



Synthèse

*L'influence du droit européen
sur les catégories juridiques du droit public*

*Jean-Bernard AUBY (dir.)
Loïc AZOULAI*

Mai 2009

*Sciences-Po.
Chaire "Mutations de l'action publique et du droit public"*

NOTE DE SYNTHÈSE

Par

Jean-Bernard AUBY, Professeur de Droit public
Directeur de la Chaire Mutations du Droit Public et de l'Action Publique
Sciences Po, Paris

et

Loïc AZOULAI, Professeur à l'Université Paris II

I. Unité et diversité du droit européen.

Le droit européen tel que nous l'avons envisagé dans cette recherche s'entend de deux de ses branches essentielles : le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de la Communauté européenne. Ces deux corpus de droit répondent à des logiques différentes. Le droit de la Convention européenne est un droit de la protection des individus. Sa philosophie est celle du libéralisme politique et de l'individualisme libéral. Le droit communautaire est un droit de l'intégration économique et sociale. Il repose sur les principes l'économie libérale et sur l'organisation structurelle de régimes d'activités économiques, sociales et politiques. Ces deux branches qui, bien que distinctes, s'influencent réciproquement, forment les deux aspects d'une même réalité juridique : celle d'un droit *intégré* à l'ordre juridique national et distinct de l'ordre juridique international, ainsi qu'il découle clairement à présent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

II. La recherche des influences.

Il y a longtemps déjà que la doctrine et les autorités juridiques françaises ont perçu la nécessité de considérer sérieusement les procédés d'influence et de pénétration du droit européen dans notre système juridique. Nombre d'études de référence portent sur les différentes branches de notre droit. Du rassemblement de ces études il se dégage une certaine idée des transformations générées par le phénomène de l'intégration européenne. Mais cette idée demeure imprécise et impressionniste. Ce que nous avons recherché est plus qu'une étude sectorielle des régimes affectés par le droit européen. Cette recherche est une tentative pour présenter une synthèse des transformations que le droit européen induit sur les *concepts* et les *catégories* juridiques, points lumineux de la tradition de notre droit public.

Pour y parvenir, la connaissance de l'affectation des différents régimes du droit public demeure un préalable nécessaire.

III. Unité du droit communautaire et pluralité des droits publics nationaux.

On donne un éclairage intéressant au sujet si on avance d'abord l'idée selon laquelle les droits publics nationaux ne s'exposent pas de la même manière à l'influence juridique européenne. Appartenant à des traditions différentes, il n'offrent pas les mêmes surfaces de contact à l'influence du droit européen, cependant que les voies de pénétration de cette influence varient de l'un à l'autre. En particulier, la place des juges dans la « gestion » du droit public y est variable, les procédures par lesquelles le droit européen exerce son influence au sein des contentieux de droit public y sont différentes, de même d'ailleurs que la manière dont parlements et exécutifs sont organisés dans leurs rapports avec les normes et politiques de l'Union.

Cela, par nature, affecte l'impact qu'a le droit européen, lequel ne s'impose pas, comme un bloc, dans tous les systèmes, mais y diffuse ses incidences selon des modalités qui varient en fonction de la physionomie des uns et des autres. Le droit comparé, ici, instruit sur les vecteurs et les enjeux de l'influence.

Ce précepte de relativité doit d'ailleurs lui-même être relativisé. Car, malgré tout, les droits publics des Etats membres de l'Union européenne convergent autour d'un certain nombre de

principes communs, qui concernent l'Etat de droit, la démocratie représentative, les droits fondamentaux. Si bien que le droit européen, qui véhicule un bon nombre de ses principes – dans ses principes généraux, dans l'acquis communautaire, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – se trouve en terrain familier et relativement constant lorsqu'il vient au contact des mécanismes nationaux correspondant à ces principes.

IV. Aucun domaine du droit public n'échappe à l'influence du droit européen : le cas du droit administratif

Que le droit administratif soit profondément marqué par l'influence du droit européen est l'évidence même, aujourd'hui largement établie et étudiée, dans tous les secteurs de ce droit.

1°. Le droit européen a fait ici et là sentir son influence **dans le domaine de la configuration institutionnelle de l'administration, et dans le registre des catégories organiques du droit administratif.**

Les administrations d'Etat se sont structurées pour relayer les politiques communautaires, élaborer et relayer les positions françaises sur les questions communautaires.

Les collectivités territoriales ont vu le régime de leurs activités de plus en plus profondément affecté par les règles communautaires, en matière de marchés, d'aides d'Etat, dans le régime de leurs services publics, etc.... Bien que dans une mesure limitée en raison des traditions centralisatrices nationales, les collectivités territoriales françaises ont aussi tiré profit de leur association à certains processus communautaires, notamment au travers du comité des régions, et dans le domaine des fonds structurels. La distribution des fonds structurels en France est toujours principalement assurée par l'Etat, sauf dans certaines régions, à qui cette fonction a été confiée à titre expérimental : mais, dans tous les autres cas, les régions concernées y sont tout de même associées au travers des « contrats de plan », devenus aujourd'hui « contrats de projet ».

La construction communautaire a eu des incidences multiples sur les entreprises publiques, et notamment sur leurs rapports avec l'Etat : tant les directives de 1980 et 2000 sur la transparence des relations financières que la jurisprudence de la Cour de Justice sur les actions spécifiques ont imposé des transformations à un système dans lequel les entreprises publiques étaient classiquement des « bras armés » de l'Etat, qu'il utilisait comme instruments de sa politique économique d'une manière qui impliquait par nature une certaine opacité et une grande liberté de manquement.

Depuis quelque temps, la Commission discute le fait que les entreprises publiques ayant le statut d'établissement public sont protégées des procédures de droit commun concernant les entreprises en difficulté dans la mesure où leurs biens sont considérés comme insaisissables : pour elle, cela constitue un avantage contestable dans la concurrence.

2°. Le droit européen s'est également immiscé dans le **droit de l'acte administratif unilatéral, plus largement celui de la procédure administrative non contentieuse.**

Il a imposé quelques avancées en termes de transparence des données publiques et de participation des citoyens à l'élaboration des décisions publiques, notamment dans le domaine de l'environnement, où les directives du 28 janvier et du 26 mai 2003 en particulier ont exigé du droit français qu'il ouvre l'accès aux informations publiques et qu'il développe les procédures de concertation et de participation.

La question de l'abrogation des actes administratifs est fortement exposée au regard du droit communautaire. Si la solution a été d'emblée posée comme générale, c'est bien une affaire posant un problème de mise en compatibilité avec le droit communautaire qui a conduit le Conseil d'Etat

à poser en principe que l'administration, si elle est saisie d'une demande en ce sens, doit abroger l'acte réglementaire illégal.

Particulièrement délicat a été le problème que posait la récupération des aides d'Etat illicites. Les actes à objet pécuniaire, étant, depuis l'arrêt « Soulier » de 2002, considérés comme créateurs de droits¹, ils ne peuvent en principe être retirés que dans un délai de quatre mois. Pour rendre possible la récupération des aides illicites au delà de cette échéance, la jurisprudence a dû admettre que le respect du droit communautaire devait prévaloir sur les limites que le droit administratif national pose en principe au retrait².

3°. Le droit européen a suscité **des évolutions importantes dans le droit des contrats publics.**

Son incidence la plus évidente aura été d'étendre le champ des règles de publicité et de mise en concurrence, au travers notamment d'un élargissement de la notion de marché, et d'approfondir substantiellement ces règles. On peut assez bien résumer la situation en notant que le droit communautaire a imposé d'ouvrir à la concurrence au moins cinq catégories de contrats qui traditionnellement n'étaient pas considérés comme soumis aux règles de mise en compétition – parce qu'il étaient considérés comme exclus du champ du code des marchés publics- : les contrats entre personnes publiques, les contrats entre personnes publiques et associations, les contrats d'aménagement, les contrats de mandat, et les contrats passés par des « organismes de droit public » au sens communautaire, mais qui n'ont pas le caractère de personnes morales de droit public au sens du droit français.

Sur le fond du régime des contrats publics, on observe que le droit communautaire a poussé en avant l'application du droit de la consommation à certains contrats publics, et notamment ceux liant les services publics industriels et commerciaux à leurs usagers. Il a en outre contribué à modifier les logiques de l'achat public, qui étaient inféodées à des impératifs de préservation des deniers publics, pour les orienter vers des logiques de marché – comme vecteur d'optimisation du choix public, et de l'efficacité des offreurs privés-, mais aussi vers une prise en compte plus rationnelle des logiques secondaires, comme l'environnementale, ou la sociale.

4°. Le droit européen a imposé **des adaptations diverses au droit de la fonction publique.**

L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants communautaires a été admise par une loi du 26 juillet 1991 : depuis une loi du 26 juillet 2005, elle a même le statut d'un principe, et non plus d'une exception. Les conséquences de l'ouverture ont été progressivement tirées sur divers plans : celle de la reconnaissance de l'équivalence des diplômes dans des décrets de 1994, celle de la reconnaissance de l'équivalence des expériences professionnelles dans des décrets de 2002, 2003 et 2004, celle du détachement entre les fonctions publiques nationales avec la loi de 2005, ec...

L'affaire « Burbaud », du nom de cette personne d'origine portugaise qui entendait être intégrée dans la fonction de directeur d'hôpital en se réclamant d'un diplôme obtenu dans son pays, et qui a obtenu gain de cause³, a conduit à ouvrir aux ressortissants d'autres Etats de l'Union certaines écoles de formation à la haute fonction publique, et notamment l'Ecole Nationale d'Administration.

Les exigences que le droit communautaire comporte en matière d'égalité des sexes ont à deux reprises imposé des changements importants : en matière d'égal accès des femmes dans les années 1980, plus récemment, en sens inverse, dans le sens d'une extension aux hommes des avantages consentis, en matière de pensions, aux femmes ayant élevé un certain nombre d'enfants⁴.

¹ Conseil d'Etat, 6 novembre 2002, Soulier, Rec. p. 369

² CAA Paris, 5 octobre 2004, Centre d'exportation du livre français, Dr.adm., 2005, comm. n°2, note M. Bazex et S. Blazy - Conseil d'Etat, 29 mars 2006, Centre d'exportation du livre français, AJDA, 2006-1396, note Cartier-Bresson

³ CJCE, 9 septembre 2003, Burbaud, aff. C-285/01 – Conseil d'Etat, 16 mars 2005, Ministre de la santé, Actualité Juridique Droit Administratif, 2005-1465, concl. T. Olson

⁴ CJCE, 20 novembre 2001, Griesmar, aff. C-366/99

5°. L'influence du droit européen s'est également fait sentir **dans le domaine du contentieux administratif**.

Elle a affecté les procédures d'urgence, tout d'abord. Pour assurer la mise en oeuvre des directives « recours » en matière de marchés publics, le mécanisme du référé précontractuel a été institué : cantonné initialement – en 1992 – aux hypothèses de non-respect des règles communautaires de mise en concurrence, il a été ensuite – en 1993- étendu à la violation de toutes les règles de cette espèce.

C'est à l'occasion d'un litige concernant la mise en oeuvre du droit communautaire que la juge administratif s'est reconnu le pouvoir adresser d'office - et non à la demande des parties comme c'est la règle normale - des injonctions à l'administration de façon à ce qu'elle tire les conséquences, sur les situations individuelles, de l'annulation d'actes réglementaires ⁵. C'est en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de Justice que le Conseil d'Etat a admis, en 2004 ⁶, que le juge administratif pouvait moduler les effets dans le temps des annulations qu'il prononce.

Le droit communautaire et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme ont aussi pour effet de transformer certains modes de jugement. Ils favorisent notamment la mise en oeuvre de procédés de balance concrète des intérêts, notamment par le renforcement de l'usage du principe de proportionnalité.

6°. Il faut indiquer encore que le **droit administratif de la responsabilité** a concédé quelques évolutions non négligeables sous la pression du droit européen.

C'est essentiellement du côté de la responsabilité du fait des lois et de la responsabilité du fait des juges que ces évolutions se sont laissées percevoir. Tenu, comme les autres, de tirer les conséquences de la jurisprudence « Brasserie du Pêcheur », le droit français a un peu hésité. Non pas que l'idée d'une responsabilité de l'Etat législateur lui soit étrangère : elle est admise depuis un arrêt « La Fleurette », rendu par le Conseil d'Etat en 1938. Mais sous la forme d'une responsabilité objective, liée au caractère anormal et spécial du préjudice subi, nullement à une faute quelconque du législateur. Après l'arrêt « Brasserie du Pêcheur », le Conseil d'Etat a, dans un premier temps, esquivé le problème en s'efforçant de transférer sur l'administration la responsabilité qu'on aurait pu envisager de faire peser sur le législateur ⁷. Ses réticences sont largement levées depuis l'arrêt « Gardedieu » de 2007 ⁸, qui a admis la responsabilité de l'Etat législateur du fait de la méconnaissance des obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales – et du droit communautaire par la même occasion-. Quant à la responsabilité du fait des juges, le Conseil d'Etat a concédé qu'elle pouvait naître du contenu même de leurs décisions, en cas violation manifeste de règles communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ⁹

7°. L'inventaire n'est pas exhaustif, et l'on pourrait également évoquer l'influence que le droit communautaire peut exercer sur le **droit de la police administrative**, les infléchissements qu'il fait subir à la notion d'ordre public, l'assujettissement qu'il impose parfois des polices nationales aux politiques communautaires. Il en est de même du **droit des propriétés publiques**, auquel le droit communautaire étend progressivement ses exigences en matière de concurrence, qui devraient influencer le régime des autorisations domaniales et celui des redevances. Quant au droit de la Convention européenne, il a exercé une influence importante sur le droit des personnes et sur le **droit des étrangers**, en renforçant notamment la place des garanties procédurales.

⁵ Conseil d'Etat, 20 juin 2001, Vassilikiotis, Rec. p. 303

⁶ Conseil d'Etat, 11 mai 2004, Association AC !, Rec. p. 197

⁷ Conseil d'Etat, 28 février 1992, Société anonyme Arizona Tobacco Products, Rec. p. 78

⁸ Conseil d'Etat, 8 février 2007, Gardedieu, Dr.adm., 2007, Etude n° 7, F.Melleray et M. Gautier

⁹ CE, 18 juin 2008, Robert G., Dr.adm., 2008, comm. n°120, note M. Gautier

V. Le cas du droit constitutionnel

Le droit administratif n'est évidemment pas la seule partie du droit public qui se trouve affectée par la présence et l'influence du droit européen. Divers éléments du droit constitutionnel le sont aussi.

La Constitution est modifiée à quatre reprises pour s'adapter à des évolutions de la construction européenne dont le Conseil Constitutionnel avait indiqué qu'elles n'étaient pas compatibles avec elle : en 1992 pour permettre la ratification du traité de Maastricht, en 1999 pour le traité d'Amsterdam, en 2005 pour le traité établissant une constitution pour l'Europe, en 2008 pour le traité de Lisbonne. Elle comporte maintenant un titre XV qui est consacré aux Communautés européennes et à l'Union européenne, et se réfère aux traités qui les ont instituées.

Au fil des révisions dues à l'évolution de la construction européenne, le statut général des pouvoirs publics nationaux s'est trouvé affecté en ce que ces révisions ont été nécessaires parce que des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale étaient en cause.

La construction européenne a eu également des conséquences sur l'équilibre des pouvoirs nationaux. On admettra sans grande difficulté qu'elle a plutôt profité à l'exécutif, cependant que le poids du Parlement se trouve réduit dans toute la mesure où la loi est de plus en plus fréquemment transposition du droit communautaire ou exécution d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

Elle n'a pas été sans effets sur le fonctionnement même des pouvoirs publics nationaux, Parlement et exécutif ayant eu à adapter leur organisation et leur méthode de travail aux exigences des rapports avec le droit européen – sa mise en oeuvre, mais aussi l'anticipation de ses évolutions. En témoigne par exemple la prise en compte par le Conseil constitutionnel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux lois de validation.

Le droit communautaire et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme viennent parfois interférer avec le bloc constitutionnel des droits fondamentaux. Non pas qu'il ait de ces droits une vision très différente de celle que contient la Constitution nationale – les mêmes traditions sont à l'oeuvre –, mais il lui arrive d'accentuer différemment les choses, de les orienter un peu autrement : témoin la combinaison entre le principe de laïcité et celui de la liberté de conscience, que le droit communautaire, en lien avec la convention européenne, tendrait à tirer vers la liberté de religion.

Enfin, s'ils n'ont que peu d'effet sur la nature des régimes politiques, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de la citoyenneté de l'Union européenne étendent et renforcent le statut des droits électoraux.

VI Le cas du droit des finances publiques et du droit fiscal.

Il est également clair que le droit européen exerce une influence sur les mécanismes du droit des finances publiques. Non seulement le droit communautaire encadre la souveraineté budgétaire du Parlement en imposant les contributions au budget communautaire, comme par les critères du pacte de stabilité financière, mais il transforme véritablement le contenu de certains principes budgétaires : l'application des règles du pacte de stabilité exige de faire masse de tous les budgets publics, ce que le classique principe d'unité budgétaire n'a évidemment jamais impliqué. Il contribue à l'émergence de certains principes nouveaux : comme celui de transparence, que formulent notamment le règlement financier général et le règlement d'exécution budgétaire de l'Union.

Le droit communautaire s'immisce également dans le droit des recettes publiques, communautarisant le régime de certaines d'entre elles – comme la TVA-, imposant ses propres qualifications – comme celle de taxe d'effet équivalent à des droits de douane-, introduisant la confusion dans la qualification de certaines contributions, comme dans le cas de la CSG, imposition de toute nature pour les juridictions nationales, mais cotisation sociale pour la Cour de justice des Communautés européennes.

De manière générale, le droit communautaire et le droit de la Convention européenne ont eu pour effet d'altérer la signification de certaines catégories du droit fiscal national, tels que celles d'abus de droit et de nécessité de l'impôt.

VII. Influence sur les régimes et influence sur les catégories

Ce qui précède est un inventaire « à plat ». Les effets que le droit européen provoque dans les constructions nationales à la rencontre desquelles il vient sont d'intensité, de gravité, de profondeur variables. Pour pousser la réflexion au delà de cet inventaire impressionnant, il faut sérier les choses. On doit pour cela, d'abord, distinguer ce qui est de l'ordre d'une influence sur les régimes, de ce qui atteint le seuil d'une influence sur les catégories, les concepts. Ce n'est pas toujours facile.

Lorsque le droit communautaire vient réduire le champ des hypothèses où un marché public peut être librement négocié, lorsqu'il impose d'appliquer la procédure d'enquête publique à des situations dans lesquelles elle n'était pas prévue, il modifie le régime d'une institution, mais n'altère aucunement son principe. Lorsqu'il suscite la création du référé précontractuel, lorsqu'il pousse à l'admission d'une responsabilité pour faute du législateur, il ouvre un champ nouveau à l'injonction juridictionnelle et à la responsabilité pour faute de l'Etat, mais il ne fait pas naître ces deux réalités.

En revanche, lorsqu'il place en face de la notion de service public, celle, nettement différente, de service d'intérêt économique général, de même que lorsqu'il étend la notion de marché public à des situations dans lesquelles le droit national ne pensait aucunement l'appliquer - comme typiquement dans la jurisprudence « *Ordine degli Archittetti...* »¹⁰ - c'est bien au niveau des concepts, des catégories, que le droit communautaire vient exercer sa pression.

Il est clair, cela dit, qu'il existe des situations limitrophes, dans lesquels le droit communautaire vient imposer dans le régime d'une institution des changements tels que son existence, ou bien son sens sont en question.

Si la Cour de justice rejoint la Commission dans la conviction que la non-soumission des établissements publics industriels et commerciaux aux procédures de redressement et de liquidation constitue en soi un avantage concurrentiel inacceptable – parce que facilitant l'accès au crédit de ces entreprises-, c'est la catégorie même qui sera menacée. L'avènement de la notion de citoyenneté européenne ne se contente pas d'élargir le concept : il affecte, dans sa substance même, le lien qui existe traditionnellement avec la nationalité.

¹⁰ CJCE 12 juillet 2001 *Ordine degli architetti delle Province di Milano*, aff. C-399/98 : affaire dans laquelle la Cour a décelé un marché de travaux dans une situation où une entreprise bénéficiaire d'une autorisation d'urbanisme, s'était vue dispenser d'une participation financière en contrepartie de la réalisation d'un équipement public

VIII. Effets d'élucidation, effets de transformation, effets d'addition. On peut compléter ce qui précède par la distinction suivante.

Lorsque le droit communautaire vient au contact d'une catégorie du droit public national, il arrive que ce soit en vérité pour pousser à son élucidation, ou pour inciter à l'enrichissement de son contenu conformément au sens général qui est le sien. Lorsque le Conseil Constitutionnel admet qu'il pourra contrôler les lois de transposition de directives allant à l'encontre de règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France et n'ayant pas d'équivalent communautaire ¹¹, il s'oblige, sous la pression du droit communautaire, à préciser au fil du temps ce qu'est « l'identité constitutionnelle » de la France. Le droit européen, dans ses principes généraux, dans la Charte des droits fondamentaux et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pèse dans le sens d'une extension du droit au juge : il ne fait là que pousser dans le sens du droit national.

En revanche, il est des cas dans lesquels le droit européen exerce, sur les catégories sur lesquelles il fait sentir son impact, un effet de torsion, provoquant chez elles des altérations plus ou moins profondes. Lorsque les règles du pacte de stabilité financière poussent à raisonner sur l'équilibre d'ensemble des budgets publics, elles vont à l'encontre de principes essentiels qui régissent la démultiplication territoriale des appareils publics nationaux. Les pressions diverses que le droit communautaire exerce sur le droit de la fonction publique obligent à raisonner en termes d'emplois dans un univers qui se conçoit traditionnellement comme structuré selon la logique, différente, des corps. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se remarque dans une nouvelle conception du principe de laïcité comme garantie de neutralité, d'impartialité et d'objectivité de l'Etat dans le traitement des convictions religieuses.

Il y a enfin des cas dans lesquels le droit européen produit des effets d'addition, en ce sens qu'il vient introduire dans le droit public national des concepts, des catégories qui n'y étaient pas connus. Il en va ainsi pour le principe de confiance légitime, que notre droit public national n'intègre que pour régir les situations de mise en oeuvre du droit communautaire, certes, mais qui ne faisait pas partie de son arsenal jusque là. Il en va de même de la notion de service d'intérêt général, il en va de même de certaines catégories fiscales.

IX. Atteinte à des équilibres essentiels ? La question est, bien sûr, de savoir si l'influence du droit européen va jusqu'à affecter des équilibres essentiels : si, en d'autres termes, elle déstabilise peu ou prou le « modèle » national. On ne peut pas nier que certains équilibres essentiels de notre modèle de droit public soient affectés par l'impact de la construction européenne. Cela ne veut pas dire que le modèle soit franchement déstabilisé. Cela signifie cependant clairement qu'une transformation significative est à l'oeuvre.

1°. On ne peut pas nier que ce qui tient, dans notre modèle de droit public, à la hiérarchie des normes et à la souveraineté, ait subi quelques assauts non négligeables : l'abandon d'éléments de souveraineté, allant, comme ci-dessus rappelé jusqu'au seuil des conditions essentielles d'exercice de celle-ci, la confrontation avec un droit qui se conçoit comme situé dans une position de primauté, y compris vis-à-vis des constitutions nationales.

Cela ne veut pas dire que, sur ces deux terrains, le système ait pour autant réellement été renversé. La part abandonnée de la souveraineté n'est qu'une part, et en outre elle s'exerce sur un mode collectif, selon un schéma de « souveraineté partagée ». Entre droit européen et constitution nationale, il y a plus un effet de miroir que la conquête de l'un par l'autre. Selon les questions, l'un ou l'autre prime, la charte fondamentale nationale ne sanctuarise qu'une « identité constitutionnelle » dont les éléments qui s'écarteraient des principes communautaires sont peu apparents...

¹¹ CC, n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 – n°2006-540 DC du 27 juillet 2006

D'une certaine manière, ce qui est à l'oeuvre ici, c'est une forme exacerbée des phénomènes de globalisation, qui complexifient les rapports entre normes internationales et normes internes, et font évoluer la souveraineté vers quelque chose qui est davantage de l'ordre du « commun », du « partagé ». A ces phénomènes, il est vrai, la construction européenne donne une force et une orientation particulières.

2°. On peut affirmer, en second lieu, que le droit européen contribue à troubler l'appréhension de ce qui est l'intervention publique légitime.

Traditionnellement, la légitimité de l'intervention publique est fondée dans notre droit public sur la reconnaissance du caractère d'intérêt général, ou d'ordre public, du souci que l'autorité publique met en avant. Il s'agit de standards très généraux, sur l'invocation des quels le juge - administratif ou constitutionnel - n'exerce qu'un contrôle assez réduit.

Le droit européen, lui, ne croit pas les Etats sur parole lorsqu'ils invoquent des soucis d'intérêt général ou d'ordre public pour limiter telle ou telle liberté protégée par lui, et le juge européen vérifie que ces soucis correspondent bien à des réserves d'intérêt général légitimes et proportionnées.

Dans le droit national, l'intervention publique est également encadrée par l'exigence du respect des droits fondamentaux, et, dans le domaine économique, de la liberté du commerce et de l'industrie. Le droit européen exerce sur le premier point un effet de renforcement en ceci qu'il impose toujours que l'intervention publique soit bien proportionnée aux exigences qui la fonde, alors que le juge administratif français n'exerce pas toujours un contrôle de proportionnalité des atteintes aux droits fondamentaux. Quant à la préoccupation de la liberté du commerce et de l'industrie - qui n'est au demeurant qu'une limite assez fictive à l'intervention économique publique dans la mesure où la jurisprudence tend à la considérer comme respectée dès lors que l'intervention publique est réputée correspondre à un intérêt général -, le droit communautaire tend à lui substituer celle de la libre concurrence, qui est à la fois différente et plus exigeante.

Si l'on ajoute que le droit communautaire a contribué à réduire puissamment le champ possible de ces deux formes classiquement importantes d'intervention économique publique que sont les aides aux entreprises, et l'utilisation des entreprises publiques comme outils de politique économique, on voit bien que le droit communautaire force de plus en plus la puissance publique à s'interroger sur l'étendue de son intervention légitime : sur ce que sont les activités régaliennes qui normalement ne peuvent être exercées que par elle, sur le laissez-faire, la prise en charge, ou l'externalisation en ce qui concerne les autres.

3°. Le droit communautaire contribue, en troisième lieu, à faire évoluer les logiques sur lesquelles repose ce postulat de base de l'Etat de droit qu'est la soumission de la puissance publique au droit.

Ce n'est qu'après une longue résistance que le Conseil d'Etat a admis, dans l'arrêt « Nicolo » de 1989¹², que les normes internationales, et notamment le droit communautaire, prévalaient sur la loi nationale, même postérieure. Cela constituait en effet un bouleversement dans la hiérarchie des normes, au sommet de laquelle, en pratique se situait la loi, la Constitution n'ayant traditionnellement que peu d'implications concrètes dans le droit administratif.

Indépendamment de cet aspect des choses, ce sont parfois les valeurs même dont le droit public impose le respect à la puissance publique qui se transforment, sous l'influence, entre autres, du droit européen. Cette influence se fait sentir dans le développement des soucis de transparence, d'impartialité et de concurrence. La Convention européenne des droits de l'homme et le droit communautaire contribuent à élever les standards de protection des droits fondamentaux. Ils contribuent à un mouvement de « subjectivisation » du contentieux administratif qui se fait sentir dans le droit français, comme dans divers autres.

12 Conseil d'Etat, 20 octobre 1989, Nicolo, Rec. p. 190

Ces transformations sont d'un grand poids dans un système de droit public qui est non seulement légicentré par tradition, mais aussi traditionnellement imbu d'un assez grand respect pour les impératifs d'intérêt public, qu'il fait souvent peser plus lourd que les préoccupations de transparence, de concurrence, et de respect des droits des citoyens.

4°. Le droit communautaire contribue, en troisième lieu, à perturber ce qui a trait à la distinction du droit public et du droit privé, à la notion même de soumission de l'Etat à un droit spécial. Non pas que, contrairement à ce que l'on affirme souvent, cette notion lui soit étrangère : par exemple, les dispositions du Traité CE concernant les libertés de circulation admettent toutes que les principes qu'elles posent peuvent recevoir des atténuations lorsque sont en cause des motifs légitimes tirés de l'ordre public ou de la santé publique.

Le problème général est qu'outre le fait qu'il arrive bien au droit européen de remettre en cause directement des régimes exorbitants du droit commun, les concepts dont le droit européen admet qu'ils peuvent susciter des exceptions à la règle commune parce que la « chose publique » est en cause, sont souvent différents de ceux auxquels se réfère le droit public national.

Le problème le plus aigu, ici, concerne la notion de service public qui, même si elle ne suffit qu'exceptionnellement par elle seule à engendrer l'application de règles de droit public, est présente dans toutes les constructions dont dépend l'application de régimes de droit public : la notion de décision administrative, celle de contrat administratif, celle de domaine public, celle d'agent public, etc. Le concept de service public, tel que le pratique le droit français, est beaucoup trop large, et surtout beaucoup trop difficile à délimiter – la vérité est que, pratiquement, est considérée comme service public toute activité que la puissance publique décide de prendre en charge – pour que le droit communautaire accepte que soient appuyées sur elle des restrictions à ses grands principes.

5°. Enfin, et c'est peut-être le plus important, le développement du droit européen contribue à mettre en cause le rôle central que le Conseil d'Etat joue traditionnellement dans la production du droit public. Classiquement, le droit administratif français est jurisprudentiel, il est l'oeuvre du Conseil d'Etat. La loi elle-même est largement inspirée par le Conseil d'Etat, qui est consulté sur elle, et dont l'avis pèse toujours très lourd. La montée du droit européen érode cette toute-puissance, et oblige le Conseil d'Etat à composer avec des juges européens et avec des droits sur lesquels il ne peut pas peser directement. C'est, au fond, le pilotage juridico-politique du droit public qui est ici en cause.

X. En guise de conclusion.

Il va de soi que, sur ces différents éléments, les appréciations varient légitimement. A ceux qui pensent que les évolutions imposées par le droit européen conduisent le droit public français à s'écarter fâcheusement de certaines de ses traditions essentielles, s'opposent des visions plus optimistes : celle, en particulier, qui admet que la pression exercée par le droit européen sur le droit public français le force à se moderniser, à se perfectionner sur quelques terrains sur lesquels il est maintenant en retard par rapport à divers grands systèmes comparables. Le droit européen est une épreuve de justification non pas seulement pour les différentes branches du droit français mais pour le *système* de notre droit public.