

**L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION AUX SERVICES
PUBLICS¹**

Guillaume LAZZARIN²

INDEX

1. LES FONDEMENTS DE LA JURISPRUDENCE *SOCIETE DES EAUX DU NORD*

1.1 La nature réglementaire de l'acte, fondement de la compétence administrative

1.2 La relation contractuelle, fondement de l'applicabilité

2. L'APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE *SOCIETE DES EAUX DU NORD*

2.1 Le service public, limite à l'application du droit des clauses abusives

2.2 L'inutilité de l'application directe du droit des clauses abusives

Depuis l'arrêt Société des eaux du Nord, les juridictions administratives appliquent aux services publics l'article L. 132- 1 du code de la consommation, relatif aux clauses abusives dans les contrats passés entre professionnels et consommateurs. Peu critiquée jusqu'alors, cette jurisprudence revêt pourtant de nombreux défauts, qui mettent en doute son bien-fondé et son opportunité.

¹ Reproduction de l'étude paru sur la *Revue Française de Droit Administratif*, n. 3/2011, p. 591- 599 - Rubrique Services Publics sous la direction de: Jean-François LACHAUME e Bertrand SEILLER .

² Docteur en droit public, Membre de l'IRENEE, Nancy-Université

Le 11 juillet 2001, la section du contentieux du Conseil d'État opérait, dans une décision *Société des eaux du Nord*, l'intégration du droit des clauses abusives à la légalité administrative³.

Cette révolution juridique était attendue car les relations qu'entretiennent les usagers avec les services publics industriels et commerciaux ne sont pas uniquement régies par le contrat de droit privé qui les unit. Les modalités de tarification ou de responsabilité du service sont souvent incluses dans un « règlement de service », établi unilatéralement par la collectivité publique, ou dans les clauses réglementaires du contrat de concession⁴. Les usagers des services publics industriels et commerciaux sont donc dans un statut mixte, à la fois contractuel et réglementaire.

Les juridictions judiciaires appliquaient déjà le droit de la consommation aux stipulations du contrat de droit privé⁵ passé entre l'utilisateur et le service public industriel et commercial⁶. Dans un souci de réalisme du droit économique, « qui commande que les pratiques d'entreprises soient assujetties de plein droit à toutes les règles applicables aux

³ CE, sect., 11 juill. 2001, *Société des eaux du Nord*, Lebon p. 348, concl. C. Bergeal ; AJDA 2001. 853, chron. Guyomar et Collin ; ibid. 893, note G. J. Guglielmi ; D. 2001. 2810, note J. Amar ; CJEG 2001. 496, concl. C. Bergeal ; BJCP 2001. 519, concl., note P. Terneyre ; RD publ. 2001. 1495, note G. Eckert ; JCP 2001. I. n° 368, p. 2249, obs. C. Boiteau.

⁴ Pour une illustration récente : CAA Paris, 17 mars 2009, *Commune de Puteaux*, n° 07PA01173: « Considérant que [...] la juridiction administrative est compétente, quelle que soit la nature du service délégué et des liens qui l'unissent aux tiers et usagers, pour se prononcer sur la légalité des clauses réglementaires d'un contrat de concession ou du règlement de service de ladite concession ».

⁵ CE 13 oct. 1961, *Établissements Campanon-Rey*, Lebon p. 567 ; AJDA 1962. 98, concl. Heumann, note A. de Laubadère ; CJEG 1963. 17, note A.C., D. 1962. 506, note Vergnaud.

⁶ Angers, 16 déc. 1987, *EDF c. Briant*, CJEG 1988. 178, note P. Sablière ; TGI Mâcon, 25 févr. 1991, CJEG 1991. 404, note L. Richer ; Gaz. Pal. 1991. 2. Somm. 515 ; Civ. 1re, 13 nov. 1996, Bull. civ. I, n° 399.

entreprises, quels que puissent être le procédé ou la forme utilisés »⁷, la jurisprudence *Société des eaux du Nord* a étendu ce contrôle au règlement de service. En l'espèce, l'usager d'un service des eaux avait engagé une instance devant le juge civil pour obtenir la condamnation du gestionnaire du service des eaux à réparer le dommage causé par la rupture de son branchement particulier. Cependant, cette responsabilité était exclue par l'article 12 du règlement du service de distribution d'eau, selon lequel « le client abonné aura à sa charge toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de l'existence de ces parties du branchement, sauf s'il apparaissait une faute du service des eaux ». Le Conseil d'État était saisi d'une question préjudicielle relative à la légalité de cette disposition. En visant « le code de la consommation et notamment son article L. 132-1 » et en reproduisant cet article dans les motifs de sa décision, il s'est prononcé sans ambiguïté pour l'application directe des dispositions consuméristes relatives aux clauses abusives. Un arrêt *Cainaud* du 29 juin 1994⁸ avait pu être interprété comme consacrant l'autonomisation du droit des clauses abusives⁹ mais il était difficile d'y voir un arrêt de principe¹⁰.

Contrairement à l'intégration du droit de la concurrence à la légalité administrative, la jurisprudence *Société des eaux du Nord* n'a pas soulevé d'importantes controverses. Certes, elle implique que l'usager de service public soit qualifié de

7 M. Bazex, note sous TA Nice, 28 avr. 2006, Jean-Marc Buti, CCC juill. 2006, p. 34.

⁸ CE 29 juin 1994, *Cainaud*, n° 128313, BJC 1994, n° 19, p. 519, concl. C. Bergeal.

⁹ J. Huet, La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur élimination : quel droit ? quels juges ? LPA 6 févr. 1998, n° 16, p. 7.

¹⁰ Certes, l'arrêt se réfère dans ses motifs, sans avoir visé le code de la consommation, au critère de l'« avantage excessif », consacré par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. Toutefois, l'absence de publication au recueil, et la rédaction de l'arrêt, délicate d'interprétation, font que la question de l'application du droit des clauses abusives par la jurisprudence administrative n'était pas réglée.

consommateur¹¹, car le champ d'application du droit des clauses abusives est circonscrit aux relations entre professionnels et consommateurs¹². Si les bénéficiaires des services publics étaient plus perçus comme des usagers que comme de simple consommateurs¹³, les deux notions n'ont jamais été perçues comme totalement antagonistes¹⁴. Dans la mesure où la qualification de l'utilisateur de service public en consommateur permet l'application de règles qui lui sont favorables, l'application du droit des clauses abusives s'est imposée sans heurts, même si certains commentateurs ont regretté le partage de compétence juridictionnelle¹⁵ ou le choix, par l'application directe, de ne pas autonomiser la matière¹⁶. L'intégration du droit des clauses abusives à la légalité administrative apparaissait comme « inéluctable » car s'inscrivant dans « la droite ligne de la jurisprudence administrative sur l'applicabilité du droit de la concurrence à l'organisation des services publics »¹⁷.

¹¹ V. J. Amar, De l'utilisateur au consommateur de service public, PUAM, 2001, préf. A. Ghozi ; H. Pauliat, « Usager, client, consommateur du service public industriel et commercial », in Services publics industriels et commerciaux, questions actuelles, LGDJ 2003, p. 81.

¹² Art. L. 132-1, al. 1er, C. consomm.: « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

¹³ V. P. Delvolvé, La question de l'application du droit de la consommation aux services publics, Dr. adm. oct. 1993, p. 3.

¹⁴ J. Chevallier, Les droits du consommateur usager des services publics, Dr. soc. 1975, p. 75.

¹⁵ V. J. Amar, De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics : à propos de l'arrêt Société des eaux du Nord rendu par le Conseil d'État le 11 juillet 2001, D. 2001. 2810.

¹⁶ V. A. Van Lang, Réflexions sur l'application du droit de la consommation par le juge administratif, RD publ. 2004. 1015.

¹⁷ Concl. Bergeal, préc., p. 501

Intervenant dans un contexte de concurrence entre les deux ordres de juridiction, « le Conseil d'État [pouvait] difficilement abandonner le rôle de juge protecteur des usagers du service public »¹⁸.

L'intégration du droit des clauses abusives à la légalité administrative semble désormais fermement établie. Elle ne concerne que peu d'affaires, les exemples se limitant quasiment exclusivement au service public de distribution d'eau, mais permet l'annulation de certaines dispositions de règlement de service, relatives notamment à l'exonération¹⁹ ou la limitation²⁰ de la responsabilité du gestionnaire du service. Par ailleurs, la jurisprudence *Société des eaux du Nord*, initialement circonscrite à l'examen d'une question préjudicielle, est désormais étendue au recours pour excès de pouvoir, les juridictions administratives inférieures admettant le caractère opérant du moyen tiré de la violation des dispositions de l'article L. 132-1²¹.

Alors que la jurisprudence *Société des eaux du Nord* fêtera bientôt ses dix ans, nous voulons pourtant montrer qu'elle n'est pas opportune. D'un côté, le réalisme dont elle se prévaut cause une atteinte certaine à l'intelligibilité des actes administratifs, car elle repose sur une assimilation partielle du règlement de service au contrat. De l'autre côté, au

¹⁸ A. Van Lang, op. cit., p. 1027.

¹⁹ TA Orléans, 20 déc. 2002, Vitteau c. Commune de Beaugency, n° R.G. 99- 1674; TA Nice, 28 avr. 2006, Jean-Marc Buti, BJCP n° 49, p. 438, concl. F. Dieu ; CCC juill. 2006, p. 34, note M. Bazex ; TA Amiens, 13 oct. 2008, Société d'assurances « GAN Assurances », n° 0802015.

²⁰ CE, sect., 11 juill. 2001, Société des eaux du Nord, préc. ; TA Orléans, 20 déc. 2002, Vitteau c. Commune de Beaugency, préc.

²¹ TA Orléans, 20 déc. 2002, Vitteau c. Commune de Beaugency, préc. ; CAA Nantes, 29 déc. 2005, Vitteau c. Commune de Beaugency, AJDA 2006. 1286, note J. Filiaire ; TA Nice, 28 avr. 2006, Jean-Marc Buti, préc. ; TA Nîmes, 30 juin 2010, Association des usagers de l'eau du Grand Avignon gardois, n° 0801875.

regard des modalités d'application du droit des clauses abusives par le juge administratif, le gain de protection pour l'utilisateur-consommateur apparaît très contestable.

1. LES FONDEMENTS DE LA JURISPRUDENCE SOCIÉTÉ DES EAUX DU NORD

Contrairement à l'article L. 410-1 du code de commerce, concernant le droit de la concurrence²², l'article L. 132-1 du code de la consommation ne précise pas explicitement qu'il s'applique aux personnes publiques. De plus, cet article énonce qu'il s'applique à des « contrats », ce qui exclut les règlements, qui sont des actes administratifs unilatéraux. La jurisprudence *Société des eaux du Nord* ne s'explique donc que par une assimilation du règlement au contrat, permettant l'applicabilité du droit des clauses abusives, mais une assimilation incomplète, la conservation du caractère réglementaire justifiant la compétence administrative.

1.1 La nature réglementaire de l'acte, fondement de la compétence administrative

Avant l'intervention de la jurisprudence *Société des eaux du Nord*, nombreuses étaient les décisions de juridictions judiciaires du fond qui ne déclinaient pas leur compétence et appréciaient la légalité des règlements de service au regard du droit des clauses abusives²³.

²² « Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».

²³ La requalification du règlement de service en contrat, bien qu'opérée par la plupart des juridictions civiles inférieures dans les années 1990, n'a pas été suivie systématiquement (v. par ex, Dijon, 2 juill. 1992, Société de distribution d'eau intercommunale c. UFC, RJDA 1993, n° 970: retient le caractère réglementaire du règlement de service).

Le plus souvent, le problème de compétence juridictionnelle n'était pas même envisagé par les juges civils. Ils appréciaient la légalité des dispositions litigieuses sans s'interroger au préalable sur leur nature éventuelle d'acte administratif unilatéral²⁴. Parfois, les tribunaux civils opéraient une véritable requalification du règlement de service en contrat, suivant une argumentation explicite visant à intégrer les dispositions réglementaires aux relations contractuelles. Les motifs d'une décision du tribunal d'instance de Grenoble sont à ce titre particulièrement explicites : « Attendu [...] que [la défenderesse] fait valoir dans ses conclusions qu'il est remis au client, lors de l'ouverture de son branchement, le règlement du Service des eaux approuvé par la délibération du Conseil municipal du 30 octobre 1989; qu'il y a donc lieu de considérer ce document comme matérialisant le contrat d'adhésion proposé au nouvel abonné »²⁵.

Cette conception correspondait à la doctrine exprimée alors par la Commission des clauses abusives dans sa recommandation 85-01 du 17 janvier 1985 relative aux contrats de distribution de l'eau²⁶ : « quel que soit le mode juridique de distribution, les relations entre l'utilisateur et le service chargé de la distribution d'eau, communément appelé "service des eaux", résultent d'un contrat d'abonnement appelé "règlement du service d'eau"; [...] ce contrat se trouve, du fait de sa nature même, soumis, en ce qui concerne l'ensemble de ses stipulations, au régime du droit privé ». De même, cette requalification du règlement de service en contrat pourrait s'appuyer sur une lecture extensive de l'article L. 132-1, alinéa

²⁴ Paris, 23 nov. 1993, SNCF c. M. X, n° R.G. 92/21697: appréciation par le juge civil de la légalité d'une clause du tarif général des voyageurs SNCF, lequel constitue pourtant un acte administratif réglementaire (CE 26 juin 1989, Association « Etudes et consommation CFDT ») ; Pau, 20 mai 2000, Régie municipale des eaux de Bayonne c. SAADEG, n° R.G. 98/00187, Juris-Data n° 113322: règlement du service des eaux ; Paris (8e ch.), 29 juin 2000, n° R.G. 1998/09533: règlement de service d'une piscine municipale ; TGI Narbonne, 8 oct. 1998, X. c. régie du Port de Leucate, n° R.G. 97-180: règlement de police d'un port de plaisance.

²⁵ TI Grenoble, 2 mars 1999, Société des eaux de Grenoble, n° R.G. 11-98-000049.

²⁶ BOCC, 17 janv. 1985.

4, du code de la consommation, selon lequel les dispositions du présent article « sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies ». Le règlement du service public apparaît, quant à son contenu, très proche des « conditions générales préétablies » d'un service privé.

Le raisonnement suivi par ces juridictions civiles revenait à considérer que des actes administratifs unilatéraux sont matériellement, en raison de leur contenu, des contrats de droit privé. Il constituait en quelque sorte le contrepied de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de clauses réglementaires, d'après laquelle les clauses du contrat d'exploitation du service public relatives à l'organisation même du service public ont un effet réglementaire à l'égard des usagers du service²⁷. Chaque ordre de juridiction invoquait une « attractivité » du contrat ou du règlement pour étendre sa propre compétence juridictionnelle.

La requalification judiciaire du règlement en contrat n'en restait pas moins totalement contraire à la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, selon laquelle le cahier des charges liant la personne publique au gestionnaire du service public transmet son caractère réglementaire aux clauses du contrat passé entre l'utilisateur et le service qui le reproduisent en partie XXVI. Les tentatives judiciaires de requalification du règlement de service en contrat ont été censurées par la Cour de cassation.

²⁷ En conséquence, les usagers, bien qu'étant tiers à ce contrat, peuvent invoquer l'illégalité des clauses réglementaires par voie d'exception (CE 21 déc. 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, Lebon p. 962, concl. Romieu ; S. 1907. 3. 33, note Hauriou ; CE, sect., 18 mars 1977, CCI de La Rochelle, Lebon p. 153, concl. Massot) et par voie d'action (CE, ass., 10 juill. 1996, Cayzele, Lebon p. 274, AJDA 1996. 372, chron. Chauvaux et Girardot, CJEG 1996, p. 382, note Terneyre, RFDA 1997. 89, note Delvolvé, JCP 1997. I. 4019, chron. J. Petit, Mélanges Guibal, p. 545, comm. J.-L. Mestre).

Dans un arrêt du 31 mai 1988, la première chambre civile a jugé que les tribunaux judiciaires ne peuvent, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, déclarer abusives les clauses réglementaires d'un cahier des charges type approuvé par décret et reprises dans un règlement du service des eaux²⁸. Cependant, la Cour de cassation, en affirmant qu'elle ne peut apprécier la légalité des dispositions du cahier des charges reprises dans le règlement de service d'eau, n'a pas délimité clairement le champ de son incompétence. En effet, certaines juridictions judiciaires ont interprété cette jurisprudence comme limitant leur incompétence à l'hypothèse dans laquelle les dispositions du règlement de service sont issues d'un décret²⁹. Cette question est tranchée dans un arrêt du 22 novembre 1994³⁰ : le caractère réglementaire d'un règlement de service n'est pas conditionné par le fait qu'il reprenne des dispositions décrétales. Visant la loi des 16 au 16 août 1790 et le principe de séparation des pouvoirs, la Cour de cassation annule le jugement du tribunal d'instance qui a apprécié la légalité d'un règlement du service de distribution d'eau au regard du droit de la consommation sans rechercher si cette disposition avait une nature réglementaire. Malgré cette mise au point, la position de la Cour de cassation reste, à la fin des années 1990, très difficilement suivie par les juridictions inférieures³¹. Elle est

²⁸ Civ. 1re, 31 mai 1988, Bull. civ. I, n° 161, p. 111, D. 1988. Somm. 406, obs. Aubert.

²⁹ TGI Mâcon, 25 févr. 1991, UFC de Saône et Loire c. Syndicat intercommunal des eaux de Mâcon, préc. : « seul l'examen des clauses insérées en vertu d'un cahier des charges type approuvé par décret relève des juridictions administratives. Par contre, l'examen des clauses figurant dans le règlement du service des eaux, liant les usagers et le gestionnaire du service, relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ».

³⁰ Civ. 1re, 22 nov. 1994, Bull. civ., I, n° 343, p. 247.

³¹ V. par ex., TI Juvisy-sur-Orge, 6 mars 1997, SA Compagnie générale des eaux, n° R.G. 11-96-01222 ; Pau, 20 mai 2000, préc.

contournée par la théorie de l'acte clair, par laquelle les juridictions du fond rejettent le « caractère sérieux » de la question préjudicielle³².

Finalement, c'est l'intervention du Conseil d'État, assurant que la compétence administrative ne signifierait plus l'inapplicabilité du droit des clauses abusives aux règlements, qui incite les juridictions civiles à respecter le principe de séparation, ce que montrent leurs décisions les plus récentes³³. Il faut noter toutefois que la juridiction civile n'est tenue de surseoir à statuer que si la réponse à la question préjudicielle est nécessaire à l'issue du procès³⁴. De manière tout à fait classique, la compétence juridictionnelle est donc administrative lorsqu'il faut procéder à l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, dans le cadre d'une exception d'illégalité soulevée lors de l'instance civile ou dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. La jurisprudence *Société des eaux du Nord* n'apporte aucune innovation quant aux critères de partage des compétences entre les deux ordres juridictionnels.

³² Montpellier, 15 mai 2001, M. X c. SA SAUR, Juris-Data n° 154157: à propos d'un règlement du service de l'assainissement renvoyant aux dispositions réglementaires issues des articles R. 326s. du code des communes dont le requérant soulève l'exception d'illégalité au regard de la directive 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

³³ Paris, 26 janv. 2007, SAS Dalkia France c. HLM Résidence le logement des fonctionnaires, n° R. G. 05/01781, Lamyline.fr : règlement du service du réseau de chauffage urbain ; Paris, 8 avr. 2009, SA Conseil et financement en informatique et autres c. SCS Compagnie des eaux de Paris, n° R.G. 04/47462, Lexbase : règlement du service des eaux.

³⁴ Montpellier, 4 sept. 2001, Commune de Leucate, Juris-Data n° 170748: la cour d'appel ne renvoie pas la question préjudicielle tirée de l'illégalité d'un règlement de police prévoyant l'irresponsabilité d'une commune dans la mesure où elle relève l'absence de faute de cette commune ; Civ. 1re, 20 nov. 2001, n° 99- 13.731, inédit : le défaut d'information à l'usager du système d'indexation des prix, prévu dans le contrat d'exploitation et le règlement du service des eaux, constitue une faute dans l'exécution contractuelle de bonne foi, sans qu'il soit besoin d'apprécier la légalité de ce règlement de service.

Les tentatives judiciaires de requalification du règlement de service en contrat étaient bien sûr contraires au principe de séparation des autorités administrative et judiciaire. Elles avaient néanmoins l'avantage de la cohérence, en ne faisant pas varier la nature de l'acte contrôlé selon qu'il s'agit de l'applicabilité du droit des clauses abusives ou de la compétence juridictionnelle. La jurisprudence du Conseil d'État n'a pas ce mérite. D'acte administratif unilatéral concernant la compétence juridictionnelle, le règlement de service devient contrat lorsque se pose la question de l'applicabilité du droit des clauses abusives.

1.2 La relation contractuelle, fondement de l'applicabilité

L'apport de la jurisprudence Société des eaux du Nord pourrait se résumer ainsi: le caractère réglementaire d'un acte justifie la compétence du juge, non l'inapplicabilité du droit de la consommation. Cependant, ce critère de compétence juridictionnelle ne permet pas de justifier l'applicabilité du droit des clauses abusives devant le juge administratif, dans la mesure où l'article L. 132-1 du code de la consommation s'applique uniquement aux contrats.

Paradoxalement, le juge administratif ne soumet pas les contrats administratifs, qui contiennent pourtant des « clauses », au droit des clauses abusives³⁵. La raison de l'inapplicabilité aux contrats administratifs ne résulte pas, bien entendu, de l'absence de relation contractuelle. Elle tient au champ d'application personnel du droit des clauses abusives, plus précisément au statut de professionnel des contractants de l'administration³⁶.

³⁵ V. J. Huet, La détermination des clauses abusives dans les contrats de service public et les moyens de leur élimination : quel droit ? quels juges ? art. préc. ; E. Delacour, « Délégation de service public et droit de la consommation. La question de l'applicabilité du régime des clauses abusives », Contrats Marchés publ., sept. 2001, p. 4; B. Dumeril, Délégations de service public et usagers: clauses abusives, une notion irrésistible, Le Moniteur, 2001, n° 5108, p. 120.

³⁶ Au-delà des règles propres au champ d'application du droit des clauses abusives, cette exclusion est sans doute souhaitable en raison de la contradiction latente entre clause abusive et clause exorbitante du droit commun. V. J.

D'après la jurisprudence du Conseil d'État, les titulaires d'un marché public sont des professionnels, qui ne peuvent se prévaloir de la protection offerte par le droit des clauses abusives³⁷. S'il est envisageable que la personne publique soit considérée comme consommateur ou non-professionnel, et bénéficie à ce titre de la protection consumériste³⁸, seule la jurisprudence judiciaire l'a pour l'instant reconnu, dans le cadre d'un litige portant sur un contrat de droit privé³⁹. Dans le cas du règlement de service, la difficulté ne provient pas tant de l'existence d'un rapport entre consommateur et professionnel que de la recherche de « clauses » dans un règlement administratif. L'application du droit des clauses abusives repose nécessairement sur l'assimilation du règlement au contrat. Aucune des décisions par lesquelles le juge administratif applique le droit des clauses abusives à un règlement n'explique pourquoi elle dépasse cette apparente contradiction. La lecture des conclusions de Catherine Bergeal montre la confusion sur laquelle repose l'intégration du droit des clauses abusives à la légalité administrative: « la question nouvelle que pose la requête de la Société des Eaux du Nord est celle de savoir si sont applicables aux contrats

Huet, art. préc.; M. Bazex, Clauses abusives et contrats de l'administration, note sous TA Nice, 28 avr. 2006, Jean-Marc Buti, CCC 2006. Comm. 145; G. Clamour, Personnes publiques et droit de la consommation, J.-Cl. adm., fasc. 150-10, spéc. n° 90 s.; contra, F. Linditch, « La protection en droit public », in C. Jamin et D. Mazeaud [dir.], Les clauses abusives entre professionnels, *Economica*, 1998, p. 78.

³⁷ CE 23 févr. 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics, n° 264712, Lebon p. 71; JCP adm. 2005. I. 190, note F. Linditch ; Contrats Marchés publ. 2005. Comm. 107, note G. Eckert ; AJDA 2005. 669, chron. F. Donnat et D. Casas, RLC 2005/4, n° 294, note G. Clamour : « Considérant [...] que les dispositions du code des marchés publics régissent la passation et l'exécution des marchés passés par les personnes publiques mentionnées à son article 2 avec des professionnels pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ; que, par suite, les organismes requérants ne peuvent utilement invoquer les dispositions précitées de l'article L. 132-1 du code de la consommation qui ne s'appliquent qu'aux relations entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur ».

³⁸ V. S. Perdu, Le juge administratif et la protection des consommateurs, AJDA 2004. 481, spéc. p. 488s.

³⁹ Versailles, 17 nov. 2006, Commune d'Attainville, R.G. n° 05/04455: litige à propos du contrat d'assurance passé par une commune. La cour d'appel juge que la commune peut se prévaloir de la qualité de consommateur.

conclus entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers, les dispositions du code de la consommation, qui prohibent “dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, les clauses abusives”⁴⁰. Or, dans cette affaire, le Conseil d’État n’est pas saisi du contrat passé entre l’usager et le service public industriel et commercial, qui relève du droit privé. Au contraire, la raison même de sa compétence repose sur la nature réglementaire de l’acte dont il doit apprécier la légalité. Le commissaire du gouvernement Frédéric Dieu relève cette contradiction: « les dispositions de l’article L. 132-1 du code de la consommation prévoient expressément, afin de pouvoir l’appliquer, l’existence d’un contrat et de parties à celui-ci [...]. L’application de ces dispositions au recours de M. Buti est donc loin d’être évidente, d’autant que le caractère abusif d’une clause s’apprécie au regard de l’économie générale du contrat qui la contient, appréciation en l’espèce impossible puisque vous êtes saisis, en excès de pouvoir, de la question de la légalité de dispositions réglementaires »⁴¹. L’assimilation du règlement au contrat comme justification de l’applicabilité du droit des clauses abusives est démontrée implicitement par les décisions refusant l’application du droit des clauses abusives. Lorsque les relations entre les administrés et l’administration naissent non d’un contrat mais d’un acte administratif individuel, le droit des clauses abusives est inapplicable, y compris à l’acte réglementaire. Ainsi, la Cour administrative d’appel de Bordeaux refuse d’appliquer le droit des clauses abusives à la délibération d’une collectivité établissant les conditions d’attribution d’une subvention⁴². De même, la Cour administrative d’appel de Marseille rejette l’applicabilité de l’art. L. 132-1 du code de la consommation à un règlement de police, dans le cadre d’une action intentée par le titulaire d’une autorisation unilatérale d’occupation du domaine public⁴³ : « Considérant, en premier lieu, que les autorisations

⁴⁰ Concl. préc., p. 496.

⁴¹ F. Dieu, concl. sur TA 28 avr. 2006, Jean-Marc Buti, BJCP n° 49, p. 438, spéc. p. 439.

⁴² CAA Bordeaux, 16 avr. 2008, Frédéric Viprey, n° 06BX01014.

⁴³ CAA Marseille, 28 juin 2004, SA CGU Courtage c. Commune de Cannes, n° 02MA00349: article de l’arrêté du maire de Cannes réglementant la foire de Noël, par lequel la ville décline toute responsabilité, notamment pour les

d'occupation du domaine public dont bénéficient les forains à l'occasion de la Foire de Noël à Cannes constituent des permis de stationnement accordés par décisions unilatérales du maire de Cannes, en vertu de ses pouvoirs de police du domaine public ; que, par suite et en tout état de cause, la société requérante ne peut utilement soutenir que l'article 12 de l'arrêté du 14 décembre 1992 par lequel le maire de Cannes a réglementé la Foire de Noël de 1992-1993, qui est de nature réglementaire et non contractuelle, serait contraire aux dispositions de l'article L.132-1 du code de la consommation ». Finalement, « une disposition réglementaire telle qu'un règlement de service d'eau ne peut être confrontée aux dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation que si elle a vocation à devenir une clause contractuelle. Dans le cas contraire, le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation ne peut qu'être inopérant »⁴⁴. Quitte à se prévaloir d'un certain réalisme, transgressant les catégories d'actes juridiques pour donner leur pleine application à des règles protégeant les consommateurs, il paraît regrettable que la jurisprudence Société des eaux du Nord se limite aux seuls règlements « contractuels ». Il est souvent écrit que seuls les services publics industriels et commerciaux, à l'exclusion des services publics administratifs, sont soumis au respect du droit des clauses abusives⁴⁵. Plus exactement, l'applicabilité ne dépend pas de la nature du service mais de l'existence de relations contractuelles entre l'utilisateur et le service. C'est dans la mesure où les usagers des services publics administratifs sont considérés comme étant dans une situation légale et réglementaire qu'ils ne bénéficient pas de la protection du droit des clauses abusives⁴⁶. Il en résulte que l'applicabilité du droit des clauses abusives à un service

dégâts que les installations foraines pourraient subir du fait d'événements extérieurs (attentats, intempéries, coups de mer, coups de vent, etc.), sauf en cas de faute lourde du maire dans l'exercice de ses pouvoirs de police.

⁴⁴ F. Dieu, concl. préc., p. 440.

⁴⁵ V. J. Amar, Plaidoyer en faveur de la soumission des services publics administratifs au droit de la consommation, CCC janv. 2002, p. 13.

⁴⁶ Le statut de professionnel du service public administratif pourrait également être discuté, mais il faut noter que la jurisprudence administrative a reconnu qu'un service public administratif pouvait constituer une activité

public peut dépendre, non de la nature du service public lui-même, mais du mode de gestion de ce service public. En effet, des prestations équivalentes seront ou non soumises au droit des clauses abusives selon qu'elles sont gérées en régie par l'État ou par des personnes privées. Tel est le cas du service public de l'enseignement. Les élèves de l'enseignement public n'étant pas liés par un contrat à l'Éducation nationale⁴⁷, ils ne bénéficient pas de l'application du droit des clauses abusives. Au contraire, les élèves de l'enseignement privé sont liés par contrat à leur établissement d'enseignement, ce qui permet aux tribunaux civils de vérifier que ces contrats ne contiennent pas de clauses abusives⁴⁸. Il y a donc une différence de traitement entre des usagers d'un même service public selon qu'il est géré par une personne privée ou en régie par l'État. La jurisprudence Société des eaux du Nord est ambivalente: le règlement de service est assimilé au contrat quant à l'applicabilité de l'article L. 132-1 du code de la consommation, mais conserve sa qualification de règlement pour déterminer l'ordre de juridiction compétent. Dans un souci de cohérence, il faudrait, soit que la nature réglementaire du règlement de service conduise à l'inapplicabilité du droit des clauses abusives, soit reconnaître sa nature contractuelle, ce qui commanderait la compétence juridictionnelle de l'ordre judiciaire. L'application du droit des clauses abusives par la jurisprudence administrative est d'ailleurs plus problématique que l'application du droit de la concurrence. En effet, le droit de la concurrence appréhende des pratiques (entente, abus de position dominante), dont la définition peut transcender les catégories d'actes juridiques : la qualification d'acte

économique (CE, ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, Lebon p. 272; BJCP 2006, p. 295, concl. Casas ; CJEG 2006. 430, concl. ; RFDA 2006. 1048, concl. ; AJDA 2006. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica ; JCP adm. 2006, n° 1133, note F. Linditch ; RLC 2006, p. 44, note G. Clamour ; Dr. adm. juill.-août 2006, n° 129, note M. Bazex).

⁴⁷ Cependant, les prestations moyennant une contrepartie financière, comme la demi-pension ou l'internat, donnent lieu à des contrats.

⁴⁸ Bordeaux, 4 nov. 1993, Boucharel, Lamyline.fr ; Civ. 1re, 2 avr. 2009, X. c. société École privée bilingue, n° 08-11.596, inédit.

administratif n'est pas exclusive de celle d'entente ou d'abus de position dominante. Au contraire, le droit des clauses abusives s'applique à une catégorie déterminée d'actes juridiques, les contrats. L'extension de son application aux règlements entre donc directement en contradiction avec son champ d'application. L'objectif poursuivi par l'intégration du droit des clauses abusives à la légalité administrative, c'est-à-dire la protection de l'utilisateur, pourrait justifier cette atteinte à l'intelligibilité des actes administratifs. Malheureusement, dans son application, la jurisprudence Société des eaux du Nord ne tient pas cette promesse.

2. L'APPLICATION DE LA JURISPRUDENCE *SOCIÉTÉ DES EAUX DU NORD*

L'application du droit des clauses abusives apparaît généreuse, dans la mesure où elle semble offrir « une nouvelle garantie »⁴⁹ à l'utilisateur de services publics. En dépit de cette apparence, le gain de protection est illusoire. Les décisions des juridictions administratives, peu nombreuses, n'ont pas réussi à convaincre que le juge administratif était un spécialiste du droit des clauses abusives. Elles n'échappent pas à un certain laconisme, et les recours objectifs dont est saisi le juge administratif s'adaptent mal à l'analyse *in concreto* que commande le droit des clauses abusives⁵⁰. Les contradictions inhérentes à l'application directe du droit des clauses abusives par le juge administratif vont à l'encontre de l'objectif poursuivi par cette législation. Ainsi, l'applicabilité du droit des clauses abusives se base sur l'existence d'une relation contractuelle, mais au stade de l'application de ces règles, le juge administratif relève le contexte particulier de service public dans lequel cette relation contractuelle se noue. Le service public vient alors limiter

⁴⁹ G. J. Guglielmi, note préc., p. 1500.

⁵⁰ En effet, le « déséquilibre significatif » s'apprécie au regard de la situation concrète du consommateur. La méthode de contrôle du juge administratif manque de souplesse. Sous l'apparence d'effectuer cette analyse concrète, le juge administratif s'en tient à un certain degré de généralité : il examine si le consommateur, en général, peut exercer les obligations qui lui sont demandées. Au contraire, les juridictions civiles ne s'attachent pas à la situation de tout consommateur mais à la position précise du requérant.

l'effet protecteur du droit des clauses abusives. Surtout, l'application directe du droit des clauses abusives ne permet pas d'approfondir le contrôle déjà opéré par le juge administratif sur les actes réglementaires.

2.1. Le service public, limité à l'application du droit des clauses abusives

Le raisonnement par lequel le commissaire du gouvernement Catherine Bergeal a convaincu la section du contentieux du Conseil d'État d'appliquer le droit des clauses abusives apparaît assez contradictoire.

Dans un premier temps, ses conclusions justifient l'application du droit des clauses abusives par l'identité de situation entre l'utilisateur et le consommateur: « il est des services publics qui assurent des prestations dans des conditions exactement similaires à celles d'une entreprise privée et dont l'utilisateur qui paie une somme équivalente au service se trouve bien dans la situation d'un consommateur. Il s'agit en particulier des services assurant la fourniture de biens comme l'électricité, le gaz et l'eau »⁵¹. Cependant, le Conseil d'État est invité dans un second temps à développer sa propre interprétation de la notion de clause abusive: « vous pourrez être amené dans ce contrôle à avoir de la notion de clause abusive une interprétation différente de celle du juge judiciaire, parce qu'il vous faudra concilier et combiner les exigences du code de la consommation avec celles du service public qui peuvent justifier pour les usagers certaines contraintes »⁵².

Les relations qui existent entre un service public et son usager ne correspondent pas à la relation type entre le professionnel et le consommateur idéalisée par le droit de la consommation. Il en résulte que le juge administratif prend en compte les besoins du service public dans l'appréciation du « déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ». Le fondement juridique de la prise en compte du service public

⁵¹ Concl. préc., CJEG 2001. 501.

⁵² Ibid.

repose sur une interprétation de l'article L. 132-1, alinéa 5, du code de la consommation, selon lequel « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat [...] ». Un considérant de principe de l'arrêt Société des eaux du Nord effectue une véritable réécriture de l'alinéa 5: « le caractère abusif d'une clause s'apprécie non seulement au regard de cette clause elle-même mais aussi compte tenu de l'ensemble des stipulations du contrat et, lorsque celui-ci a pour objet l'exécution d'un service public, des caractéristiques particulières de ce service »⁵³. Le fondement de la prise en compte du service public est ici différent de celui prévalant pour le droit de la concurrence⁵⁴ ou les autres dispositions consuméristes⁵⁵, parce qu'il repose sur l'application directe de la matière, non sur son autonomisation. Cette interprétation extensive de l'alinéa 5 est propre au juge administratif. Aucune décision émanant de juridictions civiles, qui connaissent pourtant de litiges impliquant des services publics industriels et commerciaux,

⁵³ CE, sect., 11 juill. 2001, Société des eaux du Nord, préc.

⁵⁴ CE, sect. 26 mars 1999, Société Eda, Lebon p. 96, concl. J.-H. Stahl ; AJDA 1999. 427, concl., note M. Bazex ; RFDA 1999. 977, note Pouyaud ; D. 2000. 204, note Markus ; RD publ. 2000. 353, obs. Guettier : « Considérant que s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1er décembre 1986 dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ; qu'il appartient alors au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application ».

⁵⁵ CE 13 mars 2002, Union Fédérale des Consommateurs, Lebon p. 94 ; BJCP 2002 n° 22, p. 230, concl. R. Schwartz ; AJDA 2002. 978, note Guglielmi et Koubi ; RFDA 2003. 772, étude C. Deffigier : dans l'application de l'article L. 122-1 du code de la consommation sur la vente liée, le Conseil d'État reprend la formulation du considérant de principe de la jurisprudence Société Eda : « il appartient au juge de l'excès de pouvoir [...] de s'assurer que ces tarifs ont été pris compte tenu de l'ensemble des règles applicables et qu'il en a été fait, en les combinant, une exacte application ».

ne fait apparaître cette prise en compte du contexte de service public dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause. À première vue, l'originalité de la méthode du juge administratif, bien qu'elle modifie la situation de l'utilisateur par rapport à celle du consommateur, ne semble pas le désavantager. Les caractéristiques du service public « pourront, dans certains cas, justifier le caractère déséquilibré d'un contrat, mais à l'inverse, dans certains autres, elles conduiront le juge administratif à se montrer plus sévère que le juge judiciaire dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause, compte tenu de la nature du cocontractant de l'utilisateur, prestataire d'un service essentiel en situation de monopole »⁵⁶. Dans l'arrêt Société des eaux du Nord, le Conseil d'État relève que les dispositions litigieuses s'insèrent « pour un service assuré en monopole, dans un contrat d'adhésion », sans être « justifiées par les caractéristiques de ce service public ». Le service public paraît donc aggraver le déséquilibre entre les parties par ses conditions d'organisation (monopole, contrat d'adhésion), qui empêchent la négociation entre l'utilisateur et le service. En réalité, les hypothèses dans lesquelles le service public aggrave le caractère abusif ne sont pas propres aux services publics. De nombreuses activités privées proposent des contrats d'adhésion et bénéficient d'un monopole. Le juge civil prend en compte ces paramètres dans des litiges purement privés, dans la mesure où ils font partie de l'économie générale du contrat. En revanche, seul le juge administratif considère que les nécessités du service public peuvent couvrir le déséquilibre significatif. Le contexte de service public justifie la présence de clauses abusives, car la relation de service public est déséquilibrée par nature. La prééminence de la défense de l'intérêt général justifie qu'il y ait parfois déséquilibre entre les droits et les obligations respectifs du service public et de l'utilisateur. Il en résulte que l'utilisateur est moins bien protégé que le consommateur. La disposition d'un règlement de service, bien qu'elle introduise un déséquilibre significatif, peut donc ne pas

⁵⁶ G. J. Guglielmi, note préc., p. 853.

être jugée abusive⁵⁷. Premièrement, le déséquilibre significatif peut être justifié par l'exigence d'adaptation du service. Ainsi, le tribunal administratif d'Orléans refuse d'annuler l'article du règlement du service des eaux renvoyant à la faculté de modification unilatérale du règlement du service d'eau par le conseil municipal. Le tribunal administratif considère qu'« eu égard à la nature du service public de distribution de l'eau, il n'est pas en soi abusif de prévoir que l'abonné soit soumis à des clauses réglementaires susceptibles de garantir la continuité et l'adaptation du service »⁵⁸. En effet, la modification unilatérale des conditions d'organisation du service public est une prérogative traditionnelle de la collectivité publique en charge d'un service public⁵⁹. Deuxièmement, le caractère abusif peut également être couvert par la continuité du service, la bonne marche du service. N'a pas été jugé abusif l'article d'un règlement de service permettant au service des eaux d'exiger le paiement intégral de l'abonnement lorsque l'abonné, dans une période de moins d'une année, sollicite la cessation de son abonnement puis la réouverture du branchement et la réinstallation du compteur, car il « vise à garantir le service de demandes répétitives et abusives »⁶⁰. De la même manière, l'article permettant au service des eaux de refuser l'ouverture d'un branchement si les installations intérieures sont susceptibles de nuire au fonctionnement normal de la distribution publique a « pour objet de garantir la qualité et la continuité du service »⁶¹ et ne présente donc pas un caractère abusif. Enfin, une décision récente du tribunal administratif de Nîmes étend cette logique à l'équilibre financier du

⁵⁷ Les décisions du juge administratif relèvent explicitement l'existence du déséquilibre significatif lorsque la disposition est jugée abusive. A l'inverse, elles n'énoncent pas qu'il n'y a pas déséquilibre significatif, lorsque le service public couvre le caractère abusif.

⁵⁸ TA Orléans, 20 déc. 2002, Vitteau c. Commune de Beaugency, préc.

⁵⁹ CE 2 févr. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Lebon p. 33, RD publ. 1984. 212, note J.-M. Auby ; RFDA 1984. 45, note Llorens.

⁶⁰ TA Orléans, 20 déc. 2002, Vitteau c. Commune de Beaugency, préc.

⁶¹ CAA Nantes, 29 déc. 2005, Vitteau c. Commune de Beaugency, préc.

service public en jugeant que les sanctions prévues par le règlement de service en cas d'impayés (fermeture du branchement et paiement de frais de fermeture) « ne présentent, par elles-mêmes, un caractère abusif, dès lors qu'elles sont justifiées par la nécessité de sauvegarder l'équilibre financier du service public de distribution de l'eau »⁶². La prise en compte des particularités du service public, si ce n'est quant à son fondement juridique, n'est pas critiquable en soi, mais elle réduit la protection de l'utilisateur et l'intérêt même d'appliquer le droit des clauses abusives. L'application du droit des clauses abusives aux services publics, censée rapprocher l'utilisateur du consommateur, constitue finalement un révélateur de leurs différences. La faiblesse de la jurisprudence Société des eaux du Nord est encore renforcée au regard des autres moyens de droit qui permettraient de protéger l'utilisateur.

2.2 L'inutilité de l'application directe du droit des clauses abusives

Toute utilisation du droit des clauses abusives n'est pas inutile. L'opposabilité de ces règles, consacrée par la jurisprudence *Société Dodin*⁶³, permet de résoudre certaines difficultés, sans avoir les défauts de l'application directe. Il ne s'agit pas de contrôler si l'acte administratif constitue directement une clause abusive, mais de vérifier que cet acte n'a pas pour effet nécessaire de placer ses destinataires en situation de violer le droit de la consommation⁶⁴. Or, pour la Cour de cassation, conformément à la directive communautaire du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec

⁶² TA Nîmes, 30 juin 2010, Association des usagers de l'eau du Grand Avignon gardois, préc.

⁶³ CE 6 juill. 2005, Société Dodin et société Demathieu et Bard, Lebon p. 309, JCP 2005. II. 2065, concl. F. Donnat : contrôle du décret approuvant le contrat type relatif aux transports publics routiers de marchandises.

⁶⁴ Une démarche identique est suivie pour le droit de la concurrence : CE, sect., 3 nov. 1997, Société Million et Marais, Lebon p. 406, concl. J.-H. Stahl ; RD publ. 1998. 256, note Y. Gaudemet ; AJDA 1998. 247, note O. Guezou.

les consommateurs⁶⁵, les clauses types issues d'un règlement sont exclues du contrôle des clauses abusives⁶⁶. La jurisprudence *Société Dodin* est donc opportune, car elle permet de contrôler des décrets instaurant des clauses types, qui sont normalement soustraits au droit des clauses abusives⁶⁷. L'application directe du droit des clauses abusives par le juge administratif ne revêt pas la même utilité que son opposabilité. Le commissaire du gouvernement Frédéric Dieu estime que « considérer le moyen [tiré de la violation de l'article L. 132-1 du code de la consommation] comme inopérant reviendrait à placer le justiciable devant un quasi-déni de justice puisque le juge judiciaire est incompétent pour se prononcer sur la légalité de dispositions de nature réglementaire »⁶⁸. Cet argument n'emporte pas la conviction, car l'application du droit des clauses abusives n'est pas forcément nécessaire pour annuler les dispositions réglementaires en cause. La recherche du déséquilibre significatif entre dans une logique contractuelle. Cependant, dans le cadre de la jurisprudence *Société des eaux du Nord*, le juge administratif n'intervient pas en tant que juge d'un contrat, mais comme juge de la légalité d'un acte administratif réglementaire.

⁶⁵ Art. 1-2 : « Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des dispositions ou principes des conventions internationales, dont les États membres ou la communauté sont partis, notamment dans le domaine des transports, ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive ».

⁶⁶ Civ. 2e, 21 oct. 2004, n° 03-15.478, inédit : « Ne peut constituer une clause abusive ou illicite la clause figurant dans un contrat d'assurance conforme à une clause type dont l'usage était expressément autorisé par un arrêté en vigueur au moment où ledit contrat a été conclu et a produit ses effets ».

⁶⁷ Toutefois, l'annulation ainsi effectuée par le juge administratif peut s'avérer insuffisante à protéger l'utilisateur. La Cour de cassation juge que « la déclaration d'illégalité par la juridiction administrative d'une clause type réglementaire [issue de l'arrêté interministériel du 27 juin 1980, pris en application de l'art. L. 667 CSP [...] ne saurait, sans porter atteinte aux principes de respect des droits acquis et de sécurité juridique, priver rétroactivement d'efficacité la clause qui en est la reproduction, figurant dans un contrat passé et exécuté avant que le juge administratif ne déclare illégal l'arrêté sur la base duquel elle avait été stipulée » (Civ. 2e, 21 oct. 2004, préc.).

⁶⁸ F. Dieu, concl. préc., p. 439.

Or le contrôle de l'unilatéralisme permet d'aboutir à l'annulation des dispositions litigieuses des règlements de service. D'un côté, le contrat, en tant qu'accord de volonté, constitue la loi des parties. Il donne une grande liberté dans la détermination des engagements contractuels. De l'autre côté, l'administration ne saurait se soustraire de ses obligations légales par un règlement, car cet acte constitue un procédé unilatéral. Dans sa thèse, François Bérroujon a présenté l'application du droit des clauses abusives aux services publics comme étant « un complément relatif à la protection contre le détournement de pouvoir »⁶⁹. En effet, le détournement de pouvoir concrétise l'utilisation par l'autorité administrative du pouvoir d'organisation du service public dans un but autre que celui pour lequel il lui a été conféré. Il se rapproche donc du concept de clause abusive, laquelle est stipulée dans l'intérêt exclusif du professionnel. Plus que le contrôle du but de l'acte, toujours délicat à mettre en œuvre, nous pensons que le contrôle de la violation de la loi, sans faire application directe de l'article L. 132-1 du code de la consommation, suffit à protéger les usagers. Certaines dispositions des règlements de service aujourd'hui annulées sur le fondement du code de la consommation pourraient l'être sur le fondement de législations particulières. L'utilisateur doit se soumettre à des normes édictées unilatéralement par l'organisme qui assure le fonctionnement du service, mais ces normes réglementaires doivent elles-mêmes respecter les normes supérieures, notamment législatives. L'article L. 210-1, alinéa 2, du code de l'environnement consacre un « droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous ». L'interprétation de cette norme de valeur législative pourrait permettre de fonder l'annulation des dispositions réglementaires relatives aux conditions d'accès au service d'eau potable. Le service public de distribution d'eau potable est également régi par les articles L. 2224-12 et suivants du code général des collectivités territoriales. Ces textes permettent de fonder des annulations. Par exemple, l'article d'un règlement de service des eaux imposant la garantie du locataire par le propriétaire, annulé par le tribunal administratif d'Orléans comme revêtant un

⁶⁹ F. Bérroujon, L'application du droit de la consommation aux gestionnaires des services publics. Éléments de réflexion sur l'évolution du droit des services publics, thèse Grenoble II, 2005, p. 374.

caractère abusif⁷⁰, est contraire à l'article L. 2224-12-3, alinéa 2, du code général des collectivités territoriales, selon lequel « pour les abonnés domestiques, les demandes de caution ou de versement d'un dépôt de garantie sont interdites ». De manière plus générale, les principes traditionnels dégagés par la jurisprudence du Conseil d'État sont aussi efficaces que l'application du droit des clauses abusives. Le contrôle des règlements de service gagnerait à s'inspirer du contrôle des règlements de police plutôt que de celui des clauses abusives. Le règlement de service peut prévoir des sanctions à l'encontre de l'utilisateur lorsque ce dernier a méconnu ses obligations. Dans le cadre d'un service public industriel et commercial, la contestation de la décision individuelle de sanction relève du contrôle du juge judiciaire. Cependant, lorsque le requérant conteste la base juridique de cette sanction, c'est-à-dire le règlement de service, il soulève une exception d'illégalité qui doit être portée devant le juge administratif. Le tribunal administratif de Nîmes annule ainsi l'article du règlement de service des eaux relatif aux sanctions prévues en cas d'impayé par l'utilisateur: « Considérant [...] qu'un tel cumul de mesures pécuniaires, qui a le caractère d'une sanction disproportionnée aux conséquences, pour l'équilibre financier du service affermé, de l'absence de paiement reproché à l'utilisateur, a pour effet de créer un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties »⁷¹. La rédaction de ce considérant montre que la recherche du déséquilibre significatif se surajoute au contrôle de la proportionnalité des sanctions prononcées par le service public. La jurisprudence administrative effectuée depuis longtemps un contrôle de proportionnalité des règlements de police⁷², il n'était pas nécessaire d'appliquer le code de la consommation pour contrôler la proportionnalité de la sanction prévue par un règlement de service. La majeure partie des annulations prononcées sur le fondement du droit des clauses abusives est relative aux dispositions du règlement de service limitatrices ou exonératoires de responsabilité. Or il n'y a pas besoin d'appliquer le

⁷⁰ TA Orléans, 20 déc. 2002, Vitteau c. Commune de Beaugency, préc.

⁷¹ TA Nîmes, 30 juin 2010, Association des usagers de l'eau du Grand Avignon gardois, préc.

⁷² CE 19 mai 1933, Benjamin, Lebon p. 541, S. 1934. 3. 1, concl. Michel, note Mestre, D. 1933. 354, concl.

code de la consommation pour annuler ces dispositions. Sous couvert d'organiser le service public, la personne publique ne peut ménager sa propre responsabilité ou celle de son cocontractant qui exploite le service public. Ainsi, le Conseil d'État annule la délibération d'Aéroports de Paris fixant les conditions d'utilisation des installations des aéroports par les entreprises en ce qu'elle contient une disposition qui exclut l'engagement de la responsabilité de l'établissement public⁷³ : « Considérant que [...] s'il appartient au conseil d'administration d'Aéroports de Paris, sur le fondement de ces dispositions, de fixer les conditions d'utilisation des installations des aéroports par les entreprises autorisées à exploiter des services d'assistance en escale, il ne saurait légalement décider de façon unilatérale que la responsabilité d'Aéroports de Paris ne pourra jamais être recherchée en cas de dommages causés à des tiers par ou à l'occasion de l'exercice desdites activités en escale »⁷⁴. Le Conseil d'État censure ici l'exonération de responsabilité insérée dans un règlement de police administrative, pour lequel le droit des clauses abusives n'est de toute façon pas applicable mais cette solution est transposable aux règlements du service public. Même si, comme le rappelle la décision Société des eaux du Nord, l'utilisateur du service public industriel et commercial « ne peut, en cas de dommage subi par lui à l'occasion de la fourniture [...], exercer d'autre action contre son cocontractant que celle qui procède du contrat », l'administration ne saurait limiter sa responsabilité contractuelle par acte unilatéral. La solution proposée s'avère même plus protectrice que l'application du droit des clauses abusives. Ce dernier ne s'oppose pas aux clauses limitatives de responsabilité, si elles ne créent pas de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. A l'inverse, toute soustraction unilatérale à ses obligations de responsabilité par l'administration constitue une violation de la loi. L'utilisation des techniques classiques de contrôle des règlements de police suffisait donc à protéger les administrés, en permettant l'annulation des dispositions litigieuses des règlements de service. Le Conseil d'État a

⁷³ CE 5 juin 2002, Compagnie Air France et autres, n° 218390, Lebon T. p. 945, Lexbase hebdo, éd. Affaires, 2002, n° 32, note V. Corneloup.

⁷⁴ C'est nous qui soulignons.

choisi une autre voie, mais l'application directe du droit des clauses abusives présente de nombreux inconvénients. En conclusion, nous pensons que la jurisprudence Société des eaux du Nord répond plus à une mode – la prééminence supposée du droit du marché⁷⁵ – qu'à une véritable nécessité juridique. Sans véritablement améliorer la protection de l'utilisateur, l'application directe du droit des clauses abusives présente les désavantages du réalisme économique: elle néglige les catégories d'actes juridiques – en confondant acte unilatéral et contrat – tout en imposant une nouvelle distinction, au sein des actes réglementaires, entre les règlements de service (ainsi que les clauses réglementaires des contrats de concession) et les autres règlements. Par surcroît, le réalisme économique dont se prévaut cette jurisprudence est inachevé. L'application directe du droit des clauses abusives ne concerne, en raison de son champ d'application limité à l'existence de relations contractuelles, que les services publics industriels et commerciaux. Cette différence de traitement entre les usagers des services publics industriels et commerciaux et ceux des services publics administratifs ne se justifie pas du point de vue de l'analyse économique, qui préfère la distinction entre les services marchands et les services non marchands. La jurisprudence du Conseil d'État reconnaît d'ailleurs qu'un service public administratif peut constituer une activité économique⁷⁶. De plus, la jurisprudence Société des eaux du Nord, parce qu'elle vise à protéger la compétence juridictionnelle de l'ordre administratif, conserve les désavantages du dualisme juridictionnel. Outre la complexité de la procédure liée au mécanisme de la question préjudicielle, des divergences sont possibles dans l'interprétation du code de la consommation. Ainsi, la Cour de cassation a restreint le champ du droit des clauses abusives aux seuls actes qui, par leur finalité, sont extérieurs à l'activité professionnelle du requérant⁷⁷. Le Conseil d'État a retenu une conception plus

⁷⁵ V. B. Quiriny, Les droits de l'utilisateur face aux droits du marché, RFDA 2008. 20.

⁷⁶ CE, ass., 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, préc.

⁷⁷ Civ. 1re, 24 janv. 1995, n° 92-18.227, Bull. inf. C. cass. 15 mars 1995, D. 1995, I.R., p. 47, D. 1995, jur., p. 327, note G. Paisant.

extensive de la notion de consommateur, appréciée en fonction de la compétence et de l'expérience du contractant⁷⁸. Les solutions propres au droit administratif permettent de protéger l'usager du service public. Même lorsque les besoins pratiques nécessitent l'utilisation de règles issues du droit privé, la technique de l'autonomisation devrait toujours être privilégiée, sauf à renoncer à toute justification du dualisme juridictionnel tirée de la spécificité des règles du droit public.

⁷⁸ Le commissaire du gouvernement Catherine Bergeal estime « qu'il importe peu que la société Damart soit une entreprise commerciale et non un particulier, dès lors qu'elle contracte pour les besoins de ses fournitures en eau, contrat qui ne correspond en rien à son activité professionnelle ». Cependant, un jugement du tribunal administratif de Lyon adopte la définition stricte du consommateur prônée par la Cour de cassation (TA Lyon, 3 nov. 2005, M. et Mme Paul Verriere, n° 0401842: la société requérante, qui loue un immeuble appartenant au domaine privé de la communauté urbaine de Lyon pour les besoins de son entreprise de plomberie, ne peut être qualifiée de consommateur « dès lors que la location de l'immeuble sis rue Henri Maréchal à Saint-Priest pour usage professionnel a un rapport direct avec l'activité professionnelle qu'elle exerce »).