév. 1997.

77 M. LAZOUZI, « La nature des contrats administratifs internationaux. L'emprise du droit national applicable », *AJDA* 2012, p. 2420.



comme le cadre nécessaire dont le juge administratif ne semble pas lui-même vouloir s'affranchir<sup>78</sup>.

Ce dernier constat en apparence inquiétant est peut-être toutefois porteur d'espoir. Alors même que la question de l'applicabilité de la règle de conflit européenne aux contrats administratifs est loin d'être indiscutable<sup>79</sup>, il est frappant de constater que le Règlement Rome I précise et adapte le principe de la loi d'autonomie à la plupart des contrats spéciaux de droit privés<sup>80</sup>. Or, c'est précisément parce que la soumission du contrat administratif à cette règle de conflit n'a pas été envisagée qu'elle s'applique à lui de manière absolue. D'autre part, en ne mentionnant plus la règle de conflit européenne dans les visas de ses solutions depuis l'arrêt *Tegos*, le juge administratif traduit, certes, son appropriation de la méthode conflictuelle, mais se réserve également la faculté de l'adapter.

Les modalités d'adaptation de la méthode conflictuelle concernant les litiges de l'administration peuvent être tirées de la diversité avec laquelle le droit international privé régit les relations privées internationales. En effet, bien que constituant le critère de détermination principal de la loi applicable en matière d'actes juridiques, la loi d'autonomie n'est pas le critère unique. Elle cède notamment dès lors qu'une autorité est intervenue dans la constitution d'une situation de droit privé. Dans ce cas, l'autorité ne pouvant « fonctionner que selon la loi qui l'a instituée »<sup>81</sup>, « la *lex auctoris* se trouve coïncider avec la loi locale lorsque l'autorité agit sur son territoire » mais « coïncide avec la loi nationale lorsque l'autorité agit sur le territoire d'un autre État »<sup>82</sup>.

Comment alors ne pas constater la familiarité de cette solution avec le rattachement structurel de l'administration au droit national et, par extension, à la portée extraterritoriale du droit administratif observés précédemment ? Reste seulement à déterminer les hypothèses dans lesquelles une autorité est suffisamment impliquée dans le litige pour justifier le remplacement d'un rattachement – la loi d'autonomie – par un autre – la *lex auctoris*. La solution classiquement retenue en droit privé consiste à déterminer si la résolution du litige impose de s'interroger sur les modalités de fonctionnement du service public dont est chargée l'autorité<sup>83</sup>. Cette solution rejoint une fois encore les propositions formulées précédemment affirmant le caractère impératif des règles de droit administratif relatives à l'organisation et

78 Tandis que le Conseil d'État mentionnait initialement la Convention de Rome dans ses visas (arrêt *Tegos* précité), il renonce depuis à cette référence tout en continuant à mettre en œuvre cette méthode.

79 Voir *supra*, note 25.

80 Il en va ainsi des contrats de transport (art. 5), des contrats de consommation (art. 6), des contrats d'assurance (art. 7) et des contrats individuels de travail (art. 8).

81 P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2007, p. 573.

82 *Ibid.*

83 *Ibid.*



au fonctionnement de l'administration. Il subsiste néanmoins une différence entre l'hypothèse de l'intervention d'une autorité en droit privé et les litiges de l'administration. Dans le premier cas, même si l'autorité intervient en matière contractuelle, elle n'est généralement pas partie au contrat. Cette divergence ne nous semble toutefois pas insurmontable.

Concrètement, il reviendrait au juge administratif d'enrichir la règle de conflit applicable aux contrats de l'administration d'un rattachement alternatif désignant la loi nationale dès lors que la résolution du litige dépend de la réponse à une question relative au statut, aux compétences de l'administration ainsi qu'aux procédures encadrant son action. Bénéficiant de la portée générale de la règle de conflit, cette solution aurait eu le mérite de fonder la désignation globale de la loi française dans l'affaire des visas puisque la question principale portant sur le respect des règles de la commande publique était bien relative aux modalités de fonctionnement de l'administration française.

Il conviendrait plus précisément que le juge administratif affirme l'application de la loi nationale à l'égard de l'*instrumentum* tout en conservant la faculté pour les parties de choisir la loi applicable au *negotium*<sup>84</sup>. Il susciterait ainsi l'émergence d'un conflit de qualifications<sup>85</sup> domestique dont la résolution lui permettrait de prendre en considération des problématiques propres au droit administratif avant qu'elles ne soient masquées ou dénaturées par les techniques du droit international privé tout en respectant les exigences fondamentales. Saisi d'un litige extraterritorial de l'administration, le juge administratif devrait donc déterminer en priorité dans quelle catégorie le classer – *instrumentum* ou *negotium*. Pour ce faire, il devra préalablement identifier la question de droit telle qu'elle découle des prétentions des parties<sup>86</sup>. Il opérera nécessairement cette identification *en référence* au droit français puisqu'il est un juge français, d'une part, et parce que seul le droit administratif français détermine les éléments relatifs à l'organisation et au fonctionnement de l'administration.

Ainsi, face à un litige extraterritorial de l'administration, le juge administratif devrait commencer par déterminer quelle est la question de droit qui lui est principalement posée et quelles sont les questions incidentes dont dépend la solution du litige. Si le litige porte essentiellement sur le *negotium*, s'il est par exemple relatif à la responsabilité contractuelle d'une administration récalcitrante à honorer ses

<sup>84</sup> De même qu'en matière de conflit d'autorités, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 597 et s.

<sup>85</sup> Voir notamment, W. WENGLER, « Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », *RCDIP* 1954, p. 661 ; B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Dalloz, 1977 ; « L'objet de la qualification », *JDI* 1980, p. 227.

<sup>86</sup> Sur la problématique de la question préalable, laquelle se pose toutefois comme le conflit de qualifications de manière singulière et plus simple ici en ce que l'éventualité de la référence au droit étranger est nécessairement écartée, voir notamment, W. WENGLER, « Nouvelles réflexions sur les questions préalables », *RCDIP* 1966, p. 165 ; P. PICONE, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI* 2000, vol. 276, p. 13, spéc., p. 211.

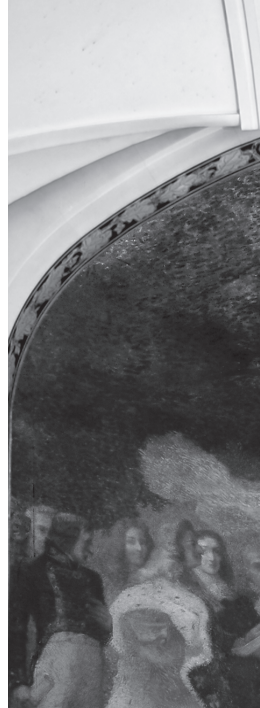
obligations, le juge administratif pourra appliquer le critère de la loi d'autonomie et en tirer les mêmes conséquences que dans l'arrêt *Tegos*. Si le litige porte en revanche sur la question de la renonciation de l'administration au pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale ou sur celle de sa faculté à procéder à des donations, le juge pourra estimer qu'il s'agit d'une question relative au fonctionnement de l'administration, la classer dans la catégorie relative à l'*instrumentum* et en déduire l'applicabilité du droit nationale.

Restera alors à qualifier matériellement le litige qui, s'il aura de fortes chances d'être administratif compte tenu des critères dégagés pour désigner le droit national applicable, ne le sera pas nécessairement. Dans l'hypothèse où la question litigieuse est relative à la prescription des dettes des personnes publiques si, en vertu de ce système, le juge administratif pourrait déduire l'applicabilité du droit français, il demeurera susceptible de considérer que le contrat est un contrat de droit privé, et, si tel est le cas, devrait selon nous décliner incompétence.

Certes, dans cette dernière hypothèse, la désignation du droit applicable par le juge administratif est précaire en ce qu'elle pourra être contredite ultérieurement par le juge judiciaire appliquant la méthode conflictuelle classique. Elle aura néanmoins permis de réserver la question de la qualification matérielle du litige qui aurait sinon disparu. Or, comme le remarquait Eisenmann, la différence fondamentale entre le droit international privé et le droit administratif consiste en ce que, contrairement au premier, la nature du litige est susceptible de muter dans le cadre du second. Il semble donc logique qu'en réservant la question de la matière litigieuse, la mutabilité qui la caractérise rejaillisse sur le droit applicable. Mieux, cette mutabilité *potentielle*, bien que vraisemblablement rare du droit applicable, constitue à la fois la condition et le témoin du compromis que recèle cette proposition entre les exigences du droit administratif et du droit international privé.

Elle pourrait ce faisant être considérée par des esprits bienveillants comme une proposition de ce que pourrait être un droit administratif international. Seulement de même que cette ambition semble avoir été formulée trop tôt par son promoteur pour n'être pas oubliée, il est vraisemblable que cette tentative pour la ranimer arrive trop tard dans un contexte globalisé davantage favorable à l'uniformisation qu'à la singularité.

Cet ouvrage explore l'analyse épistémologique des processus d'internationalisation du droit administratif et de leurs rapports avec le droit comparé. Précisant d'abord les différents cadres possibles pour cette internationalisation, il décline l'internationalisation des sources, de l'action administrative et enfin des contentieux. Il montre que les solutions internes ont l'avantage de maintenir à la fois le contrôle d'un juge spécialisé dans la prise en compte de l'intérêt général, et la protection de la primauté de la garantie étatique. En cela l'internationalisation contrôlée du droit administratif constitue l'alternative la plus forte qui soit à la théorie du droit administratif global.



« Regarder de l'extérieur le droit administratif en tant qu'ensemble normatif unitaire et cohérent est une démarche plutôt récente dans la science juridique. »

Avec les contributions de :

Alfred C. Aman Jr, Jean-Bernard Auby, Sabino Cassese, Maxence Chambon, Philippe Cossalter, Aurélie Duffy-Meunier, Gilles J. Guglielmi, Jan Henrik Klement, Malik Laazouzi, Elie Lenglart, Giulio Napolitano, Jaime Rodriguez-Arana Muñoz, Carlo Santulli, Grenfieth Sierra Cadena, Ulrich Stelkens, Bernard Stirn, Anne-Marie Thénevot-Werner.

