

L'avenir du modèle français de droit public en Europe

**Colloque organisé par la chaire Mutations de l'action et du droit public de Sciences Po
Sous le patronage du Conseil d'Etat
Avec le soutien de la Mission de recherche droit et justice**

Vendredi 11 mars 2011

**Propos introductif par
Jean-Marc Sauvé¹
Vice-président du Conseil d'Etat**

Réfléchir aux interactions entre le droit européen et le droit public français est une démarche qui, à certains égards, n'est pas étrangère à celle à laquelle invitait l'inscription gravée au frontispice du temple de Delphes : « Connais-toi toi-même et tu connaîtras l'univers et les dieux ». Par un glissement logique qui ne pose guère question tant il paraît naturel, c'est dans une somme juridique consacrée à l'influence du droit européen sur les catégories du droit public que ce colloque, qui entend réfléchir à l'avenir du modèle français de droit public en Europe, trouve son origine et cette somme invite le juriste français de droit public à un salutaire retour sur soi.

Le droit européen, qu'il s'agisse du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou du droit que l'on nomme aujourd'hui « droit de l'Union », a pu être regardé – et l'est encore par plusieurs auteurs- comme un facteur de perturbation du droit public français, voire même de déstabilisation ou de déstructuration.

Mais s'il est, je le crois, une influence fondamentale du droit européen sur notre droit public, à côté des modifications et des évolutions « sectorielles » qu'il induit dans les différents domaines qui composent notre droit public, c'est qu'il nous invite à nous connaître nous-mêmes, autrement dit à identifier ce qui fait la spécificité de notre modèle et même, plus encore, à le faire évoluer. Ce faisant, le droit européen nous conduit, selon une dialectique que n'auraient pas reniée les philosophes des Lumières, non seulement à « rechercher la connaissance des fondements réels »² du modèle français de droit public, mais aussi à l'enrichir, en renforçant sa pertinence et, sans doute, en identifiant ce qui fait sa

¹ Texte écrit en collaboration avec M. Timothée Paris, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du Vice-président du Conseil d'Etat.

² La recherche de l'état de nature est, pour Rousseau, l'un « des seuls moyens qui nous restent de lever une multitude de difficultés qui nous dérobent la connaissance des fondements réels de la société humaine ». Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Marc Michel Rey, Amsterdam, 1755, préface p. LIX.

permanence.

Il est donc essentiel de dépasser les craintes –même si certaines peuvent être légitimes- suscitées par cette « étonnante complexité » que le droit européen semble créer et, à présent, non plus seulement de tenter de déchiffrer « les recettes des ordonnancements à venir »³, mais bien de prendre la mesure de ces derniers et de construire l’avenir.

De fait, le droit européen, par ses modes de formation et les valeurs qu’il recèle, agit comme un révélateur de la cohérence historique et culturelle du modèle français de droit public (I).

Il enrichit et affermit, ce faisant, l’écho universel des principales composantes de ce modèle (II).

I. Le droit européen, par ses modes de formation et les valeurs qu’il recèle, agit comme un révélateur de la cohérence historique et culturelle du modèle français de droit public.

Le droit issu de la Convention européenne des droits de l’homme et le droit de l’Union ont en commun d’être des systèmes juridiques partagés par plusieurs cultures juridiques nationales différentes. S’ils forment, chacun de leur côté et de plus en plus ensemble, un continuum, et s’ils reposent sur une cohérence interne du fait de leurs objectifs et de leurs valeurs, ils n’en restent pas moins des droits de formation récente, certes ancrés dans l’héritage et l’humanisme européen, mais détachés de chaque tradition nationale. De ce fait, le dialogue qu’entretiennent les systèmes juridiques nationaux avec le droit européen n’est guère éloigné de celui qu’entretint un jour un célèbre Huron avec le Palais-Royal : il agit comme un révélateur de nos propres systèmes ; de leurs faiblesses sans doute, mais aussi de leur cohérence interne et de leurs atouts.

Du point de vue de la culture juridique, mais aussi historique et sociale, dont je suis un représentant, le droit de la Convention européenne des droits de l’homme et le droit de l’Union ont aussi en commun d’être fondés sur une valeur qui, à bien des égards, agit elle aussi comme un révélateur de notre modèle : je parle du primat –non exempt d’une certaine radicalité- qu’accordent ces deux systèmes juridiques aux droits de la personne. Celui-ci s’exprime de manière évidente dans l’objet même de la Convention européenne des droits de l’homme, qui est d’imposer aux Etats des obligations d’abstention et des obligations d’action dans le but de protéger les droits fondamentaux des personnes. Dans la construction des Communautés puis de l’Union européenne, ce primat des droits de l’individu s’exprime par le caractère central des quatre grandes libertés dites économiques et des règles de la concurrence, qui procèdent d’une conception des rapports sociaux éminemment centrée sur la prééminence du libre jeu des acteurs individuels. Celle-ci, à l’évidence, met en relief le postulat en grande partie inverse qui fonde le modèle français de droit public.

La grande cohérence qui est le propre de notre modèle et qui participe aussi de son idiosyncrasie, s’incarne de la manière la plus évidente dans le fait que l’existence même d’un droit public est une clef sans laquelle l’ensemble du système juridique et même politico-administratif français ne peut être compris. De fait, la dichotomie droit public/droit privé est

³ « Derrière l’étonnante complexité, se lisent, si l’on y regarde bien, les recettes des ordonnancements à venir ». J.-B. Auby, *La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, AJDA 2001, p. 912.

une constante qui trouve une expression à tous les niveaux de la sphère juridique et la structure profondément : qu'il s'agisse des règles applicables, de l'organisation juridictionnelle ou encore de l'enseignement... Plus encore, bien que pas toujours de manière consciente, le droit public ou, à tout le moins, la sphère publique, occupe une place très forte dans l'imaginaire social et les représentations collectives. Pour ne citer que ces exemples parmi de nombreux autres, l'on peut penser au roman de Balzac, *Les Employés ou la Femme supérieure*, à la figure du hussard noir de la République, à la « maison qui rend fou » dans laquelle Astérix doit obtenir le laissez-passer A38, mais aussi à l'importance symbolique et peut-être même quantitative des grèves et des manifestations du secteur public...

Cette particularité du modèle français de droit public est liée à une dimension historique et culturelle propre à notre pays. Autrement dit, à une « spécificité française » dont l'origine se situe, ainsi que l'a analysé Pierre Rosanvallon, dans un processus particulièrement précoce de concentration des pouvoirs et de laïcisation du politique⁴, en opposition à la diffusion de ces pouvoirs et à la confusion du temporel et du spirituel qui caractérisait le Saint Empire romain germanique. L'émergence du gallicanisme dès Philippe-Auguste⁵, les premiers ferments de la distinction entre la personne du roi et le pouvoir royal dans la pensée de Suger, l'abbé de Saint-Denis, dès le XII^{ème} siècle, ou encore la conceptualisation de la souveraineté par Bodin, comme « fondement principal de toute République »⁶, sont assurément des étapes, sinon fondatrices, du moins déterminantes de ce processus.

En France, l'Etat a par conséquent précédé la Nation et a été d'une certaine manière sa matrice. En d'autres termes, cette évolution historique, que la Révolution française et la construction de l'Etat moderne n'ont pas remise en cause, voire ont même accentuée, a conduit l'Etat, dans notre pays, à être l'« agent central de mise en forme du contrat social »⁷.

Cette dimension historique et culturelle est au cœur du modèle français de droit public.

Celui-ci se définit en effet, je le crois, par trois traits caractéristiques qui découlent de la structuration forte de la société française autour du rôle de la puissance publique, traits que l'influence du droit européen voire même, plus largement, de la globalisation du droit, met en évidence par un jeu de miroirs affrontés -selon l'expression chère au professeur Auby- qui, d'une image inversée nous renvoie à notre propre réalité.

A.- Le premier de ces traits est l'inclusion dans la sphère publique et, dans le même temps, dans le champ du droit public, de valeurs et de principes fondateurs de l'organisation politique et sociale de notre pays.

⁴ Voir sur ce point, P. Rosanvallon, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Editions du Seuil, coll. Points Histoire, Paris, 1990, en particulier les « réflexions finales », pp. 271 et sq.

⁵ Voir à cet égard, 230 ans avant la Pragmatique Sanction de Bourges promulguée par le roi Charles VII, qui fut l'acte fondateur du gallicanisme, le refus opposé en 1208 par le roi Philippe Auguste au pape Innocent III de partir en croisade contre les Albigeois. *Recueil des Actes de Philippe Auguste*, Delaborde T. III 1021, cité in *La croisade albigeoise, présenté par Monique Zerner-Chardavoine*. Collection archives Gallimard-Julliard, 1979.

⁶ Voir sur ce point Bodin, *Les six livres de la République*, en particulier le chapitre IX du livre I, « De la souveraineté », Georgy éditeur, Widerstein, 1578, pp. 188 et sq. Bodin y décrit notamment la souveraineté comme « la puissance absolue et perpétuelle d'une République ».

⁷ P. Rosanvallon, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, éditions du Seuil, Paris, 1990, p. 278.

L'un des points de tension qui a marqué l'influence du droit européen - essentiellement du droit de l'Union- sur le droit public interne est la différence de perception, voire de nature, qui existe, dans chacun de ces deux systèmes juridiques, entre des concepts et des notions juridiques formellement similaires ou identiques et la signification ou la portée de ces concepts et notions. Cette tension a néanmoins permis de (re)mettre en évidence que les concepts juridiques fondateurs du droit public français ne sont pas seulement des notions juridiques fonctionnelles, mais sont aussi des valeurs fondatrices de la construction politique et sociale française.

1.- Par sa place et sa définition, la conception volontariste de l'intérêt général qui est au cœur du modèle français de droit public en est une illustration.

Il n'est sans doute pas nécessaire de revenir sur la place centrale qu'occupe cette notion dans la construction du droit public français : elle a été analysée et mise en évidence par le rapport du Conseil d'Etat de 1999. Bien que cette notion soit en apparence relativement peu utilisée *in concreto* par le législateur et le juge administratif, elle irrigue en réalité tout le droit public français, qu'il soit administratif ou constitutionnel. De fait, la conception volontariste de l'intérêt général issue de la pensée de Rousseau se trouve « non seulement à la base des grandes constructions jurisprudentielles publiques, mais [aussi] au fondement de nombreuses constructions législatives spécifiques, qui confirment l'attribution, au profit de l'administration, d'importantes prérogatives de puissance publique »⁸. Fondamentalement, c'est bien cette conception de l'intérêt général qui donne sa légitimité et fonde l'existence de prérogatives et de sujétions exorbitantes du droit commun, c'est-à-dire du droit public.

A la différence du caractère essentiellement fonctionnel de la notion d'intérêt général en droit de l'Union, cette même notion en droit public français, du fait de sa construction historique et de la place qu'elle occupe, est à la fois un concept juridique, mais aussi le pilier d'une vision philosophique de l'organisation politique et sociale. Découlant de l'idée de volonté générale sur laquelle s'est en grande partie forgée la construction de la Nation durant la période révolutionnaire, cette notion est en effet, non seulement un concept fondateur du droit public, mais aussi « une notion centrale de la pensée politique »⁹.

2.- La notion de « libertés publiques », par comparaison avec celle de « droits fondamentaux », illustre également l'incorporation dans la sphère publique de valeurs fondatrices de la construction politique et sociale française.

L'assimilation complète ou quasi-complète, aujourd'hui, entre les « libertés publiques » et les « droits fondamentaux » masque en effet une différence de conception originelle entre ces deux notions.

Les droits fondamentaux se sont construits, certes comme des valeurs qui relèvent de la sphère publique, mais d'une sphère publique supérieure, presque abstraite, qui procède de cet absolu que constitue la dignité humaine dans la pensée kantienne et qui relie chaque être humain, du fait de sa nature même, à l'humanité dans son ensemble. Si l'on ajoute à cette analyse le fait que l'émergence des droits fondamentaux dans le droit positif est indissociablement liée aux événements tragiques qui ont marqué le XXème siècle, la

⁸ Conseil d'Etat, *Réflexions sur l'intérêt général*, rapport public 1999, EDCE n° 50, La documentation française, Paris, 1999.

⁹ *Idem*.

dynamique qui a donné naissance à l'idée de droit fondamental est essentiellement celle d'une opposition à l'Etat ou, du moins, aux pouvoirs publics – expliquant par là même la valeur supra-législative, constitutionnelle ou conventionnelle, des droits fondamentaux.

La Déclaration d'indépendance des Etats-Unis d'Amérique qui, après avoir proclamé les droits naturels de l'homme, rappelle que le peuple a le droit d'abolir toute forme de gouvernement qui détruirait ces droits, procède de cette dynamique qui place les droits fondamentaux de l'individu au-dessus de la sphère publique ou qui, à tout le moins, justifient la possibilité pour les peuples de restreindre ou de contraindre l'action des pouvoirs publics¹⁰. L'arrêt *Lüth* de la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe (1958), qui définit les droits fondamentaux comme « les droits des citoyens contre l'Etat »¹¹ en est une expression encore plus évidente, tout comme sans doute, à certains égards, même si l'approche n'est pas tout à fait identique, les principes de « natural justice » issue de la Common law.

La construction française des libertés publiques s'est indéniablement appuyée sur les « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » affirmés par la Déclaration de 1789. Mais la notion même de « libertés publiques » témoigne de l'approche différente dont procèdent ces libertés. Celles-ci ne se sont pas construites en opposition à l'Etat mais, au contraire, au sein de celui-ci, comme des libertés et des droits qu'il incombe directement aux pouvoirs publics de protéger.

La notion de libertés publiques est ainsi, en France, intrinsèquement liée au vecteur législatif et à l'œuvre du juge administratif, qui a contribué tant à leur définition qu'à leur garantie. L'arrêt *Benjamin*¹² et les conclusions du commissaire du gouvernement Corneille sur l'arrêt *Baldy*¹³ en sont des illustrations. Le fait que l'enseignement des libertés publiques et même, aujourd'hui encore, celui des droits fondamentaux, ait été et soit encore en grande partie dispensé par des enseignants de droit public, procède également de ce rattachement de la protection des libertés à l'Etat, -que l'on entend limiter de l'intérieur dans le cadre d'une organisation rationnelle de la chose publique- et donc au droit public.

3.- L'égalité est, elle aussi, une valeur fondatrice de la construction politique française dont la mise en œuvre est, dans le même temps, rattachée aux obligations des pouvoirs publics.

La définition du principe d'égalité est ainsi, à l'origine, l'œuvre du juge administratif¹⁴ et l'égalité est une valeur matricielle du fonctionnement de l'ensemble des activités publiques : l'on peut penser à l'égalité d'accès au domaine public, à l'égalité d'accès aux services public, à l'égalité des fonctionnaires d'un même corps, à l'égalité devant les charges publiques...

¹⁰ Déclaration unanime des treize États unis d'Amérique réunis en Congrès le 4 juillet 1776 à Philadelphie : “ ...We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness...That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form...”

¹¹ « Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat » : Cour constitutionnelle fédérale, 15 janvier 1958, BVerfGE 7, 198.

¹² CE 19 mai 1933, *Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers*, Lebon p. 541.

¹³ CE 10 août 1917, *Baldy*, Lebon p. 636 avec les conclusions Corneille.

¹⁴ CE sect. 10 mai 1974, *Sieur Denoyez et Sieur Chorques*, Lebon p. 274.

De fait, ce qui caractérise l'expression de l'égalité en France, c'est son caractère omniprésent et à forte connotation unitariste –même si elle a connu des évolutions sur ce point. L'égalité fonde ainsi ou accompagne un ensemble d'autres valeurs constitutives de la sphère publique et du droit public : du principe d'égalité découle celui de neutralité du service public, qui est une composante de la laïcité ; l'égalité est aussi sans doute un corollaire, voire même un fondement, du « principe de solidarité nationale » qui fonde l'organisation de la sécurité sociale en France¹⁵ et l'essentiel du droit social ; l'égalité est également sous-jacente au principe d'unité de la République¹⁶. Elle est donc, elle aussi, à la fois un concept central du droit public et une valeur politique et sociale.

B.- Le deuxième trait caractéristique du modèle français de droit public est la structuration forte de l'organisation économique et sociale autour du rôle de la puissance publique. Celle-ci se traduit par la place importante du service public et par la concentration des pouvoirs autour du rôle de l'Etat.

1.-La notion de service public est à la fois une catégorie juridique et une valeur, mais elle est également, dans son expression concrète, une traduction du rôle important assigné aux pouvoirs publics dans l'organisation économique et sociale française.

Par définition, outre qu'elle ne s'applique qu'à des activités d'intérêt général, la qualification de service public suppose en effet une intervention ou, plus précisément, un contrôle, direct ou indirect, d'une collectivité publique sur cette activité. Le Conseil d'Etat l'a rappelé dans ses décisions de section du 22 février 2007 et du 6 avril 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*¹⁷ et *Commune d'Aix-en-Provence*¹⁸.

Les finalités du service public attestent, quant à elles, le rôle important confié aux collectivités publiques dans l'organisation et le fonctionnement de l'économie et de la société. Créés pour remédier aux carences de l'initiative privée, soit lorsque le marché ne parvient pas naturellement à produire des biens ou à fournir des services indispensables soit, plus fondamentalement, pour assurer la garantie de libertés fondamentales ou une mission de solidarité, la fonction qui est assignée aux services publics en France, quelle que soit la nature de ceux-ci, va au-delà de la seule fourniture de prestations. Dans la conception française, à la différence du caractère essentiellement fonctionnel de la notion équivalente en droit de l'Union, « les services publics sont faits pour satisfaire leurs utilisateurs et pour assurer en même temps la cohésion sociale »¹⁹. Pour le dire autrement, leur activité est « indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale », et elle « est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante », selon les termes de Duguit²⁰.

¹⁵ Code de la sécurité sociale, article L. 111-1.

¹⁶ La conjonction entre le caractère indivisible de la République, la laïcité, la démocratie, la composante sociale et l'égalité résulte par exemple directement de la devise de la République (« Liberté, égalité, fraternité ») et de l'article 1^{er} de la Constitution : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. »

¹⁷ CE sect. 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Lebon p. 92

¹⁸ CE sect. 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Lebon p. 155.

¹⁹ *Le service public*, rapport de la mission présidée par R. Denoix de Saint Marc, La documentation française, 1996, p. 42.

²⁰ Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard éditeur, Paris, 1923, 2^{ème} ed. T. II, p. 55.

En clair, la notion de service public peut synthétiser à elle seule ces deux caractéristiques du modèle français de droit public que sont, d'une part, l'appartenance à la sphère publique de valeurs fondatrices de la construction sociale et politique et, d'autre part, le rôle de la collectivité publique dans l'organisation économique et sociale. Les trois « lois » du service public (mutabilité, continuité, égalité) illustrent cette idée : elles irriguent le fonctionnement de chaque service public et sont à la fois des règles juridiques et la traduction, la matérialisation, de l'objectif social assigné aux services publics ; elles sont les critères de la qualité sociale de ces services.

En somme, la finalité de la notion de service public, tout comme la part importante des services publics dans la société française²¹, illustrent cette caractéristique fondamentale du modèle français de droit public qu'est la structuration forte de l'organisation sociale, économique et politique autour du rôle des collectivités publiques. Et à bien des égards, le droit européen, en particulier le droit de l'Union, contribue à la mettre en évidence.

2.- Le rôle important de l'Etat (par opposition aux autres personnes publiques) dans l'organisation politique, économique et sociale, est lui aussi une manifestation de cette même composante du modèle français de droit public.

Ce rôle se traduit, en termes de régime politique, par une architecture constitutionnelle, associée à une pratique des institutions, au fait majoritaire, à l'élection présidentielle au suffrage universel direct et à la relativement grande centralisation des institutions, qui donne un poids important à l'exécutif, à côté de la loi, dans la détermination de l'intérêt général. N'est-ce pas d'ailleurs le sens de l'article 20 de la Constitution qui confie au Gouvernement le soin de déterminer et conduire la politique de la Nation ?

L'une des conséquences de cette situation est le caractère relativement tardif, en France, de l'émergence de nouvelles formes de détermination de l'intérêt général, au travers notamment de la démocratie participative. Une autre conséquence est, sans doute, l'adaptation plutôt lente de la culture administrative aux principes d'ouverture et de transparence, voire même une pratique de la séparation des pouvoirs qui semble en partie éloignée du modèle théorique de *L'Esprit des lois*.

Selon la même logique, si le processus de décentralisation est une réalité, il ne s'inscrit pas moins dans les limites du principe d'unité de la République, dont l'Etat est le garant. L'une des manifestations, à tout le moins symbolique, de cette idée est la mention du « représentant du Gouvernement », qui a « la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois », dans le titre de la Constitution consacré aux collectivités territoriales²². C'est bien en ultime ressort sur l'Etat que repose la responsabilité de définir et de mettre en œuvre l'intérêt général, même si les circonstances et l'intérêt local peuvent conduire à des adaptations : le pouvoir général de police administrative sur l'ensemble du territoire que détient le Premier ministre, même sans texte, en est une expression, sans doute rare ou inexistante dans beaucoup d'autres Etats.

²¹ Que l'on peut illustrer par le fait que 7 165 000 personnes sont employées par des services publics, soit environ un quart de la population active. Voir sur ce point J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La Documentation française, Paris, 2008.

²² Constitution du 4 octobre 1958, article 72.

C.- Le troisième trait caractéristique qui fonde la spécificité du modèle français de droit public est l'existence d'un juge spécialisé conçu, au nom du principe d'efficacité, comme un garant de la légitimité de l'action publique.

1.- La place du juge administratif – du Conseil d'Etat en particulier- dans la construction du droit public est un élément central du modèle français de droit public. Elle tire certaines de ses origines d'une construction historique nationale qui prend appui sur des structures d'Ancien régime, sur la loi des 16-24 août 1790 et sur la Constitution de l'an VIII. Mais cette place du juge administratif est surtout le fruit de la volonté délibérée de soumettre l'Etat au droit en conciliant le respect de la loi et les droits privés avec l'intérêt général, volonté qui a pris corps dans la loi du 24 mai 1872. Les débats devant l'Assemblée nationale, notamment la réponse de M. Gaslonde à l'amendement de M. Raudot qui proposait, en substance, le rattachement du contentieux administratif à l'ordre judiciaire, sont à cet égard très éclairants. Selon l'intéressé, ôter « au Conseil d'Etat ce qui fait la valeur et la sanction de sa participation à la haute administration du pays », ne conduirait pas seulement à porter la main « sur l'œuvre de l'ancienne monarchie », mais bien à détruire « l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789 »²³.

De fait, c'est bien d'emblée dans une optique d'efficacité du contrôle de l'action publique que la loi du 24 mai 1872 a confié le jugement du contentieux administratif au Conseil d'Etat statuant désormais « souverainement »²⁴. Ces mêmes débats font également ressortir que la conciliation « du droit privé touché par un acte administratif avec les intérêts généraux qui ont déterminé cet acte » sera mieux réalisée par le Conseil d'Etat – du fait notamment de sa double mission consultative et contentieuse-²⁵.

De cette origine, la justice administrative a tiré une réelle spécificité, qui participe elle aussi du modèle français de droit public.

1.- Cette spécificité réside dans l'étendue et le caractère approfondi du contrôle exercé par ce juge sur l'action de l'administration. En témoignent notamment le possible engagement de la responsabilité de l'administration, y compris sans faute, ou encore le caractère objectif du contrôle de légalité et la possibilité d'annuler des actes réglementaires. De tels pouvoirs, en particuliers réunis entre les mains d'un même juge, sont peu fréquents, voire même inexistant dans d'autres systèmes juridiques, y compris dans des pays ayant une tradition juridique proche du système français.

2.- La spécificité du juge administratif français, tirée de ses origines, réside aussi dans le fait qu'autant qu'un gardien de la légalité de l'action administrative, il est aussi un garant de la légitimité de cette action.

La mission qui est fondamentalement celle du juge administratif, à savoir « concilier

²³ Annales de l'Assemblée nationale, séance du vendredi 3 mai 1872.

²⁴ Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat, article 9.

²⁵ Annales de l'Assemblée nationale, op. cit. idem, M. Gaslonde : « la question est donc de savoir si la conciliation du droit privé touché par un acte administratif avec les intérêts généraux qui ont déterminé cet acte, il s'agit de savoir si cette conciliation ne se fera pas mieux devant le juge administratif que devant le juge ordinaire. Ici, l'expérience est venue confirmer la théorie, et, en ne consultant que la nature des choses, on peut affirmer d'avance que celui qui prépare les décisions administratives est le mieux placé pour faire la conciliation dont je parlais tout à l'heure ».

les droits de l'Etat avec les droits privés »²⁶ exprime avec force cette idée : la légitimité de l'action publique repose à la fois sur le respect, par celle-ci, de la mission qui lui est confiée –mettre en œuvre l'intérêt général- et, dans le même temps, sur le respect, dans l'exercice de cette mission, des droits et libertés des citoyens et, plus largement, des personnes, même si, à certains égards, cette dimension était jadis, sinon secondaire, du moins mineure.

Or la définition des axes de conciliation de ces deux objectifs contradictoires a reposé, en France, moins sur la volonté du constituant ou du législateur, qui ne sont intervenus que de manière ponctuelle, que sur le juge administratif lui-même.

La conséquence de cette dynamique historique est la place de la jurisprudence administrative dans la détermination des principes et des règles qui régissent l'action publique. De fait, c'est essentiellement le juge administratif qui, au travers de sa jurisprudence, a déterminé l'essentiel du droit de la responsabilité publique, mais aussi le régime des contrats passés par les collectivités publiques, le régime et la définition du service public, le régime et la définition du domaine public, les principaux droits et obligations des fonctionnaires et agents publics, ou encore le régime des actes administratifs, comme celui de la police administrative...

Tout fait donc système : la préexistence de l'Etat par rapport à la Nation a conduit, en France, à une construction sociale et politique fortement centrée sur la sphère publique, construction qui s'incarne de manière évidente dans les caractéristiques du modèle français de droit public. Et s'il est une influence déterminante du droit européen sur ce modèle, que ce soit le droit de la Convention européenne des droits de l'homme ou le droit de l'Union, c'est qu'il met en évidence, par un jeu de miroirs, sa très grande cohérence.

II. Le droit européen enrichit et affermit, à tout le moins, la composante universelle du modèle français de droit public.

Il serait irénique de regarder l'influence du droit européen sur le modèle français de droit public comme étant réduite à cette seule dimension de mise en valeur de la cohérence et de l'aspect systémique de ce modèle. Les changements qu'induit ce droit sur la gouvernance publique, sur les catégories du droit public, sur l'office du juge administratif ou encore sur le rôle et la place de l'Etat dans l'organisation économique et sociale sont une réalité.

Mais, tout comme la guerre des juges, vue du Palais-Royal, la déstructuration du modèle français de droit public n'a pas eu lieu, du moins pas encore.

Au-delà des frictions, voire des tensions qui se sont exprimées, un nouvel ordonnancement se construit aujourd'hui. Ordonnancement qui, s'il implique la recherche d'une nouvelle synthèse au travers d'une réflexion sur les contours, voire même sur la définition du modèle français de droit public, ne semble pas remettre en cause la cohérence, ni la pertinence de celui-ci.

La raison de cette situation est, semble-t-il, à rechercher dans le fait que la cohérence historique et culturelle du modèle français de droit public trouve son fondement dans une constante dont l'écho est sans doute universel ; une constante que notre modèle amplifie et à laquelle il donne toute sa dimension. Celle-ci repose sur l'idée que le droit public n'est pas intrinsèquement lié à l'Etat, même si celui-ci a été le mode privilégié de son développement,

²⁶ TC 8 février 1873, *Blanco*, Recueil p. 62 (premier supplément).

mais qu'elle est l'expression d'une nécessité : celle de l'existence de règles juridiques spéciales applicables à des choses et à des personnes qui, en raison de leur nature particulière, ont vocation à servir la communauté des hommes et non l'utilité particulière d'une ou de plusieurs personnes.

De fait, la plupart des systèmes juridiques, si ce n'est tous, connaissent un droit public, entendu comme un corpus de règles juridiques spéciales applicables à la chose publique.

L'existence de telles règles a ainsi été au cœur de la construction des fondements du droit contemporain. La République de Platon, par exemple, n'est pas exempte de réflexions en ce sens²⁷, tout comme, de manière encore plus nette, le droit romain. La distinction entre le droit public et le droit privé qui ouvre le *corpus juris civilis* en témoigne avec acuité : « Le droit se divise en droit public et en droit privé. Le droit public regarde l'administration de l'Etat ; le droit particulier concerne les intérêts de chacun. En effet, il y a des choses utiles au public, et d'autres utiles aux particuliers. Le droit public consiste dans les choses sacrées, les ministres de la religion, les magistrats ». ²⁸

Les systèmes juridiques contemporains, quant à eux, connaissent tous, à des degrés divers, un corpus de règles particulières qui procèdent de cette même distinction entre la chose publique et la chose privée. Le droit constitutionnel en est sans doute l'expression partagée la plus manifeste. La plupart des pays européens de droit continental ont aussi construit, pour leur part, un système de justice administrative appliquant des règles particulières, que cette justice soit organiquement distincte de la justice "civile" ou qu'elle y soit intégrée au moyen de chambres spécialisées. Les pays de Common law connaissent également cette distinction : l'arrêt de la Chambre des Lords *O'Reilly v. Mackman* de 1982, sous la plume de Lord Diplock, qui a explicitement distingué le droit public du droit privé, en témoigne²⁹.

Or, c'est justement cet écho fait par le modèle français de droit public à une constante universelle, que la nouvelle synthèse à laquelle conduit l'appropriation du droit européen affermit et enrichit dans le même temps.

A.- L'affermissement du modèle français de droit public s'exprime par le fait que le droit européen, non seulement maintient mais, plus encore, amplifie la contribution apportée par ce modèle à la bonne gouvernance publique et à la protection des droits et des libertés.

1.- Le droit européen approfondit en effet l'étendue, l'intensité et l'efficacité du contrôle exercé par le juge sur l'action des pouvoirs publics.

²⁷ Le droit au mensonge reconnu aux seules magistrats de la République, droit dont l'objet est de le bien commun, en est un exemple : « C'est donc aux magistrats qu'il appartient exclusivement de mentir pour tromper l'ennemi ou les citoyens, quand l'intérêt de l'État l'exige. Le mensonge ne doit jamais être permis à d'autres... » (République, livre 3, in Œuvres de Platon par Victor Cousin, p. 129-130). Bien qu'à plusieurs siècles d'écart et appliqué à la réalité contemporaine de la vie politique, l'exemple ne soit pas exempt de toute ironie, il illustre néanmoins l'existence d'une distinction, dans la pensée de Platon, entre les règles applicables dans « l'intérêt de l'État » et celles des « autres » citoyens.

²⁸ *Digeste*, première partie, livre premier ; traduction Hulot, Berthelot, Tissot et Béranger, Behmert et Lamort, ed. Metz 1803.

²⁹ "So the second thing to be noted is that none of the appellants had any remedy in private law./In public law, as distinguished from private law, however, such legitimate expectation gave to each appellant a sufficient interest to challenge the legality of the adverse disciplinary award made against him by the board". *O'Reilly v. Mackman*, 11, 12, 13 octobre et 25 novembre 1982, [1983] 2 AC 237 (HL).

L'étendue de ce contrôle a longtemps procédé, à titre principal, du caractère objectif du recours pour excès de pouvoir autour duquel s'est en grande partie construit le droit administratif français. Elle s'incarne aussi, à l'évidence, dans le caractère objectif et *in abstracto*, du contrôle exercé par le juge constitutionnel sur la conformité à la Constitution des textes législatifs. Cela est vrai pour le contrôle de constitutionnalité *a priori* prévu depuis 1958 par l'article 61 de la Constitution. Cela est vrai également pour le contrôle qu'exerce aujourd'hui le juge constitutionnel au travers de la question prioritaire de constitutionnalité, sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. Si ce contrôle peut prendre en considération l'application concrète d'une loi, il n'en procède pas moins d'un recours exercé « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction »³⁰ et son objet n'est pas la reconnaissance d'un droit subjectif, mais bien la confrontation entre elles d'une norme, la loi, à une norme supérieure, la Constitution, confrontation dont l'effet éventuel est une censure *erga omnes* de la disposition législative contestée.

Le droit européen ne remet pas en cause l'étendue de ce contrôle objectif, que ce soit celui exercé par le juge administratif ou celui exercé par le juge constitutionnel. Il se l'approprie même à certains égards. L'atteste la possibilité qu'ouvre aujourd'hui le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à toute personne physique ou morale, de former un recours « contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution »³¹.

Dans notre ordre juridique interne, le droit européen permet d'approfondir le contrôle de légalité objectif et de remédier à ses insuffisances. Une distinction qui est couramment faite entre le contentieux portant sur la reconnaissance de droits subjectifs et le contentieux objectif est que ce dernier serait moins efficace, non pas en termes d'étendue de la sanction l'annulation- à laquelle il aboutit-, mais en termes de prise en considération de la situation des personnes et, partant, en termes de règlement de situations particulières et donc d'efficacité concrète³².

Le droit administratif français a indéniablement connu, à cet égard, des évolutions autonomes dans le sens d'une plus grande prise en considération des effets sur les personnes des décisions d'annulation pour excès de pouvoir – l'on peut penser notamment à la reconnaissance par la loi d'un pouvoir d'injonction au juge-. Mais ces évolutions sont aussi prolongées par le droit européen. La synthèse entre l'influence du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et le contentieux de l'excès de pouvoir, opérée par le juge administratif au travers de l'extension du recours objectif de plein contentieux, l'atteste avec évidence. Ainsi –pour n'évoquer que cet exemple- depuis la décision *Société Atom* du 16 février 2009 du Conseil d'Etat³³, lorsque celui-ci est saisi d'une contestation portant sur une sanction infligée par l'administration, il se prononce désormais, non plus comme juge de l'excès de pouvoir, mais comme juge de plein contentieux. Certes, l'exigence posée par la Cour européenne des droits de l'homme, dont il découle qu'une sanction administrative doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle par « organe judiciaire de pleine juridiction » selon la

³⁰ Article 61-1 de la Constitution.

³¹ Article 263 TFUE, quatrième alinéa. L'ouverture de ce recours par le Traité de Lisbonne revient sur la solution qu'avait adoptée la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores* (affaire C-50/00).

³² Sur cette analyse, voir par exemple J.-M. Woehrling, *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe et la distinction entre droit objectif et droits subjectifs*, in *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, J. Schwartz (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 297 et sq.

³³ CE ass. 16 février 2009, *Société Atom*, Lebon p. 25 avec les conclusions de C. Legras.

formule qu'elle emploie, ne conduit pas à remettre en cause la pertinence du recours pour excès de pouvoir en ce domaine³⁴. L'influence de la Cour dans cette évolution jurisprudentielle n'en est pas moins réelle et elle aboutit à ce que le juge, tout en effectuant toujours un contrôle de légalité objectif sur la décision contestée, ne se borne plus seulement à annuler celle-ci, mais substitue désormais complètement sa propre décision à celle de l'administration. Il peut alors tenir compte, le cas échéant, de l'ensemble des circonstances, notamment de droit, voire de fait, en vigueur à la date de son jugement. Autrement dit le juge, tout en restant dans le cadre d'un contrôle objectif, ne se contente plus seulement de reconnaître l'existence d'une illégalité, mais règle désormais complètement le litige particulier qui lui est soumis, avec un effet comparable à celui d'un contrôle fondé sur la reconnaissance de droits subjectifs. Plus largement, le contentieux administratif français évolue vers une subjectivisation du contrôle de l'excès de pouvoir. L'arrêt *Perreux* du 30 octobre 2009³⁵, qui pour la première fois reconnaît l'« invocabilité de substitution » des directives de l'Union européenne à l'encontre d'actes administratifs individuels, s'inscrit dans cette tendance : il n'est d'ailleurs pas sans signification qu'il ait été rendu à propos de l'application de la directive du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière de travail et d'emploi.

Le renforcement de l'intensité du contrôle exercé par le juge administratif sur l'action de l'administration, sous l'effet de l'appropriation du droit européen, peut quant à lui être illustré par l'évolution du contrôle des mesures prises en matière de police des étrangers. Cette évolution témoigne, elle aussi, d'une nouvelle synthèse. Si le contrôle de proportionnalité n'était pas inconnu du juge administratif –qui l'exerce en matière de libertés publiques depuis l'arrêt *Benjamin* de 1933–, le domaine de la police des étrangers était encore, à la fin des années 1980, l'un de ceux dans lesquels le contrôle restreint à l'erreur manifeste d'appréciation était encore la règle. Or là encore, sans remettre en cause les catégories juridiques propres au juge administratif, le droit européen, en particulier celui de la Convention européenne des droits de l'homme, a bien conduit à un approfondissement. Pour remédier au hiatus existant, à partir de 1991, entre, d'un côté, le contrôle de proportionnalité exercé lorsqu'étaient invoquées les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne et, de l'autre côté, le contrôle restreint qui subsistait encore sur l'appréciation de la notion d'ordre public, le juge administratif a progressivement fait évoluer l'intensité de son contrôle sur cette notion. Désormais, lorsque l'administration se fonde sur l'atteinte à l'ordre public pour refuser un carte de séjour temporaire portant la mention vie privée et familiale, le juge, en dehors de toute invocation de la Convention, exerce un contrôle normal³⁶. Il fait de même sur la qualification de menace grave à l'ordre public en cas d'expulsion ou de refus d'abrogation d'un arrêté d'expulsion.

Le droit européen n'est pas non plus étranger au renforcement de l'efficacité du contrôle sur l'action de l'administration propre au modèle français de droit public. L'introduction des référés d'urgence dans le droit public ne découle certes pas directement du droit européen : c'est une évolution interne au modèle français de droit public qui a été dictée par le principe de réalité (le temps du juge ne pouvant rester déconnecté du temps des justiciables, ni de celui de l'action administrative), mais aussi par la menace de nouveaux partages de compétences juridictionnelles lorsque les libertés fondamentales étaient en cause.

³⁴ CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, série A n°58 §28 ; CEDH, 17 décembre 1996, *Terra Woningen BV c/Pays-Bas*, Rec. 1996-VI §52. Voir également CEDH déc. rec. 8 mars 2011, *Philippe Escoffier c/ France*, req. n° 8615/08.

³⁵ CE ass. 30 octobre 2009, *Perreux*, Lebon p. 407 avec les conclusions de M. Guyomar.

³⁶ CE sect. 17 octobre 2003, *M. Bouhsane*, Lebon p. 413.

Le droit européen n'en a pas moins été un accélérateur de cette évolution : le droit au recours effectif n'était pas très loin et postulait cette réforme. En outre, les procédures d'urgence doivent beaucoup au référé précontractuel qui, créé par la loi du 4 janvier 1992, a pour origine une transposition de la directive « recours » en matière de marchés publics³⁷. Selon une même logique, c'est au constat de l'« épuisement de la théorie des actes détachables », liée à l'impuissance du juge du référé suspension en matière contractuelle et aux limites du référé précontractuel, mais aussi au constat des « évolutions en cours du droit communautaire »³⁸, que le Conseil d'Etat a décidé de reconnaître, par la décision d'Assemblée du 16 juillet 2007 *Société Tropic Travaux signalisations*³⁹, un recours spécifique de pleine juridiction pour les concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif qui contestent la validité de ce contrat.

2.- A côté de l'étendue, de l'intensité et de l'efficacité du contrôle des juges sur l'action des pouvoirs publics, le droit européen, au travers des concepts propres et des valeurs qu'il véhicule, contribue également à faire évoluer l'objet de ce contrôle. Il affermit et renforce ce faisant des composantes déjà présentes dans le modèle français de droit public, en soulignant leur dimension à bien des égards universelle.

Tel est le cas de la protection qu'accorde le juge administratif à la garantie des droits. Les libertés sont, en France, consubstantiellement rattachées à la sphère publique. Mais ce rattachement ne s'est pas seulement le fruit de la responsabilité confiée à l'Etat dans leur protection. Cette protection découle aussi directement d'une tradition française de résistance à l'oppression, dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et la pensée du philosophe Alain ont été des expressions. De cette tradition, le juge administratif mais aussi, depuis 1971, le juge constitutionnel sont assurément des gardiens : la figure de René Cassin qui fut, comme vice-président du Conseil d'Etat, l'un des fervents promoteurs de la théorie des principes généraux du droit et qui fut aussi l'un des rédacteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme et le président de la Cour européenne des droits de l'homme, incarne à bien des égards cette synthèse, dans l'œuvre du juge administratif, entre une protection publique des droits et des libertés et la vocation universelle de cette protection.

Partant, le primat que donne le droit européen aux droits individuels n'est pas un facteur de déstabilisation du modèle français de droit public mais il conduit, bien au contraire, à l'approfondissement d'une dimension que ce modèle portait déjà en lui et qui s'en est trouvée à la fois révélée et renouvelée.

L'atteste le fait que tout en restant un garant de la légitimité de l'action publique, le juge administratif, en adaptant le droit européen à son office et à sa culture, renforce dans le même temps sa fonction de garant de la protection des libertés et des droits fondamentaux.

Les trois arrêts d'assemblée du 14 décembre 2007 *M. Boussouar, M. Planchenault et M. Payet*⁴⁰ en sont des illustrations. Ils s'inscrivent dans une dynamique qui résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais, loin de se contenter de tirer les conséquences d'arrêts passés ou éventuellement à venir de cette Cour, ils ont au

³⁷ Directive n° 89/665/CEE du Conseil, 21 déc. 1989.

³⁸ Didier Casas, conclusions sur CE ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*

³⁹ CE ass. 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*

⁴⁰ CE ass. 14 décembre 2007, *Payet, Garde des sceaux, ministre de la justice c/Boussouar et Planchenault*, Lebon p. 474 et 495, avec les conclusions de M. Guyomar.

contraire entièrement redéfini les critères et les modalités du contrôle exercé par le juge administratif sur les mesures prises par l'administration pénitentiaire à l'encontre des détenus dans le prolongement de la tutelle contentieuse chère à Romieu : pour à la fois guider et encadrer l'administration, le juge définit les catégories d'actes pour lesquels existe une présomption irréfragable de justiciabilité, très au-delà des seuls actes portant atteinte aux droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Ces arrêts ont ainsi concilié les catégories classiques du droit administratif – la notion de mesure d'ordre intérieur- avec l'exigence d'une protection renforcée des droits fondamentaux. Ils constituent un exemple d'affermissement, dans le respect de la dimension culturelle du modèle français de droit public, de la composante universelle de ce modèle qu'est la protection des droits et des libertés.

La reconnaissance, par la décision d'Assemblée *Gardedieu* du 8 février 2007⁴¹, d'un nouveau régime de responsabilité de l'Etat du fait des lois à raison de la contrariété de dispositions législatives aux engagements internationaux auxquels la France est partie, procède d'une même logique. La mise à jour de ce nouveau fondement de responsabilité de l'Etat a en grande partie été influencée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne issue de l'arrêt *Francovich et autres* du 19 novembre 1991⁴². Pour autant, le régime de responsabilité créé par la décision *Gardedieu* se distingue de celui prévu par le droit de l'Union, en ce qu'il est un mécanisme de responsabilité de nature « objective », c'est-à-dire engagé au seul constat d'un lien de causalité entre un préjudice et une méconnaissance du droit international par une disposition législative. Le juge administratif est allé « au-delà de la jurisprudence de la Cour », en n'exigeant pas que la disposition du droit de l'Union méconnue ait pour objet de conférer des droits à la personne qui s'estime lésée par cette violation, ni que la méconnaissance de ce droit soit, lorsque le législateur dispose d'une marge d'appréciation « suffisamment caractérisée ». Le juge s'est donc appuyé sur les exigences du droit de l'Union, mais les a dépassées en se plaçant dans une perspective de réflexion d'ensemble sur l'intensité de la protection des droits dont il est le garant, qu'il a fait évoluer dans le sens de l'approfondissement.

B.- L'enrichissement du modèle français de droit public sous l'effet du droit européen conduit à faire émerger ou, plutôt, à renforcer une conception de la chose publique qui, à la fois, fait écho aux caractéristiques du modèle français de droit public et que celui-ci se réapproprie dans le même temps, sous une forme certes différente mais peut-être aussi plus construite et, en tout cas, en pleine adéquation avec ce qui fonde son identité et sa cohérence.

1.- Cette dynamique de dialogue et d'influence mutuelle est ainsi la source d'un approfondissement des valeurs qui fondent le modèle français de droit public.

Tel est le cas du service public et des lois qui le fondent. Certes, la différence d'approche entre la notion de service public « à la française » et celle du droit de l'Union n'est pas sans remettre en question les contours ou, plutôt, l'étendue de la prise en charge, par la puissance publique, de certaines activités, en particulier économiques. Pourtant, à certains égards, le rapprochement qui s'est opéré entre les deux conceptions française et européenne aboutit aujourd'hui à un relatif consensus, à la fois entre le droit de l'Union et le droit public français, mais aussi entre les différents modèles nationaux en Europe, sur la dimension sociale assumée par ces services, dimension qui est au cœur du modèle français

⁴¹ CE ass. 8 février 2007, *Gardedieu*, Rec. p. 78.

⁴² CJCE 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*, affaires n° C 6/90 et C 9/90, Rec. p. I-5337.

de droit public.

Ainsi la spécificité des règles applicables aux services publics est aujourd'hui pleinement reconnue en droit de l'Union. L'on peut penser, bien sûr, aux arrêts *Paul Corbeau*⁴³ et *Commune d'Almelo* du 19 mai 1993 et du 27 avril 1994⁴⁴, par lesquels la Cour a reconnu le pouvoir aux Etats de conférer aux entreprises ou organismes chargés de l'exécution de services d'intérêt économique général « *des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence* » ou, plus largement, par lesquels elle a admis la possibilité de déroger aux règles de droit commun de la concurrence dans la mesure où cela s'avérerait nécessaire pour permettre l'accomplissement de la mission d'intérêt général. L'on peut penser également à l'arrêt *Altmark Trans* du 24 juillet 2003⁴⁵, par lequel la Cour de justice, interprétant les stipulations des traités interdisant les aides d'Etat, a considéré que les subventions versées par les collectivités publiques pour compenser le déficit d'un service public ne leur étaient pas contraires, lorsque l'entreprise bénéficiaire est chargée d'obligations de service public clairement définies. L'on peut encore évoquer, de manière plus générale, l'interprétation que fait la Cour de la notion d'« entreprise » au sens du traité, notion qui conditionne l'application des règles de la concurrence, dont sont exclues les activités qui emportent l'exercice de prérogatives de puissance publique⁴⁶ ou celles, non lucratives, exercées dans le champ social⁴⁷.

Selon une dynamique similaire ou parallèle, la place qu'occupent les services d'intérêt général « *parmi les valeurs communes de l'Union* » et le rôle qu'ils jouent dans la « *cohésion sociale et territoriale* » de l'Union sont aujourd'hui affirmés par le Traité⁴⁸, sans qu'il faille exagérer la portée de ces stipulations. Quant aux valeurs sous-jacentes à la notion de service universel, elles sont certes en retrait par rapport au caractère socialement structurant des lois du service public dans notre modèle mais, d'une part, elles n'en portent pas moins la marque atténuée de ces dernières et, d'autre part, elles intègrent aussi des dimensions, comme la qualité, l'égalité d'accès et le coût tarifaire abordable qui, en retour, peuvent aussi et doivent enrichir notre propre conception du service public⁴⁹.

Il ne s'agit bien évidemment pas de nier la différence de conception, voire de niveau, entre le caractère socialement structurant des services publics en France et celui qui résulte du droit de l'Union. Mais, à l'évidence, le consensus dont ce dernier procède fait écho à certaines caractéristiques du modèle français de droit public, dont il révèle ainsi la dimension, si ce n'est universelle, à tout le moins très largement partagée. En retour, le droit de l'Union, du fait de la synthèse dont il procède entre plusieurs cultures juridiques, peut aussi conduire à apporter au modèle français de droit public des composantes que celui-ci s'approprie et dont il s'enrichit.

⁴³ CJCE 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. [1993] p. I-02533.

⁴⁴ CJCE 27 avril 1994, *commune d'Almelo et autres c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, Rec. [1994] p. I-01477.

⁴⁵ CJCE 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en présence de Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, aff C-280/00, Rec. [2003] p. I-07747.

⁴⁶ CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. [1992] 1994 P. I-00043.

⁴⁷ comme l'éducation nationale : CJCE, 27 septembre 1988, *État belge c/Humbel*, aff. 263/86, Rec. p. I-5365.

⁴⁸ Article 14 TUE. Cet article a été introduit par le Traité d'Amsterdam.

⁴⁹ Selon la Commission européenne, « La notion de service universel porte sur un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable ». Livre vert de la Commission, du 21 mai 2003, sur les services d'intérêt général [COM(2003) 270 final - Journal officiel C 76 du 25.03.2004], p. 16.

2.- Selon un processus semblable, le droit européen contribue à affermir des composantes et des modes de détermination de l'intérêt général qui étaient déjà des composantes du modèle français de droit public.

L'enrichissement des composantes de l'intérêt général se traduit par la synthèse qu'opère depuis plusieurs années le juge administratif, au travers de l'affirmation progressive d'un corpus juridique de droit public de la concurrence, entre, d'un côté la conception quasi-holiste⁵⁰ de l'intérêt général qui fonde le modèle français classique de droit public et la conception à bien des égards individualiste qui fonde les règles de la concurrence issues, notamment, du droit de l'Union.

De cette synthèse, il ressort que les règles du droit public de la concurrence ne sont pas une reproduction à l'identique des règles de droit commun qui seraient appliquées telles quelles aux personnes publiques. Elles sont au contraire le fruit d'une conciliation étroite opérée entre les impératifs de la libre concurrence et les autres finalités de l'action publique, voire même peut-être le résultat d'une intégration progressive des préoccupations concurrentielles dans l'intérêt général.

Le Conseil d'Etat l'a plusieurs fois affirmé : la nécessité de prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence relève d'un « but d'intérêt général »⁵¹. Ou encore : « garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation » constitue un « motif d'intérêt général »⁵².

Ce faisant, la libre concurrence est devenue un principe, parmi d'autres, que les pouvoirs publics doivent prendre en considération dans leur action, sous le contrôle du juge, mais un principe qui n'a de sens que s'il s'articule avec les autres composantes –plus traditionnelles– de l'intérêt général. Témoigne de cette hybridation du droit interne et du droit de l'Union l'utilisation, par le juge administratif, non plus seulement des règles de la concurrence elle-même, mais d'un « principe de libre concurrence »⁵³.

L'appropriation par le juge administratif des règles de la concurrence n'a donc pas vraiment pour effet de déstructurer le modèle français de droit public, mais il lui permet au contraire d'appréhender et d'intégrer une dimension qui était jusque-là présente mais à bien des égards accessoire : à savoir le fait que l'intérêt général, dans sa conception volontariste, doit aussi prendre en considération la dimension économique et la dimension individuelle des rapports sociaux.

Le développement de nouveaux modes de détermination de l'intérêt général, au travers du droit européen notamment, illustre lui aussi ce même mouvement. Ainsi, si les principes de participation et d'information du public en matière environnementale figurent

⁵⁰ L'application de ce terme au « droit administratif classique » est, notamment, de F. Melleray, in *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*, AJDA 2003 p. 1961.

⁵¹ CE 10 avril 2002, *SARL Somatour*, Lebon T. p. 918.

⁵² CE ass. 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, Lebon p. 116 avec les conclusions de E. Geffray.

⁵³ Affirmé notamment par CE 27 juillet 2001, *CAMIF*, Lebon. p. 401 ; voir aussi CE, 21 mai 2008, *Société Nouvelle de Remorquage du Havre (SNRH) et Société de Remorquage Maritime de Rouen (SORMAR)*, Lebon T. p. 652 et, plus largement, sur cette question du « principe de libre concurrence », S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2009, § 603 et suiv.

aujourd'hui dans le bloc de constitutionnalité⁵⁴, leur émergence doit beaucoup au droit européen, en particulier au droit de l'Union qui, du fait notamment de la directive du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement et de sa modification par la directive du 26 mai 2003, a fortement contribué à leur systématisation dans les ordres juridiques nationaux. Or, par leur nature, ces deux droits permettent aux citoyens de concourir à la détermination de l'intérêt général, mais selon une approche distincte de notre modèle classique de droit public, qui réserve la détermination de la volonté générale à l'expression, certes régulière, mais épisodique du souverain, le peuple, ou de ses représentants. La démocratie dite « participative », promue par l'Union européenne, n'était certes pas absente de notre modèle de droit public mais sous des formes sans doute moins explicites ; elle vient compléter, sans la remplacer, la citoyenneté politique et elle enrichit de ce fait notre pacte social.

3.- Ces nouveaux droits qui se rattachent à la démocratie administrative sont, à certains égards, à mettre en relation avec une autre interaction entre le droit européen et le modèle français de droit public, à savoir l'appropriation progressive, par ce dernier, de nouveaux fondements du droit public, qui trouvent un écho appuyé dans des concepts et des notions que ce modèle connaissait déjà.

C'est ainsi que refait surface dans notre droit interne et celui de l'Union la notion de *res communis*, de biens communs aujourd'hui nommés biens publics, comme fondement de l'application d'un régime de droit public. Cette notion trouve ses origines, certes dans le droit romain mais, plus encore, dans l'analyse économique, qui définit ces biens comme des biens dont les caractéristiques inhérentes, en termes de non exclusion et de non rivalité, rendent très improbable une prise en charge spontanée de leur production par le marché⁵⁵ : celui-ci ne pourrait les produire qu'en s'éloignant de l'optimum économique. D'économique, cette notion s'est peu à peu faite juridique, au travers de la reconnaissance progressive de règles particulières applicables à ces biens, règles qui, par définition, relèvent de la chose publique. Elles sont la preuve que le juriste aiguillonné par des économistes peut encore service à quelque chose, selon le mot du doyen Georges Vedel⁵⁶.

Là encore, le lien entre cette dimension universelle de la chose publique et des concepts sur lesquels se fonde le modèle français de droit public est assez clair et il se manifeste dans une dialectique qu'entretient notre modèle de droit public avec le droit européen. L'exemple de l'évolution de la perception de la ressource en eau peut illustrer ce propos. La loi du 3 janvier 1992⁵⁷ qui a reconnu l'eau comme « patrimoine commun de la nation »⁵⁸, peut être rapprochée de l'affirmation, huit ans plus tard, par la directive-cadre sur l'eau du 23 octobre 2000 de ce que l'eau est « un patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel »⁵⁹. Et les objectifs de cette directive conduisent aujourd'hui à une réflexion approfondie en France, à l'initiative de la doctrine, sur l'opportunité d'un rattachement de l'eau au domaine public⁶⁰.

⁵⁴ Article 7 de la Charte de l'environnement.

⁵⁵ Pour la définition et l'origine de la notion de bien public mondial, voir notamment PNUD, *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, ed. Inge Kaul, Isabelle Grunberg and Marc Stern, New York: Oxford University Press, 1999.

⁵⁶ G. Vedel, discours prononcé le 13 mars 1999 lors de la cérémonie de remise de l'épée de membre de l'Académie française.

⁵⁷ Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau.

⁵⁸ Voir aujourd'hui l'article L. 210-1 du code de l'environnement.

⁵⁹ Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, premier considérant liminaire.

⁶⁰ Voir sur ce point, notamment, l'analyse de Y. Jégouzo, *Existe-t-il un droit de l'eau ?*, in Conseil d'Etat,

*
* *

L'avenir du modèle français de droit public réside, je le crois, dans la conscience de chacun de ceux qui participent à son élaboration et à son évolution que ce modèle n'est pas seulement le fruit d'une histoire et d'une culture propre à la France. Il est aussi un modèle qui fait référence à quelque chose d'universel : à savoir que relèvent presque par essence de la chose publique un certain nombre de valeurs, de finalités, d'objectifs, de ressources ou d'éléments de patrimoine auxquels doivent s'appliquer, du fait de leur utilité pour les communautés humaines, des règles et une protection particulières. La force du modèle français de droit public est d'avoir donné à cette constante universelle une réelle cohérence. Cette cohérence, le droit européen, au-delà des ébranlements et des remises en cause qu'il a suscités ou accompagnés chez nous, contribue à la mettre en valeur. Il interroge, voire aiguillonne notre modèle. Telle la destruction créatrice des économistes⁶¹, il contribue, par le même mouvement à la construction d'une nouvelle synthèse, qui trouve dans notre propre culture ses fondements et, dans le droit européen, les ferments de son affermissement et de son approfondissement.

Je félicite et je remercie le professeur Jean-Bernard Auby et chacun des auteurs qui ont contribué à l'analyse de l'influence du droit européen sur les catégories du droit public dans l'ouvrage qui vient d'être publié. Cet ouvrage est, assurément, une somme et une source extrêmement précieuse de réflexion sur ce qui fait à la fois la spécificité, mais aussi la force, la permanence et le renouvellement du modèle français de droit public. Le colloque de ce jour prolonge cette réflexion. Je remercie ses organisateurs et chacun de ceux qui ont accepté d'éclairer, par leurs communications, le thème essentiel qu'est l'avenir de ce modèle. Je forme le vœu que les travaux de ce jour puissent contribuer, à leur tour, à construire cet avenir.

L'eau et son droit, rapport public 2010, La documentation française, EDCE, Paris, 2010, en particulier pp. 570 et sq.

⁶¹ La notion de « destruction créatrice » puise ses origines dans la philosophie de Nietzsche, mais a essentiellement été théorisée dans le domaine économique par les travaux de Schumpeter.